

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A CONCEPÇÃO DE LEGITIMIDADE E DE JUSTIÇA EM NEIL MACCORMICK E AMARTYA SEN E A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS VIRTUAIS

THE CONCEPT OF LEGITIMITY AND JUSTICE IN NEIL MACCORMICK AND AMARTYA SEN AND PARTICIPATORY DEMOCRACY IN VIRTUAL PUBLIC HEARINGS

Ricardo Bazzaneze¹
Antonio Bazilio Floriani Neto²
Thaís Bazzaneze³

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a efetividade da participação popular nas audiências públicas virtuais a partir dos conceitos de legitimidade, prática social argumentativa e justiça. Para tanto, o artigo vale-se das ideias preconizadas por Neil MacCormick e Amartya Sen. Para atingir ao propósito desta pesquisa, apresentou-se, inicialmente, a função normativa da lei e a sua legitimidade. A partir destes conceitos, foi aberto espaço para se chegar ao pós-positivismo de Neil Maccormick e, assim, os limites do direito. Posteriormente, foi exposta a concepção de justiça de Sen, cujas atenções estão nas liberdades substantivas dos indivíduos. Na sequência, expõe-se o modelo de participação virtual que passou a ser utilizado de forma exclusiva pelo Poder Público no ambiente pós pandemia. Ao final, o trabalho sustenta que é necessário um avanço tecnológico no país a fim de que a participação popular nestas audiências seja, de fato, efetiva. É com base nesse contexto, mediante a utilização da metodologia bibliográfica e do método dedutivo, que se analisa as audiências públicas virtuais, as quais, em razão da limitação do seu acesso por condições econômicas e sociais, tem a igualdade de participação prejudicada, o que diretamente reflete na democracia e na justiça social.

PALAVRAS-CHAVES: Justiça; Legitimidade; Liberdades; Norma Jurídica; Audiências Públicas Virtuais.

ABSTRACT

The aim of this article is to analyze the effectiveness of popular participation in virtual public hearings from the concepts of legitimacy, argumentative social practice and justice. Therefore, the article draws on the ideas advocated by Neil MacCormick and Amartya Sen. In order to achieve the purpose of this research, the normative function of the law and its legitimacy were initially presented. Based on these concepts, space was opened to arrive at Neil Maccormick's post-

¹ Doutor em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Endereço: Av. Visconde de Guarapuava, n. 3965, Curitiba/PR, CEP 80.250-220; e-mail: ricardo@bazzaneze.adv.br

² Doutor em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Endereço: Rua Emiliano Pernetá, 297 - 92 - Centro, Curitiba - PR, 80010-050; e-mail: antonio@rochaefloriani.com.br

³ Mestre em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Endereço: Av. Visconde de Guarapuava, n. 3965, Curitiba/PR, CEP 80.250-220, e-mail: thais.bazzaneze@gmail.com.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

positivism and, thus, the limits of law. Subsequently, Sen's conception of justice was exposed, whose attention is on the substantive freedoms of individuals. Next, the model of virtual participation that came to be used exclusively by the Government in the post-pandemic environment is exposed. In the end, the work sustains that a technological advance in the country is necessary so that the popular participation in these audiences is, in fact, effective. It is based on this context, through the use of bibliographic methodology and the deductive method, that virtual public hearings are analyzed, which, due to the limitation of their access due to economic and social conditions, have impaired equality of participation, which directly reflects on democracy and social justice.

KEYWORDS: Freedoms; Justice; Legal Standard; Legitimacy; Virtual Public Hearings.

INTRODUÇÃO

As normas jurídicas podem desempenhar diversas funções dentro do ordenamento jurídico positivo, a exemplo da função de regular a conduta ou a omissão humana, pela qual a previsibilidade de um "dever ser" reconhece, em verdade, uma vontade coletiva.

A incorporação pelo ordenamento jurídico não implica, necessariamente, em dizer que o ato goza de legitimidade. Nos sistemas políticos, a legalidade exprime a observância das leis, sendo que todo o poder estatal deverá atuar em conformidade com as regras jurídicas vigentes, sendo por meio da lei que o Estado encontrará a forma de realizar os objetivos eleitos pela sociedade. A legitimidade, por sua vez, é a legalidade acrescida de uma valoração que permite justificar ou invalidar a sua substância, crenças, valores e os princípios ideologicamente dominantes. Nesse sentir, a ideia do Estado de Direito sustentado pelo direito legitimamente instituído exige do Poder Público uma organização quanto aos seus atos, de modo que deve sempre espelhar a legitimidade reconhecida na instituição do próprio direito.

Feitas estas considerações preliminares, o presente artigo busca trabalhar com os conceitos de direito positivo, legitimidade, justiça e participação popular. De modo mais específico, examina a efetividade das audiências públicas virtuais, cujo modelo passou a ser utilizado de forma exclusiva pelo Poder Público no ambiente excepcional pandêmico pelo coronavírus – COVID-19.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Para enfrentar a problematização, utiliza-se do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, especialmente nas obras de Neil Maccormick e Amartya Sen. Ao final, serão traçadas linhas gerais sobre a necessidade de uma maior democratização do acesso às audiências públicas virtuais, ao efeito de legitimar o ato e o exercício do direito de participação popular.

Para estruturar a proposta de pesquisa, este artigo foi organizado em 4 seções. A primeira se volta ao estudo das normas jurídicas, caracterizadas como comandos que reconhecem uma espécie de vontade coletiva, cujo sentido é um “dever-ser” que vincula os seus destinatários ao direito.

A segunda apresenta a versão de pós-positivismo defendida por Neil MacCormick, com uma concepção de direito mais promissora e reflexiva, considerando, por exemplo, o Direito como uma prática social argumentativa e não apenas descritiva, devendo ser justificada por uma razão prática. Desta feita, apresentam-se os limites do direito, a relação entre a ordem jurídica e moral.

A terceira seção é construída a partir do contexto aberto do que seria uma lei justa ou injusta, preenchendo-se com a “ideia de justiça” de Amartya Sen, que constrói sua teoria para garantir uma igualdade de oportunidades aos membros de uma sociedade.

A quarta e última seção versa sobre o tema das audiências públicas virtuais, onde se enfatiza sobre a imprescindibilidade de se garantir a participação popular efetiva, a qual pode ser frustrada pela cooptação e polarização social indevida, especialmente em razão da segmentação da sociedade entre àqueles que têm e não têm o acesso à *internet*, seja por condições materiais ou intelectivas.

Nesse sentido, uma previsão legal que autoriza a participação popular pode não garantir de modo efetivo a igualdade de oportunidades aos membros da sociedade, particularmente nos casos em que os próprios membros não possuem condições de exercer este direito de participação, isto é, a sua liberdade de participar conferida pelo direito.

1 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A FUNÇÃO NORMATIVA DA LEI E A SUA

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

LEGITIMIDADE

A hermenêutica tem por finalidade o estudo, definição e sistematização dos métodos aplicáveis para determinar o sentido das expressões contidas nas normas jurídicas. Disciplina a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas. Em um primeiro momento, a interpretação se dispõe em descobrir o sentido normativo do texto - compreendê-lo - para poder aplicá-lo na solução de um caso concreto. Nessa tarefa, o intérprete analisa os diferentes significados possíveis da norma, por meio de muitas possibilidades, para encontrar aquela que seja mais pertinente e justa.⁴

Para que se realize a interpretação deve-se observar a forma como se apresenta a norma jurídica; no sentido objetivo como sendo um ato de vontade e a sua definição apresenta duas partes: (i) o sentido objetivo de um ato que, por sua vez, (ii) é um ato de vontade. Por ser um ato de vontade, as normas podem: a) permitir; b) facultar; e, ainda, c) prescrever (comandar, ordenar, etc).

Kelsen explica que o Direito seria uma "ordem normativa da conduta humana"⁵, com vistas a regular a vida em sociedade. Norma, para o filósofo austríaco, estabelece um dever ser, que em certos momentos confere autonomia ao indivíduo o poder de realizar, denominado de ato de vontade: "Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outro, é qualquer coisa do ato de vontade cujo sentido ela constitui"⁶. Para Kelsen, "é necessário limitar a liberdade para dar forma a qualquer tipo de sociedade"⁷.

A norma pode desempenhar diversas funções dentro do ordenamento jurídico positivo, podendo ser prescritivas, permissivas, facultativas.⁸ A norma prescritiva tem por finalidade regular a conduta humana, um ato, de maneira ativa ou

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 35-36.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 5-6.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 5-6.

⁷ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. A necessidade e a insuficiência do princípio da maioria para a democracia: sobre a democracia e a proteção das minorias. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 22, n. 2, dez. 2017. p. 553.

⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 6.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

omissiva, assim: "Se o indivíduo se conduz tal como a norma prescreve, cumpre a sua obrigação, observa a norma; com a conduta oposta, 'viola' a norma, ou, o que vale o mesmo, a sua obrigação"⁹.

A norma permissiva pode ser positiva, quando e limita a incidência de uma norma proibitiva de determinada conduta, ou negativa, quando uma conduta não é proibida e não é positivamente permitida, tratando-se de uma formulação passiva.¹⁰ E, por fim, a norma facultativa é concebida no sentido de adjudicar determinados poderes a uma autoridade.¹¹ As normas jurídicas são comandos, pois reconhecem uma espécie de vontade coletiva, cujo sentido objetivo é um dever-ser. Assim, quando um ato de vontade assume objetivamente o sentido de um dever-ser, se estará diante de uma norma jurídica que vincula os seus destinatários.¹²

Nos sistemas políticos, a legalidade exprime basicamente a observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido, traduzindo a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre em conformidade com as regras jurídicas vigentes. Em suma, a acomodação do poder que se exerce ao direito que o regula.¹³ Assim, será por meio da lei que o Estado encontrará forma para realizar seus objetivos, dentre outros, expor o próprio direito, regulando situações, criando direitos e deveres. A partir deste conjunto de comandos emanados pelo soberano - elemento de validade - se considera como válidas todas as normas emanadas de um determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico.

Com referência ao conteúdo, o direito pode disciplinar todas as condutas possíveis, através da função da coação, elemento essencial e típico do direito, uma estrutura de comando que se vincula à própria noção do estado de direito.¹⁴ Assim, no seu sentido estrito, o positivismo considera que o estudo e compreensão do direito não

⁹ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 16-17.

¹⁰ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 18.

¹¹ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 6.

¹² Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 8-9.

¹³ Bonavides, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 140.

¹⁴ Bobbio, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135-140.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

consideram avaliações morais, de modo que o sistema independe da conformidade dos critérios sobre o justo e o correto. Trata-se da primazia da validade da norma sobre o que é justo.

A partir desta função normativa, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso II, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹⁵ O que se extrai do dispositivo é um comando geral e abstrato, do qual concluímos que somente a lei poderá criar direitos e deveres, ficando os indivíduos vinculados aos comandos legais, disciplinadores de suas atividades. E, também como princípio da Administração Pública no art. 37, caput – cunhado como princípio da legalidade administrativa ou reserva legal¹⁶, que estabelece um conjunto de matérias a serem reguladas por lei, cuja validade se dará apenas se não contrariar nem for além do que está previsto nas normas em que for fundamentada.¹⁷

A legitimidade, por sua vez, é a legalidade acrescida de sua valoração¹⁸, é um atributo de poder¹⁹. É a legitimidade que questiona o cumprimento de preceitos fundamentais da lei, que a justificam ou a invalidam na sua substância. Um regime será legítimo quando o poder for exercido em conformidade com as crenças, valores e os princípios da ideologia dominante.²⁰

Assim, em um Estado de direito, as decisões são coletivamente obrigatórias e somente assim serão tidas como legitimadas. Melhor esclarecendo, as formações discursivas da opinião e da vontade figuram como premissas fundamentais para a legitimidade do direito, ou seja, dentro do pensamento pós-tradicional só vale como legítimo o direito que fora elaborado no interior de uma comunidade

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros, 2001.

¹⁷ MARRARA, Thiago. A legalidade na relação entre Ministérios e agências reguladoras. In: ARAGÃO (org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 27.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 141.

¹⁹ SANTOS NETO, João Antunes dos. Legalidade e decisões políticas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 234, p. 147-175, out./dez. 2003.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 141.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

democrática que, utilizando do discurso racional, convencionou normas reconhecidas reciprocamente pelos sujeitos.^{21 22}

A ideia do Estado de direito sustentado pelo direito legitimamente instituído exige do poder público uma organização quanto aos seus atos, os quais, para tanto, devem espelhar a legitimidade reconhecida na instituição do próprio direito. Nessa acepção teremos simultaneamente uma mútua complementação entre o código do direito e o código do poder, segundo a qual existe uma interligação complexa entre direito vinculante e poder político, que abre possibilidade à instrumentalização do direito no sentido do seu emprego estratégico. Sendo assim, no Estado de Direito, qualquer uso publicamente autorizado do poder reclama uma legitimidade conferida nos termos do direito instituído legitimamente.²³

A atuação do Estado, conforme o ordenamento jurídico, respeitando a hierarquia das normas, lhe garante legalidade (em sentido amplo), e, assim, esta atuação conforme a lei (notadamente a Constituição) acena com a legitimidade. Porém, ainda que um ato seja legal, pode ocorrer de não ter aceitação popular, o que implicaria na ilegitimidade do ato. Por esta via, permite-se afirmar que a legalidade é um bom indicativo da legitimidade, mas não se confunde ou equivale à legitimidade.

2 A NATUREZA DO PÓS-POSITIVISMO DE NEIL MACCORMICK

A versão de pós-positivismo defendida por Neil MacCormick não aceita a estrita separação positivista entre o direito tal como ele é e o direito tal como ele deve ser, nem muito menos aceita a distinção entre teorias do direito e teorias da

²¹ SILVA, Luciano Braz. Legitimidade do poder e exercício político: facticidade e validade do direito: perspectivas para uma análise normativa e instrumental. **Revista Univem**. Marília, v. 12, 2013. p. 225.

²² No ordenamento jurídico brasileiro, o titular do poder político é o povo (parágrafo único do art.1º da Constituição Federal de 1988), e este atribui ao Estado mediante seus órgãos, entidades e agentes a capacidade de criar e impor condutas. Será, portanto, legítimo o exercício deste poder pelo Estado se realizado de forma a ser considerada válida pelo titular do poder político, o povo.

²³ SILVA, Luciano Braz. Legitimidade do poder e exercício político: facticidade e validade do direito: perspectivas para uma análise normativa e instrumental. **Revista Univem**. Marília, v. 12, 2013. p. 234.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil MacCormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

decisão. Ademais, esta linha rejeita o entendimento de que as fontes do direito são exaustivas e suficientes para determinar o conteúdo das regras jurídicas.²⁴

Considerando que a noção de pós-positivismo não é uníssona, para o propósito deste trabalho, delimita-se o pós-positivismo conforme Thomas Bustamante, para o qual trata-se de um conjunto de teorias jurídicas que: a) estabelecem limites, em casos extremos, ao conteúdo do direito, por meio dos critérios formais ou institucionais utilizados pelo positivismo; b) ditam uma relativa obrigação de que as decisões judiciais devem guardar um mínimo ético, reconhecendo-se um “umbral de injustiça” que o *jus positum* não deve ultrapassar; e c) também, considerem o Direito como uma prática social argumentativa, e que apenas não sejam descritivas (como as de Kelsen e de Hart), mas prescritiva, haja vista que sua realização (jurídica) deverá ser justificada por uma razão prática.²⁵

Assim, o direito é visualizado como uma prática interpretativa em que o sentido das suas normas é gradualmente construído, ao invés de descoberto pela simples observação de fenômenos empíricos. A ideia é bem explicada por Roesler e Rubinger-Betti: “[...] são argumentos que dão coerência e conteúdo ao Direito, na medida em que considera o sistema jurídico um sistema que deve ser interpretado de forma completa”.²⁶

O direito, nesse sentido, é inerentemente argumentativo, e uma das características particulares da argumentação jurídica é que ela permanece aberta a argumentos morais, éticos e pragmáticos que estão inseridos no discurso jurídico.²⁷

²⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 106, p. 263-313, jan./jun. 2013. p. 274.

²⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 106, p. 263-313, jan./jun. 2013. p. 167-168.

²⁶ ROESLER, Claudia Rosane, E RÜBINGER-BETTI, Gabriel. "O julgamento da ADI Nº 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 3, nov.2014. p. 683.

²⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 106, p. 263-313, jan./jun. 2013. p. 274.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil MacCormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Com efeito, o discurso jurídico é entendido como um caso especial de discurso prático, e isso é suficiente para a pretensão de que a própria natureza da argumentação jurídica cria uma obrigação de decidir de modo moralmente correto ou, parafraseando Neil MacCormick, uma obrigação de “fazer justiça de acordo com o direito”.²⁸

2.1. Os Limites do Direito - A Relação entre Ordem Jurídica e Moral em Neil MacCormick

A lei é um instrumento de utilidade convencionado para o bem da sociedade, no plano da moral como satisfação, e, portanto, aquilo que se convencionou é o que se chama de justiça²⁹ – pacto que gera utilidade. Tal pacto implica em virtudes sociais esperadas – um agir em sociedade e para sociedade de forma a incrementar a satisfação pessoal.

Na obra “An Institutional Theory of Law”³⁰, o autor Neil MacCormick apresenta sua definição de Direito como ordem normativa institucional. Para a teoria institucionalista o Direito é uma ordem normativa institucional, cuja aspiração é estabelecer uma ordem, no sentido de organização e disciplina, desvestindo-se do seu caráter de exclusiva coercitividade.³¹ A partir dessa necessidade de organizar e ordenar as condutas sociais, estabelece-se um conjunto de padrões a serem

²⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 106, p. 263-313, jan./jun. 2013. p. 274-275.

²⁹ “(...) três tipos de bens são almejados: físicos, mentais e bens exteriores ou posses materiais. Estes últimos embora desejados por todos e instrumentais para a obtenção de muitos outros são escassos. Assim, tem-se de um lado a escassez dos bens externos e, de outro, a natural avidez e egoísmo humanos. Além disso, de todos os bens, somente os materiais podem ser alienados de seu possuidor para vantagem alheia. Daí decorre a instabilidade na sua fruição. A justiça vem corrigir essa instabilidade. Ela confere estabilidade à posse de bens materiais e, para que estes circulem, acrescenta convenções relativas à sua transferência (...). Com a justiça o que era posse se transforma em propriedade (...). Legislando sobre as relações mútuas e gerais, ela visa o interesse ou a utilidade pública” (GUIMARÃES, Lívia. David Hume, p. 1711-1776. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 451).

³⁰ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 1.

³¹ KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William S. Direito, Estado e Razão Prática: a teoria do direito de Neil MacCormick. *In*: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (Orgs.). **Coleção Teoria Crítica do Direito: o positivismo jurídico no séc. XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 16.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

seguidos de modo "vinculante" por todas as pessoas dentro de um determinado território.³²

Assim, o Direito é uma espécie de ordem normativa e qualifica-se como institucional, porque é elaborado por autoridades investidas no poder de criar normas (legisladores constituídos), bem como aplicado e interpretado por outras autoridades competentes (administradores públicos e magistrados, por exemplo).³³

Para Neil Maccormick, este caráter institucional diferencia o direito da moral, o que, contudo, deve ser apontado de forma cautelosa, sendo matéria bastante sensível. Além disso, a moral permite a crítica das instituições jurídicas, pois influenciam uma necessária teoria ou concepção de justiça.³⁴

Entendido como ordem institucional normativa, o direito busca a justiça e necessariamente se volta a solucionar conflitos práticos de modo moralmente aceitável³⁵: "uma certa pretensão de justiça, ou seja, uma aspiração afirmada de se estar alcançando a justiça (ainda que ela seja a máscara para uma intenção partidária ou sinistra) está necessariamente incorporada no próprio ato de criação do direito no contexto de um Estado-nação"³⁶.

O discurso jurídico é caracterizado pela presença de certas pretensões implícitas que estão "necessariamente conectadas à realização de interações discursivas entre a criação do direito, o judiciário e as instituições ou agências executivas do Estado"³⁷. Todo ato de fala que introduz uma norma ou exercita algum tipo de

³² KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William S. Direito, Estado e Razão Prática: a teoria do direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (Orgs.). **Coleção Teoria Crítica do Direito**: o positivismo jurídico no séc. XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 17.

³³ SILVA, Neimar Roberto de Souza e. Direito e Argumentação Jurídica em Neil Maccormick. **Revista Legis Augustus**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 29-41, jul./dez. 2013. p. 34.

³⁴ KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William S. Direito, Estado e Razão Prática: a teoria do direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (Orgs.). **Coleção Teoria Crítica do Direito**: o positivismo jurídico no séc. XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 22.

³⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 106, p. 263-313, jan./jun. 2013. p. 284.

³⁶ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 276.

³⁷ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 274.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

autoridade jurídica está conectado com o ato ilocucionário de se afirmar a correção das normas gerais ou individuais produzidas por meio deste ato.³⁸ Qualquer ato de fala realizado no contexto de uma argumentação jurídica envolve certas condições de fundo ou pretensões implícitas, e, em particular, a pretensão de correção jurídica e moral.³⁹

Ao se compreender o direito como ordem institucional normativa, este terá por finalidade buscar a justiça e necessariamente se voltar a solucionar conflitos práticos de modo moralmente aceitável: “uma certa pretensão de justiça, ou seja, uma aspiração afirmada de se estar alcançando a justiça (ainda que ela seja a máscara para uma intenção partidária ou sinistra) está necessariamente incorporada no próprio ato de criação do direito no contexto de um Estado-nação”⁴⁰.

Nesse contexto, a lei surge como um caminho heterônomo, com requerimentos categóricos de direitos e deveres, obrigações que se impõem a cada agente moral, representando um contraste à moralidade que é dotada de autonomia, discursividade e controvérsia. A heteronomia utilizada por Neil Maccormick vem do conceito aplicado por Immanuel Kant⁴¹ no sentido de que não é o agente moral que dá a lei a si próprio, mas o objeto perseguido é quem enuncia a lei pela qual a vontade deve determinar-se.

Assim, o direito não pode ser abstraído da moral e da política⁴², por envolver escolhas a cargo do legislador ou do juiz e da sua valoração a partir da norma válida (reconhecida pela sociedade) e dos fatos trazidos a sua colação. Pois, as leis

³⁸ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 275.

³⁹ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 276.

⁴⁰ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 276.

⁴¹ “Quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, em qualquer outro ponto que não seja a aptidão das suas máximas para a sua própria legislação universal, quando, portanto, passando além de si mesma, busca essa lei na natureza de qualquer dos seus objectos, o resultado é então sempre heteronomia. Não é a vontade que então se dá a lei a si mesma, mas é sim o objecto que dá a lei à vontade pela sua relação com ela” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70 Lda, 2007.p. 86).

⁴² MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 81.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

são o produto de uma atividade racional e teleológica, voltada à realização de programas políticos estruturados e voltados a realização da justiça e do bem comum. Por isto, “aqueles que participam da edição de uma lei devem supor que algum tipo de valor será alcançado através da sua implementação”⁴³. Parece claro, portanto, que estas são editadas para, vislumbrando um “problema” ou “mal”, corrigi-lo.

Nesses termos, entre várias interpretações possíveis e rivais, todas fundadas em argumentos válidos, sejam linguísticos, sejam sistêmicos, de várias espécies e apontando em direções opostas ou até em vários sentidos diversos, parece que a solução acerca da escolha da melhor interpretação deverá passar pela intenção legislativa, ou, em outros termos, deverá levar em consideração os fins objetivamente previstos pela legislação, considerada no contexto do sistema jurídico como um todo.

Por fim, esclarece Neil MacCormick que não se trata de uma consideração subjetiva a respeito das “intenções pessoais, singulares, de cada um dos legisladores”, mas sim de considerar a intenção da “entidade ideal”, consubstanciada no parlamento, como sendo um dado objetivo, atribuível à legislação objeto da interpretação. E caberá ao Juiz determinar qual a intenção do parlamento, enquanto entidade ideal, que melhor realize os valores subjacentes à própria lei ou às leis que informam ou são informadas pelos dispositivos legais objetos da interpretação.⁴⁴

O direito busca distribuir e redistribuir as questões para promover e proteger o bem comum. Para isto, como pano de fundo, encontra-se o respeito ao Estado de Direito. O caráter de todo o sistema determina que seus fins intrínsecos ou “causas finais” sejam a realização da justiça e do bem comum. Diante disso, defende o autor que o direito e a moralidade são conceitos distintos que interagem mutuamente. A virtude moral é uma cidadã cumpridora da lei em um Estado onde

⁴³ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 176.

⁴⁴ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 179-180.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

o direito é observado. O direito, por outro lado, foca em questões de maior relevância moral, inclusive, com a moralidade política.⁴⁵

As pessoas comprometidas com o direito devem se esforçar para a realização da justiça. O direito deve ser justo e servir ao bem comum de todos os jurisdicionados. Dentro da ordem normativa institucional, com a busca de realização da justiça e do bem comum, abre-se a possibilidade de uma atitude crítica que seja capaz de influenciar políticas públicas futuras. Nesse contexto, os princípios morais podem auxiliar na crítica, pois o direito não pode violar a autonomia individual e a liberdade de espírito e julgamento.

Ademais, o direito não limita a autonomia e só pode interferir em condutas externas (físicas). A liberdade das pessoas é uma das maiores conquistas da sociedade. A imposição de deveres morais pelo legislador/julgador deve ser rechaçada e, em resposta, pode-se exigir que se limitem a supervisionar o cumprimento dos deveres de justiça como uma virtude de pessoas privadas. Deveres morais, neste sentido, diferem de amor e benevolência, que não podem ser exigidos pelo Estado.⁴⁶

Poucos impulsos sentidos pelos seres humanos são mais fortes do que a fé. Na perspectiva da moralidade autônoma, há argumentos contra o uso de coação a favor ou contra de qualquer visão religiosa. A tolerância mútua de diferentes credos é um dever necessário sob os princípios da moralidade autônoma. O homem possui direito de sua liberdade de consciência e, por isso, não deve ser discriminado por motivos religiosos. Não faz parte do direito ou é função do Estado governar as opiniões morais dos cidadãos ou interferir na liberdade de pensamento. Apenas os deveres de justiça podem ser exigidos pela lei, de modo que a lei não pode ir além disso.⁴⁷

⁴⁵ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 263.

⁴⁶ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 263-264.

⁴⁷ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 264-266.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Assim, uma nova qualificação pode ser adicionada nesta discussão, pode haver teorias conflitantes sobre o que é justo, mesmo entre pessoas razoáveis, porém, julgamentos e princípios morais sólidos podem ser aceitos num contexto de discussão não coercitiva, pois levam em consideração todos os envolvidos. Algumas abordagens podem não sobreviver a este tipo de discurso, pois não foram concebidas com visões racionalmente aceitáveis (ex.: subordinação por raça). Somente o que é feito e pode ser explicado como justo, em qualquer cenário, é que pode ser considerado com lei. Mesmo isto sendo um princípio claro, ainda não é possível encontrar uma linha clara e incontroversa que estabeleça os limites da lei.⁴⁸

As Cartas Constitucionais positivam os deveres morais e estabelecem um limite controverso em lei, um conjunto positivo, institucional e autoritário de limites legais. Assim, reconhecendo que não se pode estabelecer limites claros para a lei, a melhor solução é estabelecer um conjunto de limites submetidos à verificação de Tribunais independentes que devem ser capazes de analisar e validar violações aos direitos fundamentais. Esta forma de verificação e validação concebe o direito como uma ordem normativa institucional no contexto de Estado soberano ou pós-soberano.⁴⁹

As normas legais promulgadas pelo legislativo possuem um caráter positivo. Alguns códigos morais podem ter um caráter positivo ou institucional semelhante e a "moralidade positiva" pode ser um nome adequado para tais códigos. A concepção autônoma de moralidade desenvolvida por Neil Maccormick está em contraste com a lei positiva. A moralidade autônoma faz certas exigências da lei e critica quaisquer promulgações positivas que violem qualquer concepção razoável de justiça. As leis não são justas ou boas; elas podem estar fundamentas em sérios equívocos sobre o bem comum e, ainda, serem "válidas". Porém, existe um mínimo moral sem o qual a lei se torna supostamente ilegal⁵⁰: "A tarefa dos juízes e dos

⁴⁸ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 267-269.

⁴⁹ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 273-274.

⁵⁰ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 274-275.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

tribunais não é apenas aplicar regras emitidas pelo legislativo, mas, mais genericamente, 'fazer justiça de acordo com a lei'.⁵¹

Deste modo, existe uma pretensão implícita de justiça no trabalho das instituições. Um ato de legislar só pode ser realizado dentro de um contexto de representatividade. No espírito dos argumentos cumulativos, deve-se observar a existência de representação tácita com relação ao conteúdo. A legislação deve expressar uma concepção de justiça coerente, ainda que contestável. Por sua vez, o Poder Judiciário deve "fazer justiça de acordo com a lei" e, por isso, as leis devem ter um caráter e a decisão deve ser capaz de orientar o bem comum às pessoas. Assim, uma certa pretensão de justiça é evidenciada no ato de legislar, de forma que a deliberação legislativa deve ser aberta à crítica ou legitimação popular.⁵²

Isso tudo sem perder de vista que os atos legislativos devem promover algum aspecto do bem comum de acordo com uma concepção de justiça e, de outro lado, o bem comum deve ser justificado para ser decretado como lei. De tudo o que foi examinado, segue reforçada ainda mais a conclusão de que, apesar da distinção conceitual entre o direito institucional e a moral autônoma, existem mínimos morais que precisam ser satisfeitos por qualquer coisa que se possa reconhecer como lei.⁵³

3 A "IDEIA DE JUSTIÇA" DE AMARTYA SEN

A injustiça da lei pode passar despercebida. Se a lei estiver contaminada pela injustiça, ela ainda pode ser considerada legal? Amartya Sen, em sua obra "Uma Ideia de Justiça", destaca o fato de que sua intenção não é criar um modelo ideológico, mas sim explorar as questões referentes a realidade posta e a melhoria de justiça: "(...) o objetivo é esclarecer como podemos proceder para enfrentar as

⁵¹ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 275-276.

⁵² MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 276-277.

⁵³ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 277.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

questões sobre a melhoria da justiça e a remoção da injustiça, em vez de oferecer soluções para questões sobre a natureza da justiça perfeita”⁵⁴.

Sua abordagem é focada nas realizações, afirmando que, em contraste com a maioria das teorias de justiça modernas, que se concentram em um paradigma de “sociedade justa”⁵⁵, sua obra “é uma tentativa de investigar comparações baseadas nas realizações que focam o avanço ou retrocesso da justiça”.⁵⁶ Os valores - dignidade humana, liberdade e igualdade - representam os três eixos fundamentais em torno dos quais se há centrado a reivindicação dos direitos humanos, revestindo, isso sim, em distintos momentos históricos um conteúdo diverso, um conjunto de faculdades e instituições destinadas a explicá-los. A dignidade humana é o ponto de referência de todas as faculdades que se dirigem ao reconhecimento e afirmação da dimensão moral da pessoa. A liberdade constitui, desde sempre, o princípio aglutinante da luta pelos direitos humanos, ao ponto que a ideia de liberdade chegou a se confundir com a própria noção de direitos humanos. A igualdade constitui o direito humano mais importante de nosso tempo, sendo considerado um postulado fundamentador da teoria jurídica e política de todos os direitos sociais. A positivação, por seu turno, deve ser entendida como o reconhecimento positivo de tais direitos em seu sentido mais amplo, incluindo instrumentos normativos de positivação e técnicas de proteção e garantia.⁵⁷

A condição axiológica dos direitos humanos não se esgota em sua dependência do conceito geral de justiça, ela se prolonga na determinação de seu conteúdo vinculado aos valores de dignidade, liberdade e igualdade. (...). Assim, para uma longa tradição doutrinária, que parte do direito natural racionalista (especialmente de Pufendorf), a dignidade humana é identificada com a noção de direitos humanos. (...). Polarizei o conteúdo dos direitos humanos com base nestes três valores básicos, entendendo que são eles que mais decisivamente informam e contribuem para o desenvolvimento dos diferentes direitos concretos. A dignidade humana representa o

⁵⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 11.

⁵⁵ Para Rawls a justiça de uma sociedade mostra-se na igualdade entre os seres humanos como valor intrínseco. Assim, todo o suporte necessário – direitos, oportunidades, liberdades e recursos sociais – para que cada um possa desenvolver a vida de acordo com suas próprias convicções morais deve ser oferecido pelas instituições básicas. (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4 ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 4).

⁵⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 39.

⁵⁷ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017, p. 50-52.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

núcleo axiológico dos direitos da personalidade voltados para a proteção de sua integridade moral (direito à honra, à própria imagem, privacidade, abolição de tratamento desumano ou degradante ...), bem como integridade física (direito à vida, garantias contra a tortura ...) A liberdade, que serviu de ideal para reivindicar os direitos da primeira geração, oferece o quadro para a imputação axiológica das liberdades: pessoais (em questões ideológicas e religiosas, de residência e circulação, expressão, assembleia, manifestação e associação, bem como ensino ...), civil (garantias processuais e penais) e política (direito à participação política representativa por direito de petição ou iniciativa legislativa popular, bem como com direito ao sufrágio ativo e passivo ...). Ao mesmo tempo, a igualdade foi explicitada por meio do conjunto de direitos econômicos, sociais e culturais que constituem a segunda geração de direitos humanos.⁵⁸

Estas proclamações, portanto, são declarações éticas realmente fortes sobre o que deve ser feito, exigindo que se reconheçam determinados imperativos, indicando que é preciso concretizar e promover essas liberdades reconhecidas e identificadas por esses direitos.⁵⁹

De acordo com as teorias já consolidadas, a justiça pode ser feita de inúmeras maneiras distintas, pois é um conceito relativo. Por ser assim, nunca haverá justiça plena, pois algo considerado justo para uma corrente pode ser considerado injusto para outra, e vice-versa. Entretanto, apesar disso, Amartya Sen considera vital a garantia das liberdades políticas, sociais e econômicas, que são denominadas

⁵⁸ “Los derechos humanos consisten, precisamente, en facultades inherentes a la naturaleza misma del hombre y, por ello, inalienables *erga omnes* y, especialmente, frente a quienes ejercen el poder. La condición axiológica de los derechos humanos no se agota en su dependencia del concepto general de justicia, se prolonga en la determinación de su contenido ligado a los valores de la dignidad, la libertad y la igualdad. (...). Así, para una larga tradición doctrinal, que parte del iusnaturalismo racionalista (en especial de Pufendorf) la dignidad humana se identifica con la propia noción de los derechos humanos. (...). He polarizado el contenido de los derechos humanos en función de estos tres valores básicos por entender que son los que más decisivamente informan y contribuyen al despliegue de los distintos derechos concretos. La dignidad humana representa el núcleo axiológico de los derechos de la personalidad dirigidos a tutelar su integridad moral (derecho al honor, a la propia imagen, a la intimidad, abolición de tratos inhumanos o degradantes...) así como su integridad física (derecho a la vida, garantías frente a la tortura...) La libertad, que sirvió de ideal reivindicativo de los derechos de la primera generación, ofrece el marco de imputación axiológica de las libertades: personales (en materia ideológica y religiosa, de residencia y circulación, de expresión, de reunión, manifestación y asociación, así como de enseñanza...), civiles (garantías procesales y penales) y políticas (derecho a la participación política representativa a través del derecho de petición o la iniciativa legislativa popular, así como el derecho al sufragio activo y pasivo...). A sua vez, la igualdad se explicitava a través del conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales que conforman la segunda generación de derechos humanos” (LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017. p. 592-593).

⁵⁹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 393.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

como “liberdades substantivas” de seus indivíduos para que uma sociedade seja justa.⁶⁰

Ao inserir a satisfação das necessidades humanas como uma das dimensões do processo de desenvolvimento, muda-se o enfoque tradicional conferido ao tema do desenvolvimento, até então centrado quase que exclusivamente no tradicional conceito de eficiência econômica,⁶¹ passando-se a conjugar Estado e Sociedade em prol do fortalecimento das habilidades, capacidades e competência humanas, sendo função estatal a harmonização da perspectiva de crescimento econômico com o desenvolvimento humano e comunitário.⁶²

O direito ao desenvolvimento, assim, demanda uma globalização ética e solidária, devendo ser concebido como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir (liberdades substantivas e liberdades instrumentais, divididas em cinco espécies: liberdades política, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora):

(...) o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. O enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde), e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas). (...). O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva dos Estados repressivos.⁶³

⁶⁰ FAVARO, Aécio Neto. Desenvolvimento e Justiça pela ótica de Amartya Sen. **Revista Juris UniToledo**. Araçatuba, v. 03, n. 01, p. 159-174, jan./mar. 2018.

⁶¹ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento: Antecedentes, Significados e Consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 20.

⁶² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 17.

⁶³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 16.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Na sua acepção mais moderna, pode-se observar que o desenvolvimento se desdobra em três vertentes - econômica, social e política – que se relacionamento com um ponto comum, a liberdade do homem, obtida através da implementação dos princípios e valores decorrentes das normas, princípios e valores convencionais e constitucionais. No caso brasileiro, a liberdade se estabelecerá a partir da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com fundamento na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A partir destes fundamentos, Amartya Sen propõe uma mudança no paradigma vigente sobre as discussões do tema da justiça, adotando uma abordagem comparativa – interessada na escolha social – para a sua própria concepção sobre este tema.

A promoção da justiça deve decorrer do raciocínio público, por meio da reflexão coletiva e de juízos comparativos sobre o bem-estar de uma sociedade e sobre como estão sendo capazes de alcançar seus anseios, o que denota afastamento sobre contratos hipotéticos e arranjos perfeitamente justos, com comportamentos idealizados, mas sim do comportamento real e efetivo dos indivíduos e instituições preocupados em eliminar as injustiças manifestas na sociedade.

Para alcançar este ideal, Amartya Sen também se afasta da ideia de utilitarismo, pois, ao seu ver, o sistema atinente não se ajusta à justiça que defende. Nesse sentido, entende que a avaliação das ações institucionais e individuais não pode ser somente sobre os resultados da agência. Isso porque os processos que levam à culminação de determinada ação institucional, mesmo que com o intuito de dirimir a injustiça, são tão importantes quanto os seus resultados.⁶⁴

Outrossim, a justiça não se realizará com a mera distribuição equânime de bens, haja vista que as circunstâncias subjetivas das pessoas afetam diretamente o proveito que cada um extrai dessas utilidades, com base na sua liberdade e oportunidade, o que afeta diretamente na sua felicidade.⁶⁵

⁶⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 251 e 253.

⁶⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 262.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

As capacidades definem a liberdade de cada para levar a vida e a razão para valorizá-la. A abordagem das capacidades serve de foco informacional para a realização de políticas de promoção da justiça social ou para a atividade de movimentos sociais. Desloca-se o objeto de interesse dessas ações dos meios de se obter uma boa vida (com mais renda, por exemplo), para as capacidades de realização dos anseios das pessoas ou dos grupos de pessoas. “Essa pluralidade tem de ser parte de uma teoria da justiça, que necessita estar atenta a vários aspectos diferentes que cada uma dessas grandes ideias – liberdade e igualdade – invoca”.⁶⁶

É por esta perspectiva que Amartya Sen se propõe a abordar a sua ideia de justiça com foco informacional, de expansão das liberdades e capacidades individuais, circunstância que acarretará no desenvolvimento. Nesta toada, é possível afirmar que “a relação entre as bases informacionais e os juízos avaliatórios é de interdependência e complementariedade”⁶⁷.

Na ideia de justiça, a argumentação pública, assim como referida por Neil MacCormick, também assume caráter relevante, pois permite o combate de situações de injustiça patente na sociedade, sendo a democracia uma forma de promoção das necessidades e anseios humanos como instrumento de ampliação das liberdades subjetivas e coletivas.⁶⁸

As instituições como o Estado, o sistema jurídico, o mercado, os partidos políticos e os meios de comunicação, podem ser avaliados e analisados como justos ou injustos de acordo com a contribuição que exercem ao acréscimo de liberdades aos indivíduos. Da mesma maneira, essas instituições podem agir no sentido de reduzir as liberdades, de não prover serviços adequados de saúde, de originar restrições ao direito de voto, de ensejar a fome, enfim, a restrição imposta à oportunidade de se viver uma vida digna são sinais de uma sociedade injusta e encarceradora.

⁶⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 351.

⁶⁷ ZAMBAM, Neuro José. **Basbases Informacionais Transparentes: vitalidade da democracia e da justiça social**. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 22, n. 2, dez.2017. p. 521.

⁶⁸ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 369.370.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Em suma, fica claro que desenvolvimento, liberdade e capacidades estão interligados e são partes constitutivas de um processo de promoção da justiça. O desenvolvimento econômico e social permite que as instituições promovam as liberdades dos indivíduos, que, por sua vez, passam a gozar de maiores capacidades e contribuem para o aumento do desenvolvimento.

Amartya Sen tem como enfoque as realizações ao invés das instituições e regras, além de utilizar a abordagem comparativa em detrimento à transcendental. No Estado de Direito, as instituições de extrema relevância para qualquer contexto – seja local, regional, nacional ou internacional. No entanto, o foco das realizações defendido por Amartya Sen vai além do quadro organizacional, já que lança o olhar para as vidas dos cidadãos.⁶⁹

A abordagem da justiça no pensamento de Amartya Sen, portanto, é aquela na qual se visa garantir uma igualdade de oportunidades aos membros de uma sociedade e qualquer noção desenvolvimentista deve passar, antes, pela maior realização possível das liberdades instrumentais, evidenciando um modo de se fazer justiça no Estado contemporâneo.⁷⁰ Esta ideologia também pode ser depreendida da ordem econômica constitucional, a Constituição apontou que seus objetivos somente seriam alcançados pela busca do desenvolvimento nacional (art. 3º, II; art. 174, art. 182 e art. 192, todos da Constituição), desta forma, os cidadãos devem ter possibilidades de desenvolvimento integral, com liberdade de participação crítica no processo político e condições de igualdade econômica, social e política,⁷¹ com igualdade de oportunidades jurídicas e materiais ao desenvolvimento. Assim, o direito ao desenvolvimento (humano, social e econômico) deve atuar na consagração de princípios e regras jurídicas que possibilitem ao indivíduo o pleno acesso aos recursos suficientes à existência digna.

⁶⁹ PANSIERI, Flávio. A Crítica de Amartya Sen à Concepção Rawlsiana de Justiça. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 74, p. 181-206, dez. 2016. p. 204.

⁷⁰ PANSIERI, Flávio. A Crítica de Amartya Sen à Concepção Rawlsiana de Justiça. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 74, p. 181-206, dez. 2016. p. 204.

⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 282.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Para tanto, a Constituição assume a função de obrigar todo e qualquer cidadão a trabalhar no sentido de promover a democratização das condições materiais mínimas de vida digna e de realização da felicidade pessoal para os que já existem, e para as gerações futuras, promovendo-se um desenvolvimento sustentável que garanta as condições materiais para a construção de sua própria vida futura.⁷² Trata-se de um fenômeno de todo o conjunto do sistema econômico⁷³ mediante transformação econômica, política e social⁷⁴ com uma “dúplice dimensão: em um primeiro plano de desenvolvimento estatal e comunitário, tanto no cenário interno quanto no internacional; e, em um segundo, na dimensão individual de cada ser humano pode desenvolvimento amplamente suas potencialidades”.⁷⁵

Isto posto, bem delimitado os requisitos de uma dimensão justa para o desenvolvimento econômico e social, permite-se avançar a discussão sob o enfoque da audiência pública virtual como instrumento público de promoção dos anseios do Estado e dos cidadãos.

4 A AUDIÊNCIA PÚBLICA VIRTUAL E O ALCANCE DO DIREITO DE PARTICIPAÇÃO SOB O ENFOQUE DA JUSTIÇA DE NEIL MACCORMICK E AMARTYA SEN

Diante do cenário pandêmico ocasionado pelo COVID-19, que impôs, como uma das medidas sanitárias para o seu enfrentamento, o distanciamento social, foi aberto espaço para a realização de audiências públicas virtuais.⁷⁶ O uso de plataformas digitais, assim, se tornou um ambiente seguro frente a situação desta

⁷² ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do direito tributário**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 25.

⁷³ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 367.

⁷⁴ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil, 1930-1983**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 21.

⁷⁵ FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao Desenvolvimento – uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. *in* PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 196.

⁷⁶ ARAGÃO, Alexandre. Audiências públicas virtuais: possibilidades e limites durante a pandemia da Covid-19. **Direito do Estado**, n. 459, 2020. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/alexandre-aragao/audiencias-publicas-virtuais-possibilidades-e-limites-durante-a-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

crise, sendo de grande valia para a consecução e o prosseguimento das atividades da Administração Pública até o advento da sua solução.⁷⁷

Aliado a um cenário em que se busca otimizar as atividades administrativas do Poder Público para afastá-lo do quadro demasiadamente burocrático em que se insere⁷⁸, passou a ser difundido que algumas mudanças no modo da condução gerencial que advieram pelo ambiente pandêmico permanecerão no futuro, algo que, num primeiro momento, não merece ser combatido.⁷⁹ O momento atual demonstrou a necessidade da evolução de diversos segmentos da sociedade, inclusive no âmbito público, em especial quando o assunto se refere aos benefícios que a máquina traz aos seres humanos de um modo geral.

A despeito disso, algumas questões que estão ao lado dessas evoluções não podem ser ignoradas, a fim de que direitos que ao longo dos anos foram sedimentados na sociedade com critérios de justiça, até mesmo com a alçada de fundamentais pela Constituição Federal, não remanesçam esvaziados, como no caso da participação popular por meio de audiências públicas. A conduta tendente a eliminá-los implica em uma situação de retrocesso social e, por uma acepção ainda mais larga, uma ofensa à democracia⁸⁰ e da integração do indivíduo com a sociedade^{81 82}, assim como do que restou erigido socialmente como legítimo.

⁷⁷ A título de exemplo, em consulta ao *site* da Câmara Municipal de São Paulo é possível verificar que o uso das audiências públicas virtuais já era um recurso disponibilizado à população como um *plus* em favor da participação popular. Na situação de excepcionalidade em razão do COVID-19, tal recurso, em muitas ocasiões, voltou a ser o único possível para a consecução das atividades administrativas. (SÃO PAULO. Câmara Municipal. **Audiências Públicas**. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.leg.br/audienciapublicavirtual/>. Acesso em 28 nov. 2020).

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 39.

⁷⁹ VIDAL, J. P. Pandemia do COVID-19 e mudanças no Estado: surgirá uma nova administração pública em resposta essas mudanças?. **Cadernos EBAPE.BR**, v. 18, n. 4, p. 924-935, 21 dez. 2020.

⁸⁰ "...Viena afirma ainda a interdependência dos valores direitos humanos, democracia e desenvolvimento. Não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos. O regime mais compatível com os direitos humanos é o regime democrático. Atualmente, dos 200 Estados que integram a ordem internacional 140 realizam eleições periódicas, contudo apenas 82 Estados, o que corresponderia a 57% da população mundial, para a ONU são considerados plenamente democráticos...". (PIOVESAN, Flávia. DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS DA ORDEM INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA. **Rev. TST**, Brasília, v. 75, n. 1, jan./mar. 2009. p. 107).

⁸¹ PATEMAN, Carol. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 44.

⁸² Aqui podemos elencar diversos problemas que esta ofensa à democracia gera, todos relacionados à participação popular, como implicações no controle do cidadão perante o poder, sendo que a sua esquiva afasta este controle e pode prejudicar o exercício do direito de minorias ou cercear a palavra dissonante, bem como na própria liberdade, quando tal falta obsta o exercício da escolha do cidadão em participar ou não da gestão pública quando lhe for autorizado.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Nesse contexto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro enfatiza a importância da participação do indivíduo nas decisões, gestão e controle da Administração Pública, como corolário ao Estado Democrático de Direito. A autora, nesta toada, traz a ideia de democracia participativa e os exemplos do direito à informação (art. 5º, XXXIII), do direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º), ad gestão democrática da seguridade social (art. 194, VII), da saúde (art. 198, III), do ensino público (art. 206, VI), na Lei Geral de Telecomunicações, na Lei de Licitações e Contratos, na Lei de Processo Administrativo.⁸³

Com efeito, a audiência pública pode ser entendida como um instrumento que permite a participação concreta da sociedade civil nas demandas sociais.⁸⁴ Existe, assim, para que todos os membros da sociedade de um dado território legalmente definido possam fazer parte do controle da Administração Pública e da definição de políticas públicas, contribuindo, deste modo, para o bem-estar comum e para a realização plena do Estado Social e da democracia.⁸⁵

Na prática, o acesso a estas audiências, de um modo geral, sempre foi presencial, permitindo o amplo contato da população, à qual apenas cabia o seu deslocamento até os auditórios ou estabelecimentos definidos para a realização do ato. Nesse contexto, bastava ser assegurada a ampla divulgação das audiências e o derradeiro direito de participação dos presentes, sendo que muitas vezes o acesso era viabilizado com a consumação do evento na própria comunidade, onde as autoridades estavam ainda mais próximas da população.

Com a sobrevivência das audiências públicas virtuais, situação fortificada, como dito, com a pandemia, se desmantela o problema relacionado ao direito de acesso da população ao ambiente digital, principalmente da parcela socioeconômica vulnerável que muitas vezes não possui condições materiais e intelectivas para

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 37-38.

⁸⁴ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 63.

⁸⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, n. 69, jul./set.2017. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/825/679>. Acesso em 28 nov.2020.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

acompanhar a realização deste ato⁸⁶. Nessa quadra, a audiência pública ganha contornos mais burocráticos, de mero instrumento de manutenção da ordem posta, que não concretiza na prática os direitos e as liberdades. Por outro lado, revela uma fuga da sua função de transformação social, haja vista que, uma vez que o ambiente tecnológico ainda não está no alcance de todos, a população diretamente interessada na audiência pública dela não participa por falta de condições e oportunidades para tanto.

Frise-se, o que se articula no presente artigo é o problema da ouvida dos interessados que sequer têm a possibilidade de acesso à rede mundial de computadores para adentrar nas plataformas onde se viabiliza a atividade audiência pública virtual. Por exemplo, a Câmara Municipal de São Paulo, conquanto retrate que a participação de população melhorou nos plenários virtuais por ocasião da realização de audiências virtuais, nada fala ou regulamenta (nem mesmo no seu Regimento Interno) sobre o eventual prejuízo que outros cidadãos estão tendo pela falta de condição de acesso, nem mesmo destaca sobre os modos corretivos adotados. Ademais, o simples ato de permitir o envio de propostas por escrito às audiências públicas virtuais pela população não sana a questão da efetividade da participação popular, porquanto a esta não está sendo franqueada a possibilidade de discussão no momento do ato.⁸⁷

Não bastasse a ofensa ao próprio direito de participação, essa situação acaba por transcender em ofensa à democracia, ou, em outras palavras à ordem jurídica legítima e justa nas acepções de Neil Maccormick e Amartya Sen, podendo até mesmo ultimar um prejuízo da população que é diretamente interessada na política pública, além de viabilizar a participação cooptativa, que é assim

⁸⁶ “O acesso dos indivíduos à internet é a chave e a precondição para a participação da população em um diálogo mais estreito com o sistema político viabilizado pela democracia digital. Considerando que a internet não é universalmente acessível aos cidadãos (realidade na qual se insere o Brasil), há hoje ainda uma forte limitação ao valor da esfera pública virtual em termos de participação democrática. Com esta limitação, corre-se o risco de que os cidadãos que possuem acesso à internet sejam os mesmos privilegiados que já possuíam acesso ao debate público crítico-racional. A exclusão digital na maioria das vezes segue a mesma lógica da exclusão social. Os analfabetos digitais são geralmente pessoas pobres ou que vivem em lugares isolados. Neste cenário, transportar as discussões políticas para os ambientes virtuais significa excluir do debate aqueles que não possuem acesso a esse espaço”. (MAGRINI, Eduardo. **Democracia desconectada**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 106-107)

⁸⁷ SÃO PAULO. Câmara Municipal. **Audiências Públicas**. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.leg.br/audienciapublicavirtual/>. Acesso em 28 nov. 2020.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

qualificada por apenas legitimar a utilização do poder⁸⁸, e a polarização da sociedade, agravando ainda mais a exclusão social.

A participação popular é um direito que decorre da Constituição Federal⁸⁹, de modo que se ela não é adequadamente garantida a todos os cidadãos adequadamente, a fim de que possam influenciar na tomada de decisão política, a sua mera previsão resta esvaziada na prática. Por isso a justiça legal e legítima não é alcançada no caso.

A legitimação de tais audiências públicas virtuais está diretamente relacionada com o franqueamento do acesso a elas aos interessados para exercerem a participação popular e, portanto, o seu reconhecimento deve ser qualitativo nesse sentido para os fins de justiça social. Se não há meios para garantir o ingresso na audiência pública virtual ao cidadão, como se pode afirmar que a participação popular foi integralmente atendida e que o ambiente é plenamente democrático?

Sem embargo ao fato de que no caso de uma excepcionalidade estatal impera o princípio da razoabilidade e a reserva do possível do Estado, não se pode olvidar que o Poder Público necessita melhor acautelar a participação popular em tais atos, pois um direito que não é acessível não pode ser visto como um direito garantido e atendido. Há, portanto, risco de invalidação de todo o procedimento adotado pelo Poder Público por inobservância ao princípio da participação popular, particularmente nas hipóteses em que os prejuízos inerentes ao exercício da democracia poderiam ter sido evitados.

Frente a isso, por um dever de justiça e da legalidade haurida da Constituição Federal, e, portanto, legítima, a participação popular não pode ser eliminada por

⁸⁸ BAVA, Silvio Caccia. Democracia e participação. In: TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves (Org.). Os Sentidos da Democracia e da Participação. São Paulo: Instituto Polis, 2005. Disponível em: <https://polis.org.br/publicacoes/os-sentidos-da-democracia-e-da-participacao/>. Acesso em 28 nov. 2020. p. 37.

⁸⁹ "Além das modalidades explícitas, mas espasmódicas, de democracia direta - o plebiscito, o referendo e a iniciativa *popular* (art. 14) - a Constituição da República aventa oportunidades tópicas de *participação popular* na administração pública (v.g., art. 5º, XXXVIII e LXXIII; art. 29, XII e XIII; art. 37, § 3º; art. 74, § 2º; art. 187; art. 194, § único, VII; art. 204, II; art. 206, VI; art. 224)" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 244, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 11 set. 2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur98571/false>. Acesso em: 20 jan. 2021).

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

qualquer via, inclusive indiretamente, o que necessita ser sustentado pelo Estado para se ter a preservação das liberdades individuais abraçadas pela democracia participativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação do Estado, conforme o ordenamento jurídico, respeitando a hierarquia das normas, lhe garante legalidade (em sentido amplo), e, assim, esta atuação conforme a lei (notadamente a Constituição) acena com a legitimidade. Porém, ainda que um ato seja legal, pode ocorrer de não ter aceitação popular, o que implicaria em o ato ser legal, mas não ser legítimo. Por esta via, permite-se afirmar que a legalidade é um bom indicativo da legitimidade, mas não se confunde ou equivale à legitimidade.

A versão de pós-positivismo defendida por Neil MacCormick conduz a uma concepção de direito mais promissora, pois não aceita a estrita separação positivista entre o direito tal como ele é e o direito tal como ele deve ser. O direito enquanto prática social é inerentemente argumentativo, e uma das características particulares da argumentação jurídica é que ela permanece aberta a argumentos morais, éticos e pragmáticos que estão inseridos no discurso jurídico.

A lei é um instrumento de utilidade convencionado para o bem da sociedade, no plano da moral como satisfação, e, portanto, aquilo que se convencionou é o que se chama de justiça. Entendido como ordem institucional normativa, o direito busca a justiça e necessariamente se volta a solucionar conflitos práticos de modo moralmente aceitável.

O direito não pode ser abstraído da moral e da política por envolver escolhas a cargo do legislador ou do juiz e da sua valoração a partir da norma válida (reconhecida pela sociedade) e dos fatos trazidos à sua colação. Pois, as leis são o produto de uma atividade racional e teleológica, voltada à realização de programas políticos estruturados e voltados a realização da justiça e do bem comum.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

O caráter de todo o sistema determina que seus fins intrínsecos ou são a realização da justiça e do bem comum. Para isto, defende Neil Maccormick que o direito e a moralidade são conceitos distintos que interagem mutuamente.

As normas legais promulgadas pelo legislativo possuem um caráter positivo. Alguns códigos morais podem ter um caráter positivo ou institucional semelhante e a "moralidade positiva" pode ser um nome adequado para tais códigos.

A concepção autônoma de moralidade desenvolvida por Neil Maccormick está em contraste com a lei positiva. A moralidade autônoma faz certas exigências da lei e critica quaisquer promulgações positivas que violem qualquer concepção razoável de justiça. As leis não são justas ou boas, elas podem estar fundamentas em sérios equívocos sobre o bem comum e, ainda, serem "válidas". Porém, existe um mínimo moral sem o qual a lei se torna supostamente ilegal.

Deste modo, existe uma pretensão implícita de justiça no trabalho das instituições. Um ato de legislar só pode ser realizado dentro de um contexto de representatividade. No espírito dos argumentos cumulativos, deve-se observar a existência de representação tácita com relação ao conteúdo. A legislação deve expressar uma concepção de justiça coerente, ainda que contestável. O Poder Judiciário deve "fazer justiça de acordo com a lei", por isto, as leis devem ter um caráter e a decisão deve ser capaz de orientar ao bem comum das pessoas. Assim, uma certa pretensão de justiça é evidenciada no ato de legislar e, por isto, a deliberação legislativa deve ser aberta à crítica/legitimação popular.

Dado o caráter de ordem normativo institucional do Estado, qualquer moralidade razoável deve incluir uma demanda por justiça no conteúdo e administração da lei. Não há um consenso sobre uma escala de injustiça para tornar a lei corrompida. A partir destas considerações de Neil Maccormick sobre o caráter justo da lei e sua respectiva aplicação, volta-se às reflexões de Amartya Sen sobre justiça.

A promoção da justiça deve decorrer do raciocínio público, por meio da reflexão coletiva e de juízos comparativos sobre o bem-estar de uma sociedade e sobre como estão sendo capazes de alcançar seus anseios, o que denota afastamento

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

sobre contratos hipotéticos e arranjos perfeitamente justos, com comportamentos idealizados, mas sim do comportamento real e efetivo dos indivíduos e instituições preocupados em eliminar as injustiças manifestas na sociedade.

As instituições como o Estado, o sistema jurídico, o mercado, os partidos políticos e os meios de comunicação podem ser avaliados e analisados como justos ou injustos de acordo com a contribuição que exercem ao acréscimo de liberdades aos indivíduos. Da mesma maneira, essas instituições podem agir em sentido negativo, restringindo a oportunidade de se viver uma vida digna, o que caracteriza uma sociedade injusta.

A abordagem da justiça no pensamento de Amartya Sen, portanto, é aquela na qual se visa garantir uma igualdade de oportunidades aos membros de uma sociedade e qualquer noção desenvolvimentista deve passar, antes, pela maior realização possível das liberdades instrumentais, evidenciando um modo de se fazer justiça no Estado na contemporaneidade.

Nesse contexto em que se fala de legitimidade popular e justiça, o tema das audiências públicas virtuais ganha relevo e importância no cenário atual. Entende-se que tais atos necessitam ter a participação popular como pressuposto assegurado pelo Estado, de modo que urge a equalização das situações inerentes às diferenças socioeconômicas da sociedade relacionadas ao acesso ao ambiente digital.

Isso porque, de nada adiantará realizar uma audiência pública virtual se a população diretamente interessada não detém condições, seja material ou intelectivas, para ingressar na rede mundial de computadores para acompanhar o ato. Por isso, se impõe ao Poder Público uma cautela especial quanto a este instrumento de democracia participativa, para que de fato seja um meio para o exercício de direito e não o seu obstáculo.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre. Audiências públicas virtuais: possibilidades e limites durante a pandemia da Covid-19. **Direito do Estado**, n. 459, 2020. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/alexandre-aragao/audiencias->

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

publicas-virtuais-possibilidades-e-limites-durante-a-pandemia-da-covid-19.

Acesso em: 20 jan. 2021.

ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do direito tributário**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

BAVA, Silvio Caccia. Democracia e participação. *In*: TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves (Org.). Os Sentidos da Democracia e da Participação. São Paulo: Instituto Polis, 2005. Disponível em: <https://polis.org.br/publicacoes/os-sentidos-da-democracia-e-da-participacao/>. Acesso em 28 nov. 2020.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 244, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 11 set. 2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur98571/false>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 106, p. 263-313, jan./jun. 2013.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. A necessidade e a insuficiência do princípio da maioria para a democracia: sobre a democracia e a proteção das minorias. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 22, n. 2, dez./2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao Desenvolvimento – uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. *in* PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FAVARO, Aécio Neto. Desenvolvimento e Justiça pela ótica de Amartya Sen. **Revista Juris UniToledo**. Araçatuba, v. 03, n. 01, p. 159-174, jan./mar. 2018.

GUIMARÃES, Lívia. David Hume, p. 1711-1776. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70 Lda, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William S. Direito, Estado e Razão Prática: a teoria do direito de Neil MacCormick. *In*: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (Orgs.). **Coleção Teoria Crítica do Direito**: o positivismo jurídico no séc. XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LUIZ STRECK, Lenio. Hermenêutica, analítica e argumentação: distintas visões sobre a discricionariedade judicial. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 25, n. 2, set.2020.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/España: Editorial Tecnos, 2017.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAGRINI, Eduardo. **Democracia desconectada**. Curitiba: Juruá, 2014.

MARRARA, Thiago. A legalidade na relação entre Ministérios e agências reguladoras. *In*: ARAGÃO (org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PANSIERI, Flávio. A Crítica de Amartya Sen à Concepção Rawlsiana de Justiça. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 74, p. 181-206, dez. 2016.

PATEMAN, Carol. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PEREIRA, Ana Catarina Sampaio Lima. **Da (in)justiça social: um diálogo entre as teorias de John Rawls e Amartya Sen**. 2012. 75f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Filosóficas)-Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2013.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil, 1930-1983**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIOVESAN, Flávia. DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS DA ORDEM INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA. **Rev. TST**, Brasília, v. 75, n. 1, jan./mar. 2009.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4 ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento: Antecedentes, Significados e Consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROESLER, Claudia Rosane, E RÜBINGER-BETTI, Gabriel. "O julgamento da ADI Nº 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 3, nov.2014

SANTOS NETO, João Antunes dos. Legalidade e decisões políticas. **Revista de Direito Administrativo**. *Rio de Janeiro*, v. 234, p. 147-175, out./dez. 2003.

SÃO PAULO. Câmara Municipal. **Audiências Públicas**. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.leg.br/audienciapublicavirtual/>. Acesso em 28 nov.2020.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, n. 69, jul./set.2017. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/825/679>. Acesso em 28 nov.2020.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros, 2001.

SILVA, Neimar Roberto de Souza e. Direito e Argumentação Jurídica em Neil Maccormick. **Revista Legis Augustus**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 29-41, jul./dez. 2013.

SILVA, Luciano Braz. Legitimidade do poder e exercício político: facticidade e validade do direito: perspectivas para uma análise normativa e instrumental. **Revista Univem**. Marília, v. 12, 2013.

BAZZANEZE, Ricardo; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; BAZZANEZE, Thaís. A concepção de legitimidade e de justiça em Neil Maccormick e Amartya Sen e a democracia participativa nas audiências públicas virtuais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

VIDAL, J. P. Pandemia do COVID-19 e mudanças no Estado: surgirá uma nova administração pública em resposta essas mudanças? **Cadernos EBAPE.BR**, v. 18, n. 4, p. 924-935, 21 dez. 2020.

ZAMBAM, Neuro José. Bases Informativas Transparentes: vitalidade da democracia e da justiça social. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 22, n. 2, dez.2017.

RECEBIDO EM 08/2021

APROVADO EM 04/2022