

Direito Administrativo Moderno e que procura abordar temas relevantes e atuais que sempre gravitaram na órbita de preocupações do homenageado.

Este periódico será dividido em três partes.

A primeira será composta por artigos doutrinários de autores – de reconhecimento nacional e internacional –, ao lado dos quais Marcos, durante a sua exitosa trajetória acadêmica, teve a oportunidade de contribuir para o aperfeiçoamento, desenvolvimento e democratização do Direito Administrativo.

A segunda parte será ilustrada por textos do nosso homenageado, que retratam, ainda que de forma resumida, a qualidade e a relevância de sua extensa produção bibliográfica.

A terceira e última envolve uma pequena coletânea de alguns dos pareceres de sua autoria, ao longo dos mais de vinte anos dedicados ao exercício da função consultiva desta Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, que, a um só tempo, brindaram esta casa com seus ensinamentos e viabilizaram, juridicamente, diversos projetos de interesse do Estado do Rio de Janeiro.

Nas palavras de Fernando Pessoa, “o homem é do tamanho do seu sonho”. Marcos foi um ser humano imenso, pois sonhava alto e realizava aquilo que sonhava.

Permitimo-nos, por derradeiro, fazer um agradecimento especial a todos que integram o Centro de Estudos Jurídicos pela dedicação na execução desse número especial da Revista, nobre tarefa de prestar mais essa justa homenagem a esse ser humano e jurista excepcional.

LUCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Doutrina

DEMOCRACIA E CONTRA-PODERES¹

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade
Cândido Mendes

Sumário: 1. Sociedade, Poder e Estado; 2. Emergem os contra-poderes; 3. Os contra-poderes nas sociedades pós-modernas; 4. Os contra-poderes e o Direito contemporâneo; 5. Juridicizando os contra-poderes; 6. A importância das funções neutrais como canais contemporâneos de expressão da democracia; 7. Conclusão: a globalização da democracia.

Mesmo a mais avançada e requintada Ordem Jurídica que se logre instituir para assegurar a distribuição de justiça a um povo, não será suficiente para prevenir desordens, surtos de violência e explosivas manifestações populares, se não estiver dotada dos adequados meios democráticos, que assegurem o emprego de permanentes, eficientes e suficientes canais de comunicação institucionais abertos aos cidadãos, de modo a levarem os seus interesses, insatisfações, indignações, reivindicações e revoltas aos órgãos do Estado para que lhes dêem resposta.

O que há de comum entre os recentes movimentos de massa registrados em vários países da Europa, da Ásia, do mundo islâmico e da América Latina está na insuficiência desses, cada vez mais necessários, canais de comunicação e de institucionalização de demandas, substancialmente democráticos, neutrais e apartidários, para, diante das manifestações de contra-poderes, garantir ao povo a preciosa liberdade de acesso aberto e dialógico aos órgãos de decisão do Estado.

¹ Este estudo vai dedicado a MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO e destinado a ser inserido em edição especial da Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, da qual foi destacado Diretor, em merecida homenagem à sua saudosa memória e por feliz iniciativa da Procuradora-Geral LUCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES. É um preito de admiração da Casa, a que tanto contribuiu com seu talento e dedicação, à sua brilhante trajetória de vida, como Procurador, Professor universitário e autor de obras jurídicas, não obstante truncada em pleno zênite, tão produtiva e qualificada, que impressiona mesmo a quem com ele teve a ventura de conviver e trabalhar muito proximamente, quase como um pai espiritual, como se sente o autor deste artigo. Não obstante, serão as suas magníficas qualidades como pessoa, o seu caráter reto, a sua entranhada fidelidade aos amigos, o seu coleguismo, a sua ardorosa dedicação aos discípulos, o seu imenso amor ao trabalho e o seu autêntico e lúcido patriotismo, entre tantas outras virtudes que o adornaram, as lembranças mais fortes e emocionantes que ele nos deixou, como permanente exemplo e precioso legado de sua vida.

1. Sociedade, Poder e Estado

A *sociedade*, agregação dinâmica de indivíduos da mesma espécie, é um fenômeno natural e, como tal, uma derivação de instintos de todo ser vivo: associado ao da sobrevivência e da reprodução, o *instinto gregário*, que o ser humano compartilha com os demais seres vivos.

Nessa recíproca dependência, própria da agregação natural instintiva, o homem encontra não apenas o meio elementar para facilitar-lhe a satisfação de suas *necessidades primárias*, que são a de sobreviver como indivíduo e a de sobreviver como espécie, como, ainda nela, o meio propício para a satisfação de incontáveis *necessidades derivadas* - em diversificado rol. que não cessa de ampliar-se em função da cultura e da civilização - aspecto este que marca sua dupla realização individual: como *pessoa* e como *membro da sociedade* a que pertence.

O *poder*, fenômeno social conatural ao homem,² está presente em todas as suas manifestações gregárias, como o grande protagonista da História, construindo culturas e civilizações e as destruindo, atuando necessariamente como um instrumento, mas, por vezes, servindo perversamente como fim em si mesmo, mas sempre, em suma, como a *energia que move a sociedade*.

No sentido sociológico, o poder é uma *relação social assimétrica*, na qual a *vontade*, de um indivíduo ou de um grupo, demonstra capacidade de influir ou determinar o comportamento de outro indivíduo ou de outros grupos.

Como se pode deduzir desses conceitos, trata-se de uma *manifestação espontânea* em qualquer sociedade humana, que tem lugar ao se travarem *relações sociais assimétricas*, tanto entre indivíduos, como entre indivíduos e grupo e entre grupos, ou, dito em outros termos, quando o potencial de influência de uma parte sobre a outra se revele de tal modo suficiente para induzir-lhe efetivamente sobre o comportamento.

Não obstante, o estudo do poder, embora se tratando de “*um dos mais velhos fenômenos das emoções humanas*”,³ mencionado em clássicos, como em MAQUIAVEL, HOBBS, LOCKE e MONTESQUIEU, só começou a ser trabalhado cientificamente a partir do século XIX, na obra seminal de LUDWIG VON GUMLOWICZ.⁴

Ainda assim, o foi com sua ênfase preferentemente focalizada sobre a *expressão política* - então a mais conhecida, por ser a específica modalidade à qual se imputam os efeitos das relações assimétricas no que concerne à *direção da sociedade*⁵ - pois o

2 Assim o consideram, entre seus mais renomados monografistas, Bertrand Russell, Nicolas Timasheff, Max Weber e Maurice Hauriou (in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Teoria do Poder*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 54, nota nº 143).

3 Observação de ADOLF A. BERLE em seu estudo *Power* (New York: Ed. Harcourt, Brace & World Inc.).

4 GUMLOWICZ, Ludwig von. *Die Sociologische Staatsidee*. Graz: Leuschner & Lubensky, 1892.

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* (única monografia em língua portuguesa sobre o tema).

estudo do poder tem negligenciado o tratamento teórico de suas demais expressões, como, notadamente o são, a social e a econômica, igualmente importantes, até mesmo por também se projetarem sobre o campo político.⁶

Com sua origem coletiva nas interações sociais, a percepção das relações de poder é a que sobressaía em suas manifestações concentradas para a *direção do grupo*: de início, tribal e religiosa, para, com o tempo, institucionalizar-se como *modalidade política*, que se consolidaria, a partir de então, em *estruturas de poder organizadas*, que evoluíram desde os primitivos patriarcados aos reinos da Antiguidade, passando pela singularidade do Império Romano e pelas organizações feudais, até se concentrar, com o Renascimento, na modalidade institucional moderna e difundida do *Estado*.

Mas nem pelo fato de haver gerado, nessa longa evolução, tantas específicas modalidades de organizações cratológicas, o conceito de poder, *por ser sempre um produto de toda a sociedade*, não se cingiu a essas históricas *expressões políticas*, de sorte que é necessário que a sua teoria geral se estenda ao estudo de quaisquer *expressões* em que este fenômeno se manifeste, tais como a *religiosa*, a *militar*, a *econômica* etc., pois o poder político é gerado nas interações que se processam entre todas elas.

É a própria História a nos evidenciar que até nas mais fechadas e absolutas modalidades tirânicas de concentração de poder político, sempre *remanesce o poder latente* na sociedade, que, mesmo oprimido e sufocado, lá restará, pronto a reverter qualquer dominação; por mais feroz que se apresente, aguardando apenas a oportunidade de manifestar-se e de reflorescer.

Assim, mesmo dominadas e duramente reprimidas, sempre haverá em quaisquer sociedades as manifestações deste poder latente, eventualmente externadas em demonstrações de insatisfação, de rebeldias e de revolta, que provavelmente eclodirão sempre que indivíduos ou grupos se convencerem de que compensa o sacrifício de arrostar as armas do poder instituído dominante, para reconquistar as liberdades perdidas.

Enfim, a semente da liberdade jamais morre no coração dos homens, senão que neles por vezes dormita, aguardando a sua primavera, de sorte que o arbítrio do poder incontido só logrará subsistir se houver um mínimo crítico de aceitação dos que estão a ele sujeitos, pois até a mais brutal das ditaduras só sobreviverá enquanto as sociedades se mostrarem complacentes com a tirania que lhes for imposta e não despertarem de seu letargo.

Todavia, até o século XVIII, essas maravilhosas rebeldias, levantes e revoltas fatalmente se chocariam com velhos mitos... barreiras milenares que protegiam as instituições vigentes, que, por tantas eras, sustentariam a *concentração absoluta* do poder político, um fenômeno que, mais tarde, a lucidez de CARL SCHMITT viria a explicar como resíduos secularizados de conceitos teológicos,⁷ que impregnavam

6 “*Todavia, não obstante quase um século transcorrido desde Gumplowicz, o estudo integral do poder continua a ser um desafio. Sua bibliografia não abarca todo o fenômeno em toda sua riqueza teórica, ressentindo-se da falta de um esforço de unidade sistemática...*” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Op. cit.*, publicada em 1992, p. 38).

7 *Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe* (Todos os conceitos significantes da doutrina moderna do Estado são conceitos teológicos secularizados. N/ tradução). SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 43).

a dominação política de uma, como era então reputada, intocável *sacralidade do poder*.

Tratava-se de considerações brotadas da meditação de cunho religioso sobre qual deveria ser a *missão fundamental* do poder nas sociedades humanas, já que, por muito tempo, se o considerava como exclusivo atributo da Divindade, uma vez que somente ela possuiria em sua essência o poder absoluto sobre todas as coisas (*omni potestas dei*), do qual as manifestações humanas seriam nada mais que reflexos e, os cetros reais, meras outorgas temporais (*omni potentatui dominans*).⁸

Assim foi que, pioneiramente, viria a caber a HOBBS, no século XVII, produzir o primeiro sistema moderno de Filosofia Política,⁹ no qual tais crenças passaram a ser revistas, de modo que, a partir de seu pensamento, se fincaram os fundamentos da doutrina, que prosperaria no século seguinte produzindo as *três grandes revoluções liberais*, que se tornariam as fontes conceptuais das manifestações do poder estatal moderno, a saber: a revolução inglesa, consolidando a independência do poder legislativo, atribuído aos Parlamentos; a revolução americana, consolidando a do poder judiciário, atribuído em sua cúpula às Cortes Supremas, e a revolução francesa, consolidando a do poder executivo, como atribuição das Administrações Públicas.

Ao descaracterizar o mito da sacralidade do poder, HOBBS reafirmava a *sociedade* como a *fonte autônoma e natural do poder*, com isso, definindo a *natureza derivada e artificial* de sua expressão estatal organizada, e deduzindo que a *legitimidade do poder político* haveria de repousar na *representação*, como o instrumento que garantiria a presença, ainda que de modo indireto, da *vontade da sociedade* na estrutura decisória do Estado.¹⁰

Estavam abertas as portas para a expansão das ideias liberais no século XVIII, com seus grandes próceres, destacadamente JOHN LOCKE e ADAM SMITH, para acrescentar um novo rol de valores a partir do *individualismo*, como a nova corrente de idéias que, revivida no Renascimento, logo amadureceria com o reconhecimento das *inatas liberdades do homem* e, em consequência, de seus *direitos fundamentais*.

Desde então, esses novos valores seriam entronizados como necessários fundamentos de uma *ordem espontânea da sociedade* e, por este motivo, inviolável por qualquer *ordem artificial politicamente imposta*, daí derivarem-se os conceitos políticos, hoje comezinhos, de *governo limitado*, de *Estado de Direito* e de *constitucionalismo*, que prosperariam em distintos institutos liberais, que, difundidos, assentariam os atuais *fundamentos juspolíticos do poder*.¹¹

8 Livro de Ester, XIV.

9 HOBBS, Thomas. *The Leviathan (Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil)* 1651.

10 E esta função *no* Estado, própria dos parlamentares, distinguiriam estes como *agentes da sociedade na estrutura do Estado* e não como meros *agentes do Estado*, um tema que hoje ressurgiu, com grande atualidade, na atualíssima categorização funcional de *agentes neutrais no Estado*.

11 LOUIS DUMONT, em *O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna* (Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. ps. 38 e 39), desenvolve interessante afirmação de se tratar de um valor caracteristicamente ocidental e, por isso, fundante das sociedades modernas.

2. Emergem os contra-poderes

Nas sociedades submetidas às modalidades fechadas, tirânicas e absolutas, de *concentração* de poder político, qualquer expressão de *insatisfação* em face do regime político a que estavam sujeitas era vista como insuportável rebeldia ou revolta, a ser justamente sufocada, antes que se disseminasse. Este, o modelo dominante na Antiguidade, com a áurea exceção da Atenas de Péricles, permaneceria por todo o Medievo e pelos primeiros séculos da modernidade, até que ganhassem plena expressão os valores do liberalismo.

Com efeito, ainda não seriam suficientes todas as arbitrariedades, as intermináveis injustiças e o sofrimento de incontáveis vítimas dos regimes absolutistas para abalar o avelhantado sistema de classes, de estamentos e de privilégios do *ancien regime*... haveria de ser necessário que a consciência da superioridade natural da pessoa humana e de seus valores sobre quaisquer outras idéias e realizações artificialmente engendradas inspirasse e produzisse *revoluções*, inovando alternativas de poder capazes de reverter o sistema piramidal dominante, de tal sorte que as pessoas, ao retomar o gozo de suas liberdades inatas, reconquistassem os poderes de *escolha política*: em suma, se transformassem de súditos em cidadãos.

Indubitavelmente, a mera insatisfação e, até mesmo, uma eventual oposição aberta tinham sido incapazes de operar essas mudanças no monolítico sistema de poder político tradicional de corte autoritário, sem que se possibilitasse uma suficiente mobilização de corações e mentes através do aperfeiçoamento da *comunicação social*; portanto, desde a imprensa de Guttenberg, evoluindo aceleradamente até o acesso popular aos meios eletrônicos, que proporcionam hoje a *informação* sem limites e sem fronteiras; tudo afirmando a *consciência do coletivo* e a convicção de que, não obstante subsistam tantas diferenças entre os povos e entre os indivíduos, somos todos elementarmente iguais e igualmente dignos: o que nos identifica como *pessoas*.

Esses valores - que eventualmente podem também mover a insatisfação e a revolta - geram um tipo de *poder espontâneo* na sociedade, obviamente de natureza distinta e mais fraco do que o *poder institucionalizado* concentrado nos Estados, mas, ainda assim, dadas as circunstâncias, ainda com potencialidade de a este se opor e até de, eventualmente, sobre ele prevalecer.

É o que nos mostra a História e, recentemente, se tem repetido, como no Egito, com a derrubada da ditadura de Hosny Mubarak, e na Líbia, a da prolongada tirania de Muammar Kadafi, iniciando um domínio de insatisfação, como obras deste poder anônimo e difuso, que prossegue sua propagação - identificando a primavera islâmica - a outras autocracias de que está povoada essa vasta área, que vai do Magrebe às fronteiras do subcontinente indiano.

É, portanto, esta espontânea percepção da maravilhosa peculiaridade de nossa própria natureza, capaz de gerar uma íntima certeza, de fácil difusão, de que a vida em sociedade e, nela, a plena realização individual se assenta sobre um binômio de valores aparentemente antagônicos, mas intimamente intercausais, que precisam ser absorvidos e vividos intensamente, não importando a que custo: a *liberdade* e

a *solidariedade*. A *liberdade*, a realçar a singularidade de sermos individualmente diferentes e aptos a escolher o que pretendemos para nossas vidas com ela interagindo, e a *solidariedade*, a ressaltar nossa complexa dependência da sociedade para que efetivamente o logremos com plenitude.

Como fiel entre esses dois valores, oscilando historicamente entre ambos - mas presente onde quer que se agrupem seres humanos - situa-se o *Direito*, que, mesmo variando no espaço e no tempo sob inúmeros aspectos, contém um núcleo essencial e inalterável que lhe é imanente e inviolável: os *direitos humanos*.

É ainda a Mestra História a nos ensinar que o *progresso político*, obtido tantas vezes com imenso sacrifício de vidas humanas, avança muito lentamente, de vitória em vitória, e o vem novamente comprovar com o momentoso exemplo de nossos dias, da referida primavera islâmica, em pleno curso na região mais densamente dominada por autocracias de todo gênero; tudo a demonstrar que sempre é possível aluir as bases seculares do poder concentrado, de antigas e novas, autocracias, a partir da *comunicação*, com sua capacidade de se diversificar e de gerar espécies de poder próprios,¹² potenciando as insatisfações, disseminando valores e acenando com a inesperada e venturosa eventualidade de se ver resgatados para a democracia mais da metade dos países do mundo, ainda no albor deste vigésimo primeiro século.

Cabe, como adequado encerramento e remate desta apresentação vestibular, uma complementação, que se segue, na qual se adentrará um pouco mais no intrigante tema pós-moderno dos *contra-poderes*, confiando à pena de MANUEL CASTELLS, acima lembrado em nota, a síntese parcial do que já foi exposto, nesta tersa observação: “*Em última análise, só o poder da sociedade civil global, atuando sobre a mentalidade pública por via da mídia e das redes de comunicação poderá, eventualmente superar a inércia histórica dos Estados-nação e assim levá-los a aceitar a realidade de seu poder limitado em troca de incremento de sua legitimidade e eficiência.*”¹³

3. Os Contra-Poderes nas sociedades Pós-Modernas

Uma vez reconhecida a incontestável prelácia do *homem* - seja individual ou coletivamente considerado - sobre todas as suas criações, o que inclui todas as instituições estatais e legais por ele produzidas, tem-se, a partir daí, fundamentado o conceito de *Estado de Direito*, tal como desenvolvido na Modernidade, ou seja, entendido, o *Direito*, como uma *exclusiva e soberana expressão da vontade estatal*, ainda que dissociado da *legitimidade*, bastando, tão somente, ao Estado, observar a *legalidade*, ou seja: respeitar a *lei* que ele próprio edita, sintetizada no brocardo *patere legem quam fecisti*.

12 MANUEL CASTELLS sustenta que, com as atuais redes digitais de comunicação, a análise das relações de poder requer uma nova abordagem das formas e dos processos da comunicação, hoje amplamente socializada, notadamente em razão das redes horizontais de participação, que produz o fenômeno que denomina de *auto-comunicação de massa* (*mass self-communication*). In *Communication Power*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 4).

13 CASTELLS, Manuel. *Op. cit.* p.42.

A injustiça e desacerto da aceitação desta onímoda e ilimitada sujeição, costumeiramente ignorada ou encoberta nos clássicos manuais teóricos, só se veio a patentear no curso do século vinte, muito em razão dos holocaustos bélicos, que alcançaram escala mundial, impostos por esses “Estados de Direito” a sociedades passivas e inermes. Era um processo que (*hélas! à quelque chose malheur est bon...*) concorreria, afinal, para robustecer o conceito de *legitimidade democrática*, referida ao próprio Direito, como idéia força nascida das catástrofes produzidas sob o signo do mito da legalidade, que acobertava tiranos e ditadores, que logo floresceria com a institucionalização do *Estado Democrático de Direito*, ironicamente, um movimento iniciado nos países que haviam sido os mais sacrificados por seus próprios regimes autocráticos...

Implícita, portanto, nessa significativa evolução – que, partindo do poder estatal *sem sujeição*, passaria pelo poder estatal *sujeito não mais que à própria lei*, para chegar hoje ao poder estatal *sujeito à lei e ao Direito* – a robusta emergência desta nova idéia-força: a de que as *sociedades humanas*, independentemente de estarem organizadas sob o tradicional modelo renascentista de *Estados nacionais* (ou até, em certos casos, plurinacionais), devem desfrutar de um *espaço público* que lhes é próprio e inerente, sobre o qual as interferências estatais só serão *legítimas* se democraticamente consentidas.

É, portanto, neste *espaço público não estatal*, de extrema complexidade e surpreendente dimensão nas sociedades pós-modernas, que continuamente medram modalidades espontâneas de *poder societal*, passando a interagir com o *poder estatal* estabelecido, para exercer crítica, influência e pressão, eventualmente em confronto com posições oficiais de seus órgãos, daí a denominação genérica, que se lhes confere, de *contra-poderes sociais* ou, mais simplesmente, de *contra-poderes*, como vem sendo empregada pelos pensadores da atualidade

Este cenário, de complexidade e de expansão, interagindo nas sociedades pós-modernas, assim como as intrigantes perplexidades que estão causando, leva a que conspícuas mentes acadêmicas constantemente a ele se refiram como uma *arena de desafios*, tal como exposto na visão de ULRICH BECK¹⁴ e de PATRICK LAGADEC¹⁵, ao denominá-las *sociedades* e *Estados de risco*, considerando, particularmente, não apenas a multiplicação como o agravamento de *perigos* de toda sorte nelas incessantemente gerados, tais como ambientais, sanitários, econômicos, sociais e, por certo, mais agudamente, os políticos, ameaçando permanentemente as sempre frágeis conquistas da *paz* e da *democracia* e, não raramente, enfrentados em escala global.

É na complicada confluência de tantos e diversificados *riscos*, que se potenciam quando acumulados - como é particularmente o caso dos *riscos sociais* ao agravar os *políticos* e vice-versa - que as matérias veiculadas frequentemente pela imprensa, bem

14 BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity (Sociedade do Risco)*. Londres: Sage, 1992.

15 LAGADEC, Patrick. *La Civilisation du risque - Catastrophes technologiques et responsabilité sociale*. Paris: Seuil, collection «*Science ouverte*», 1981, e LAGADEC, Patrick e GUILHOU, Xavier. *La fin du risque zéro*. Paris: Eyrolles Sociét - Les Echos Éditions, 2002.

como os ameadados estudos continuamente produzidos nas áreas das ciências humanas, se debruçam sobre essas *manifestações públicas*, organizadas ou semi-organizadas, como, indistintamente, o são as promovidas por *associações privadas* que se ocupam de interesses públicos, por *grupos de pressão*, por órgãos da *imprensa* escrita, falada, televisiva, por *grupos estruturados na internet*, ou por quaisquer modalidades de demonstrações ostensivas de *opinião pública* e, de modo destacado, aquelas *manifestações*, cada vez mais veementes, dos *movimentos de massa em reivindicação e protesto*.

Está-se, enfim, diante de um conjunto de fenômenos - classificados genericamente como *expressões de contra-poderes sociais* - que presenciamos eclodir, ganhar força e se expandir, impulsionados pela espantosa intensidade da *comunicação social* em nossos dias.

Note-se que algumas das mais antigas dessas manifestações - como as de *movimentos reivindicantes e de protesto* - já de há muito se encontram devidamente contidas e disciplinadas sob padrões jurídicos aceitáveis, muito embora, por vezes, posam ser até desconfortáveis para a sociedade, como, servindo de exemplo, a *greve*, que é uma bem sucedida *canalização jurídica* de manifestações coletivas de setores organizados de empregados e, da mesma forma, podendo ser mencionadas outras experiências de *juridicização* exitosa de reivindicações e de protestos públicos, dando outros exemplos, como as que geraram instituições como as de *ombudsmen*, de auditores, de centrais de reclamação obrigatórias e de congêneres, cuja missão é, em suma, de filtrá-los e encaminhá-los à decisão processualizada dos órgãos competentes da estrutura do Estado.

A institucionalização faz sentido, pois esses *movimentos* populares, que, observadamente, se vêm ameadando nas sociedades contemporâneas, se forem *ordeiros e pacíficos*, podem ser *úteis* para ecoar construtivamente os *protestos e reivindicações* de vários segmentos da sociedade, tornando-se, portanto, de grande importância social processar-se uma canalização direta dessas várias modalidades sociais espontaneamente manifestadas, como autênticos *controles difusos*, que são aceitáveis, quando não desejáveis nas democracias.

Mas o que tristemente se observa é, ao revés, um paulatino incremento de *manifestações públicas de massa demonstrando contrariedade, insatisfação e indignação*, que, se considerando desatendidas, ignoradas ou rechaçadas, acabam recorrendo à *violência* e, assim, se deslegitimando e desservindo a seus propósitos originais, causando desordem, insegurança e, paradoxalmente, o abalo da ordem democrática.

São fatos acabrunhantes e cada vez mais presentes, que, indiferentemente, tanto ocorrem em países desenvolvidos como em desenvolvimento, tanto nos ricos como nos pobres, e, não raramente, acompanhados de tumultos, de agressões, de depredações e de vítimas, escancarando a ferocidade latente da turbamulta, que, uma vez confrontada, em resposta à repressão policial empregada para contê-los, pode atingir inacreditáveis paroxismos de fúria cega.

É possível constatar a atualidade e a importância desse fenômeno nas recentes manifestações anarquistas que se têm propagado em alguns países da Europa, o

que, para autorizados observadores acadêmicos, como HERFRIED MÜSKLER, da Universidade Humboldt de Berlim, registraram um espantoso aumento de 43% no ano de 2010.¹⁶

A todas essas *manifestações públicas*, pacíficas ou não, constantemente estudadas em trabalhos sociológicos e políticos, agregam-se ainda novas modalidades: as que se valem dos meios de *comunicação digital de massa* e empregam uma grande variedade de *canais próprios de expressão*, operando através de *redes eletrônicas mundiais interligadas*, que, assim difundidas globalmente, *atuam independentemente dos meios tradicionais* - tanto os tradicionais meios de comunicação da imprensa escrita, falada e televisionada, como os meios político-partidários institucionalizados - qualificando-se, portanto, como *distintas variedades de manifestações de poder da sociedade*, identificadas genericamente como *contra-poderes*.

Esta identificação já se pronunciava bem clara em 1945, ainda durante a Segunda Guerra Mundial, na obra de BERTRAND DE JOUVENEL¹⁷, ao denominar de *contra-poderes* aos *impedimentos ao poder com origem na sociedade*; excluídos, portanto, os de ordem natural.¹⁸

No entanto, somente no Segundo Pós-Guerra, já no contexto da pós-modernidade, se iniciou a produção de uma bibliografia consistente sobre os *contra-poderes*, mesmo sem clara indicação do tema em seus respectivos títulos.¹⁹

Mas, indubitavelmente, com a *globalização* acelerou-se a percepção do fenômeno, ensejando a sua definitiva inserção como novo tema de estudo das Ciências Sociais, destacando-se seis obras monográficas versando os *contra-poderes*, em rol que se abre com a de JOHN HOLLOWAY, das mais controvertidas e, por isso mesmo, provocadora de um renovado interesse sobre o assunto, por sustentar que o objetivo das revoluções não seria necessariamente empolgar o poder político institucionalizado, mas promover uma *resistência idealizada*, capaz de mudar a sua orientação, daí o título de sua obra aparecida em 2002: *Mudar o mundo sem tomar o poder*.²⁰

16 Estes dados se encontram publicados na reportagem de "O Globo", de 30 de dezembro de 2010, a página 30, sob o título *Anarquismo sobre fronteiras*.

17 JOUVENEL, Bertrand de. *Le Pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*. Genebra: Éditions du Cheval Ailé, 1945, VI, Cap. XV.

18 Ao apreciar esta classificação, no ano de 1992, embora registrando ser tecnicamente *exata*, deixei consignada uma divergência, por entender que, embora potencialmente adversativas, essas manifestações não se poderiam considerar ainda dotadas de poder, mas de uma potencialidade de sê-lo, conclusão que ora se corrige neste ensaio (in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Teoria do Poder. Op. cit.* p. 72 e Nota 27.)

19 Como, por exemplo, nas seguintes obras, todas surgidas no final do século vinte: EVANS, P. *Globalización Contra-Hegemónica: Las Redes Transnacionales como Herramientas de Lucha contra La Marginalización*. Contemporary Sociology, 1998; EVERS, T. *Estatismo vs. Inmediateismo: noções conflitantes da política na Alemanha Federal*. In Novos Estudos CEBRAP: São Paulo, v. 2, 1, p. 25-39, abr. 83; PAOLI, M. C. *As Ciências Sociais, os Movimentos Sociais e a Questão do Gênero*. In Novos Estudos CEBRAP, SP, n. 31, outubro de 1991, pp.107-120 e PORTES, A. *Villagers: The rise of transnational communities*. The American Prospect, n.º 25, 1999.

20 HOLLOWAY, John. *Change The World Without Taking Power*. London: Pluto Press, 2002.

A crítica a essa idealizada despolitização, proposta por HOLLOWAY, adviria logo no ano seguinte, com MIGUEL BENASAYAG e DIEGO SZTULWARK, reconsiderando que reside no poder do próprio Estado, como gestor de interesses públicos, o real objeto da manifestação transformadora dos contra-poderes sociais.²¹

É, todavia, nesse mesmo ano, de 2002, que o reputado sociólogo ULRICH BECK, da Universidade de Munique, se dedica a examinar o fenômeno sob o prisma da globalização, com alentado estudo, o mais completo até então, enriquecido com uma impressionante bibliografia de cerca de 600 títulos, no qual o autor parte da premissa de se tratarem, os contra-poderes, de uma *normal reação das sociedades, cada vez mais esclarecidas, ao envelhecimento e pouca prestabilidade das instituições dominantes*, que “foram criadas em um mundo onde as ideias de pleno emprego, do primado da economia governamental sobre a economia nacionais, de fronteiras em funcionamento, de soberania e de identidade territoriais claramente definidas tinham valor de pontos cardeais”, suscitada por uma óptica que não mais pode ser concebida como nacional, “mas transnacional, no quadro de uma política interior global”.²²

Mais recentemente, já em 2009, a dupla LUDOVIC FRANÇOIS e FRANÇOIS-BERNARD HUYGHE, cunhando a expressão “*democracia de influência*”, observa nos contra-poderes uma *estratégia de ação*, assumida como produto de vários atores que se interconectam pela informação, e que se manifesta através de um *sistema sócio-político* voltado a convencer e a seduzir, de modo a “*formatar as mentalidades para agir sobre os homens e preparar o futuro coletivo*”, marcando, assim, a passagem de uma *sociedade de autoridade* - que girava em torno do conceito de chefia - para uma *sociedade de influência* - que depende da formação da adesão e do consenso.²³

Ainda no ano de 2009, MANUEL CASTELLS, depois de reafirmar o poder como o processo fundamental da sociedade e de distinguir dois tipos de processos sociais - os processos que impõem a “*dominação existente*”, e os processos *contrapostos*, de resistência à dominação, “*em favor dos interesses, valores e projetos que são excluídos ou sub-representados*” nos programas e composição da rede - conclui que “*o poder nas sociedades em rede é o poder da comunicação*” e que, por isso, “*o poder governa e os contra-poderes lutam*”.²⁴

Para encerrar esta resenha, mencione-se a obra mais atual, de GEORGE CORM, autor de *O novo governo do mundo*, publicada em 2010, que, em seu subtítulo, se refere a *Ideologias, estruturas e contra-poderes*, embora nela não teorize este último tema, senão que a ele apenas se refere com vistas a refutar a “*inelutabilidade da globalização*”, valendo-se do conceito para defender os “*movimentos anti-sistêmicos*”

21 BENASAYAG, Miguel e SZTULWARK, Diego. *Du Contre-pouvoir*. Paris: La Découverte, 2003.

22 BECK, Ulrich. *Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter*. Frankfurt am Mein: Suhrkamp Verlag, 2002. Citações acima, com n/tradução, retiradas da edição francesa *Pouvoir et contre-pouvoir. À l'heure de la mondialisation*. Paris: Éditions Flammarion, Champs essais, 2003, ps. 7 e 8.

23 FRANÇOIS Ludovic et HUYGHE François-Bernard. *Contre-pouvoirs, de la société d'autorité à la démocratie d'influence*. Paris: Ellipses, 2009, ps. 3 a 19 e resumo na contracapa.

24 CASTELLS, Manuel. *Communication Power*. Oxford: Oxford University Press, 2009, ps. 47, 50 e 53.

que, a seu ver, deveriam dirigir-se a corrigir “*o funcionamento perverso da economia globalizada*”, pondo em ação “*mecanismos que travassem a globalização e permitissem progressivamente uma reorganização dos espaços socioeconômicos, assegurando mais coerência e estabilidade às diferentes sociedades...*”.²⁵

4. Os contra-poderes e o Direito contemporâneo

O reconhecimento, em princípio, de uma intrínseca *legitimidade* dessa dinâmica espécie de interação democrática dos contra-poderes, ainda que compreendida a que envolva inconformismo ou confrontação de idéias - que, como já reconhecido, é socialmente *construtiva* - não afasta, porém, a possibilidade e, quiçá, a inelutabilidade do *agravamento de confrontos*, de modo a que, eventualmente, cheguem a alcançar níveis de agressividade que exijam o emprego de meios repressivos, ante a violação de valores essenciais para a convivência civilizada das próprias sociedades vitimadas.

Assim, facilmente exasperados os possíveis conflitos, justifica-se a importância que ora assume para o Direito o fenômeno dos contra-poderes, com a conseqüente necessidade de que sejam devidamente conhecidos, analisados e estudados, para que possam receber um tratamento receptivo juspolítico adequado e condizente com os progressos jurídicos conquistados na pós-modernidade.

Trata-se, pois, de uma tarefa que exige não apenas uma *percepção multidisciplinar*, como um *esforço de criatividade*, para, sem desfigurar as características democraticamente saudáveis que se expressem nos contra-poderes, encontrar os adequados *canais disciplinadores, que são próprios do Direito*, para as suas manifestações populares, devidamente escoimadas de abusos que possam representar desafios aos valores republicanos da ordem social, da paz e das liberdades públicas.

Trata-se, em suma, de um trabalho a ser desenvolvido concomitantemente no âmbito jurídico mundial *estatal*, dos quase duzentos países independentes - portanto, interessando aos respectivos direitos constitucionalizados - como, simultaneamente, no ecúmeno global *transestatal* - com as suas milhares de organizações independentes que, de algum modo, administram interesses públicos - portanto, alcançando o âmbito do *direito globalizado*.

Em ambos os casos, ter-se-á o mesmo objetivo: a criação de *instituições* - sejam elas nacionais, internacionais, supranacionais ou transnacionais - as quais, sempre respeitando a liberdade de expressão das pessoas, estejam aptas a *canalizar civilizadamente* as manifestações de contra-poderes, de qualquer espécie e intensidade, para, filtrando-os, *incorporá-los ao processo aberto de criação e aplicação do Direito*, para que possam servir como *novos instrumentos da cidadania*.

Em complemento, ao aludir à *criatividade*, pensa-se, com efeito, em um enfrentamento construtivo da *conflitualidade*, que espontaneamente sempre poderá

25 CORM, Georges. *Le nouveau gouvernement du monde. Ideologies, Structures, contre-pouvoirs*. Paris: La Découverte, 2010, p. 10 e resumo na contra-capa.

se desenvolver, quanto mais extraordinária for a complexidade de interesses que apresentem as sociedades pós-modernas.

Em consequência, hoje, desaparecidas ou enfraquecidas inúmeras limitações físicas e sociais que se interpunham à livre *comunicação humana*, torna-se necessário instituir *novos padrões de ordem* para os recentes processos sociais, como, emblematicamente em nossos dias, são os contra-poderes; portanto, uma tarefa que exige concertação e ação ecumenicamente ampliadas, desde os quadros juspolíticos delimitados pelos Estados, estendendo-se a todo o campo globalizado transnacional, até onde possa alcançar a natural espontaneidade das relações sociais.

Há, portanto, uma distinção importante a ser, desde logo, registrada relativamente a essas expressões da vitalidade gregária dos povos, muitas das quais, em suas manifestações tradicionais, já foram juridicamente institucionalizadas, como espécies históricas do gênero dos *contra-poderes sociais*, acrescidas ao rol das *modalidades institucionalizadas não-estatais*, de longa data conhecidas e estudadas, tais como as associações dedicadas à arregimentação e propagação de ideias, os *lobbies* parlamentares, a imprensa, as religiões e tantas outras manifestações organizadas da opinião pública, porém que, em razão das dimensões transestatais que adquiriram, a Sociologia as tem, por isso, classificado como *expressões de uma nova sociedade civil global*.²⁶

Assim, o que predominantemente as tem caracterizado - a todas essas mais recentes manifestações sociais - é, o fenômeno da *comunicação digital de massa*, que toma corpo e importância como expressão não-estatal de concentração de *poder difuso* em escala global, já assinalando, por isso, para alguns observadores, o que se pode identificar, com CASTELLS, como uma *Era Digital*.²⁷

Este mega-fenômeno da comunicação, tratado como *uma específica manifestação de poder*,²⁸ pode ser constatado na repercussão pública dos grandes arquivos de dados e de opiniões, abertos sem fronteiras políticas ou limites geográficos, postos à disposição de bilhões de pessoas, tais como, exemplificativamente, os *blogs*, o *Facebook* - aptos a formar redes para transformar informações em grupos de ação - e, mais recentemente, o *WikiLeaks*, que procura desnudar e desmistificar o emprego do sigilo de Estado com a divulgação de correspondências oficiais reservadas em todo o mundo.

26 O conceito de *sociedade civil global* tem emergido muito a propósito das dificuldades de superação dos vazios institucionais causados pela globalização, como o recurso, sempre possível, ao *processo espontâneo* através do qual a sociedade continua a gerar *instituições* independentemente das produzidas através dos canais juspolíticos tradicionais, como sugere HOBBSAWM na seguinte passagem de sua conhecida obra: "Talvez a característica mais marcante do fim do século XX seja a tensão entre esse processo de globalização cada vez mais acelerado e a incapacidade conjunta das instituições públicas e do comportamento coletivo dos seres humanos de se acomodarem a ele." HOBBSAWM, E. J. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 24.

27 Sobre este ponto, do recente livro de MANUEL CASTELLS, já citado - *in Communication Power* - no Capítulo *Communication in the Digital Age* (p. 54 e ss.).

28 Na mesma obra acima referida, de MANUEL CASTELLS, a respeito dessa afirmação destacada em negrito, o seu Capítulo final: *Toward a Communication Theory of Power* (p. 416 e ss.).

Embora, por sua própria natureza, essas manifestações públicas virtuais, que empregam a via digital e *concentrem poder*, em princípio *prescindam do emprego da força*, uma particularidade que as distingue das manifestações públicas presenciais, a dos tradicionais *movimentos de massa*, é certo, por outro ângulo de percepção, que elas encurtam a distância, de um lado, entre a simples demonstração pública de ideias ou, mesmo, a da resistência passiva e, de outro lado, a explosão de ações coletivas de agressão e de vandalismo, ou, em outros termos: entre o emprego de um *licito poder persuasivo* e de um *ilícito poder coercitivo*.

Assim é que os *movimentos de massa*, empregados como formas de expressão de protestos ou de reivindicações, poderão facilmente se prevalecer dos acrescidos meios de difusão e de arregimentação possibilitados pela *comunicação digital*, para facilmente se constituírem como espécies compósitas e particularmente agressivas do que seria, assim perigosamente ampliada, a espécie de risco dos *contra-poderes sociais*. E tanto assim o é, que, mesmo sem que esse hibridismo de meios de propagação atinja todo o seu potencial, é possível observar-se que, até em simples manifestações de massa em praça pública, indistintamente em países ricos ou pobres e em vários níveis de desenvolvimento, *já se vem registrando uma preocupante escalada de violência* remotamente induzida pela mobilização eletrônica, que, não obstante, se produzem até mesmo em movimentos legais e legítimos, como as greves.

É, pois, este imponderado potencial de *riscos*, que têm surgido com essas novas manifestações de contrapoderes, o objeto dos estudos sociológicos empreendidos quanto a suas causas, padrões e efeitos, suscitando, como seria de se esperar - enquanto processos espontâneos de mobilização da sociedade que são - tanto opiniões tolerantes como intolerantes, embora, como seria de se esperar, geral, haja reprovação dos abusos e das selvagerias que possam acompanhá-los.²⁹

Portanto, são arrolados como *aspectos positivos* do fenômeno, para os que os que o vêem com tolerância, citando-os em incompleta síntese: a demonstração do *amadurecimento político-social das populações*, a intensificação da *participação cidadã ativa* e, particularmente, a sua plena *compatibilidade, senão mesmo a sua indispensabilidade como útil sinal de alarme social do aguçamento de riscos*.

Em confronto, se considerados quanto aos *aspectos negativos* do fenômeno, para os que os temem, a ponto de não tolerá-los, mencionem-se: a possibilidade da *manipulação radical político-partidária* dos descontentamentos, ainda que legítimos; os abalos que causam à *segurança pública*, principalmente nos centros urbanos, e, não menos inquietantes, as graves *interferências de fato que acarretam sobre o normal exercício dos serviços públicos*, em prejuízo geral de seus usuários.

29 Da qual é exemplo a bibliografia especializada do fim do século passado, já referida em nota anterior: EVANS, P. *Globalización Contra-Hegemónica: Las Redes Transnacionales como Herramientas de Lucha contra La Marginalización*. Contemporary Sociology, 1998; EVERS, T. *Estatismo vs. Ineditismo: noções conflitantes da política na Alemanha Federal*. In Novos Estudos CEBRAP 198: São Paulo, v. 2, 1, p. 25-39, abr. 83; PAOLI, M. C. *As Ciências Sociais, os Movimentos Sociais e a Questão do Gênero*. Novos Estudos CEBRAP, SP, n. 31, outubro de 1991, pp. 107-120 e PORTES, A. *Villagers: The rise of transnational communities*. The American Prospect, n.º 25, 1999.

De qualquer forma, sintetizando os argumentos expostos, tais movimentos, em seu estado bruto, embora possam ser úteis, constituem um potencial de riscos à ordem jurídica instituída, pois, por sua própria natureza, podem incitar *agitações propensas ao emprego da força*, particularidade que as distingue da mera *comunicação massiva*, que, embora modalidade concentradora de poder, em geral não chega a expressá-lo pela violência.

Eis porque, sem alarmismo ou radicalismo, há que se reconhecer que existem sobejas razões para que os *Estados democráticos* considerem atentamente a necessidade de instituir instrumentos juspolíticos hábeis para uma *contenção preventiva e pacífica* sobre esses fenômenos, visando a *reduzir seu potencial de riscos de agressão e desordem*. Cabe assim, à ordem jurídica dos Estados, a missão de *canalizá-los institucionalmente*, ou seja, de *submetê-los a cânones jurídicos*, para, bem aproveitando o que há de positivo e de saudável nessas forças sociais, *levá-los a desempenhar um papel valioso e construtivo* para a manutenção da *paz social* e o exercício das *liberdades democráticas*, sempre em prestígio das legítimas expressões da *cidadania*, com soluções que não lhe sufoquem a espontaneidade criativa, mas, necessariamente, levem a minimizar e, se possível, eliminar os aspectos negativos que possam oferecer *riscos*.

5. Juridicizando os contra-poderes

Ora, não é outra a imemorial missão institucional do Direito, que a de buscar a *disciplina das situações de fato conflitivas*, de modo a gerar as desejadas qualidades de *previsibilidade* e de *segurança na convivência civilizada*, objetivos que, na escala das reivindicações aqui consideradas, desde logo, obrigatoriamente se incluem no contexto do direito interno dos países, como uma relevante *matéria constitucional* atinente à *segurança das instituições*.

Mas, tal como posto, diante do adensamento das relações transestatais, tornou-se evidente que *o problema da juridicização dos contra-poderes* transcendeu as possibilidades oferecidas pelo desenho constitucional do *Estado Moderno*, até recentemente limitado à instituição de apenas duas categorias de *funções públicas* - as *governativas*, preponderantemente majoritárias, de legislar e de executar, e as *judicativas*, contra-majoritárias, de modo que se circunscreveria no quadro de ambas - importante é observar - a solução para os excessos dos contra-poderes, em geral não passando da adoção de típicas *medidas repressivas*.

Esta é, pois, a razão pela qual, hoje, distintamente, nos *Estados Pós-Modernos* se patenteia a necessidade de *instituir novas funções públicas* - em acréscimo àquelas - que se voltem especialmente à realização de novas e diferenciadas funções voltadas ao atendimento dessas novas modalidades de demandas sociais de massa, tais como as aqui tratadas, que levam à emergência contemporânea dos contra-poderes.

Incluem-se, assim, neste rol, um conjunto de específicas *funções de intermediação e de controle*, a serem cometidas a *instituições constitucionalizadas*,

com vistas a que atuem como *expressões da democracia substantiva, apartidárias e independentes, de legítimos interesses da cidadania*; aptas, portanto, a *canalizar e filtrar os contra-poderes*, em qualquer manifestação e nível e onde quer que despontem, *de modo que possam ser direta ou indiretamente exercidas no precipuo, ainda que não exclusivo interesse da sociedade*.

Nessa linha, que não é senão nova versão do tema, sempre insuficientemente versado, *do permanente aprimoramento do controle do poder*, tem-se procedido à busca de soluções e institucionalizado aquelas que possibilitem dar *imediatas respostas a esses desafios postos pela pós-modernidade*, uma vez que os riscos de delongas para serem superados, muitas vezes serão maiores do que os normalmente previsíveis; isto porque, as escaladas bárbaras e agressivas de manifestações incontidas das massas podem alcançar paroxismos de desobediência civil e de violência coletiva, carreando, como consequência, o indesejável *desencanto popular* com as legítimas soluções democráticas tradicionais e o correlato perigo de ressuscitar o sombrio mito da *necessidade do Estado forte* - como se só fosse possível manter a *segurança retornando aos modelos de Estado orientados à imposição da ordem pública exclusivamente pela via autoritária*.

Este risco maior, do regresso à via política anacrônica e falida do *autoritarismo*, infelizmente está sempre acenada pelos inefáveis inimigos da liberdade, como resposta simplista e imediatista, tanto aos reais problemas enfrentados, como aos falsos, estes que são geralmente concebidos pelos autocratas como reforço à lógica falaciosa própria dessa equivocada opção política.

Ora, eis que essa enganosa resposta, não obstante sua falácia, já tantas vezes historicamente comprovada, é praga que novamente se difunde neste início de século em países que já a haviam superado, como uma sinistra escalada anacrônica de *neo-autoritarismo*, que já atinge países vizinhos da América Latina, com o acrescido risco de ressuscitar, entre suas sequelas, as malsinadas *razões de Estado*, que, além de vulnerarem frontalmente o dever de transparência e de motivação das Constituições democráticas, desperdiçam as oportunidades abertas pelas crises para o aperfeiçoamento da república, da democracia e da cidadania.

Por isso, dando uma resposta *diametralmente oposta* a essa sinistra opção, que tanto fracassou no passado, repudiando a repressão e o autoritarismo, tem-se que o exercício permanente e efetivo do *controle do poder* - qualquer que seja o órgão que se exceda - deve ser conduzido na linha civilizada da *racionalização permanente e institucionalizada*, possibilitada por instrumentos que ampliem, genericamente, as atuações de *zeladoria, fiscalização, promoção e defesa dos interesses públicos*, um desiderato que se alcança pela abertura de *novos canais de expressão da sociedade* em acréscimo aos recebidos da Modernidade. Desse modo, a *intermediação cidadã*, expressada na forma de *canalização jurídica de contra-poderes funcionalmente institucionalizados na estrutura do Estado*, a fim de tratar democraticamente as discordâncias e conflitos para incorporá-los aos processos regulares voltados à sua apreciação, apresenta-se como uma dessas necessárias e possíveis *respostas do Direito à proliferação de riscos*, que, outramente, só viriam

a ser agravados, se permitida uma atuação incontida e desabrida dos *contra-poderes sociais relegados ao estado bruto*.

Com a alternativa *jurídica* de promover-se o *encaminhamento e filtragem* de inúmeros interesses e reivindicações emergentes da sociedade, que de outra forma engrossariam o inconformismo e iriam às ruas, possibilita-se que eles ingressem com segurança e venham até a atuar institucionalmente no sistema juspolítico, já sob a forma civilizada de *contra-poderes sócio-estatais juridicamente absorvidos e organizados*.

Desse modo, as sementes de conflito que proliferam nas complexas sociedades pós-modernas, em lugar de gerarem sempre novos riscos, podem, superiormente, servir como *instrumentos da democracia ativa*, uma vez adequadamente absorvidos institucionalmente, o que vale dizer: para que sejam *encaminhados, como expressão legítima de poderes estatais de provocação, à apreciação e decisão, conforme se apresentem as questões, das funções governativa e judicativa do Estado*.³⁰

Para o aperfeiçoamento dos Estados democráticos abrem-se duas vias para a *judicialização dos contra-poderes sociais*: ou institui-los diretamente na estrutura eclética da *sociedade* – oficializando *escolhas diretas do povo* – ou institui-los como órgãos híbridos na estrutura cratológica organizada do *Estado* – oficializando *escolhas indiretas do povo*. A ação direta da sociedade tem lugar pela pluralização de *canais para o exercício da cidadania*, conformando as *modalidades políticas de participação*, como o são o sufrágio eletivo de representantes e de chefes do executivo dos três graus federativos, o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa de leis, bem como as *modalidades administrativas de participação*, tais como: a coleta de opinião, a consulta, o debate e a audiência públicos, o colegiado público, a cogestão de parastatal, a assessoria externa, a delegação atípica, a provocação de inquérito civil, a denúncia aos tribunais de contas, a reclamação relativa à prestação de serviços públicos e a reclamação contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, sejam por delegação do poder público, sejam, oficializados, bem como contra membros do Ministério Público e seus servidores.³¹

30 Recolha-se, mais uma vez, a lição de MIGUEL SEABRA FAGUNDES, em seu clássico *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário* (Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª edição) em que, com incrível percepção antecipativa do que hoje se tem como policentrismo, expôs o correto entendimento, rarefeito à época, de que o Estado desempenha funções e não poderes que lhes sejam próprios. E isso, primeiro, porque o poder estatal é - como hoje pacificamente reconhecido - uno e não fracionado e, segundo, com mais razão, porque, tais poderes são inerentes à cidadania – o que SEABRA FAGUNDES sustenta, logo nas primeiras páginas de sua obra prima (item nº 1, numeração mantida em todas as edições) - e prossegue afirmando que “o Estado uma vez constituído, realiza seus fins através de três funções em que se reparte a sua atividade” (item nº 2) explicando, em nota correspondente, que MONTESQUIEU jamais usou a expressão “separação de poderes”, razão pela qual, acrescentava o Mestre, não merecia que se o recriminasse pelos defeitos decorrentes desta arraigada concepção, tipicamente estatocêntrica, em que se subentende um velado desprezo pela democracia (nota 2).

31 Para a participação administrativa, suas características e possibilidades, do autor, a obra *Direito da Participação Política* (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 123 a 142).

Essa via de oficialização de escolhas diretas do povo, que constituem os processos da *democracia direta*, não é novidade, pois, além do primitivo exemplo ático, alguns modelos podem ser lembrados, como a prática medieval do sufrágio presencial em praça pública, ainda existente na Suíça, e o *recall*, empregado para a revogação de mandatos de agentes eleitos e a rescisão de sentenças judiciais, vigente em alguns Estados norte-americanos e na Suíça.

Por outro lado, uma atuação mista, tanto de *democracia semi-direta* como de *indireta*, requer maior elaboração, como a que pode ser instituída pela criação de *órgãos híbridos*: instituições que, embora se situem na estrutura organizativa do Estado e estejam dotados de prerrogativas estatais, oficializam a *participação da sociedade no desempenho de funções que não são legislativas, nem de pública administração e nem, tampouco, judicativas*.

Assim, são *híbridas* certas funções a serem exercidas no interesse comum, tanto da sociedade da sociedade como do Estado, pois, embora lídimos instrumentos da sociedade, elas necessitam da investidura de *autoridade* para serem eficazmente exercidas, pois que, como advertiu MONTESQUIEU, somente o poder contém o poder: “*le pouvoir arrête le pouvoir*”³².

Daí esta solução depender da criação e desenvolvimento de *novas funções constitucionais independentes*, destinadas a serem *canalizadoras habilitadas para a expressão da sociedade* com as referidas características *híbridas* – devendo, por isso, serem criadas no próprio Estado, de modo que, ao se articularem, de vários modos, com as tradicionais funções constitucionais independentes do Estado, de seus assim chamados “Poderes”, produzam uma rica *diversificação funcional legitimatória*, atuando, portanto, como autênticas *vias de expressão democrática e civilizada dos interesses legítimos da sociedade* e, assim, como necessárias e diversificadas alternativas aos já notoriamente insuficientes instrumentos da *representação político-partidária*.

Desse modo, reivindicações de toda natureza da sociedade ganham, *em acréscimo aos tradicionais meios de expressão político-partidários* - que são mais próprios para gerar soluções através de generalizações legislativas do que para ministrar soluções conjunturais – que passam a conformar um conjunto de diversificados meios de atuação oferecidos através de instituições, para tanto já criadas com as características de serem *juridicamente abertas* e fundamentalmente *neutras*, em razão de atuarem *fora dos canais político-partidários*.

Porém, a mais marcante novidade dessa diversificação de instrumentos sociais, que se prestam a tão distintas funções como as de *filtragem, fiscalização, zeladoria, controle, promoção e defesa dos interesses da sociedade*, consiste inegavelmente no notável aperfeiçoamento que aportam à *democracia substantiva*, ao introduzirem *novas vias de participação da cidadania*, em seu *direto interesse e proveito*, sobretudo pelo acréscimo de *legitimidade* que aportam à sempre desejada interação sociedade-

32 Alusão à síntese da consagrada expressão de MONTESQUIEU no *Espírito das Leis*: “*Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir; il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*”.

Estado, complementando, na pós-modernidade, as soluções políticas já insuficientes pela via da *representação* e das *instituições parlamentares*.³³

Importantes exemplos atuais dessas instituições híbridas podem ser apontadas nas *cortes administrativas técnicas de controle*, como o são os *tribunais de contas* em geral,³⁴ e alguns órgãos específicos de controle externo no exercício de funções contra-majoritárias;³⁵ nos *Ombudsmen*, de tradicional criação escandinava;³⁶ nas várias modalidades de *advocacias independentes*, privadas e públicas, como, no Brasil, o são as *Funções Essenciais à Justiça*,³⁷ e, ainda, nas *Assembleias de Cidadãos*,³⁸

33 Dai porque Montesquieu só encontrava remédio para a tendência universal ao abuso de poder político na montagem institucional de um mecanismo de poderes e contra-poderes. “É preciso que, pela própria disposição das coisas, o poder freie o poder.” “Já não se trata, portanto, de confiar cegamente nos homens, mas de saber que qualquer um de nós, quando no poder, é facilmente levado ao desatino, se não for convenientemente enquadrado pelas instituições políticas. Acontece que o sábio francês raciocinava no quadro da ação política exercida por meio de representantes dos governados. Isso era, sem dúvida, um progresso em relação às práticas absolutistas do passado, mas revela-se hoje, em tempos de democracia participativa, algo de muito insuficiente. Sabemos todos que o ‘Estado Democrático de Direito, mencionado na Constituição, não passa, em nossa triste realidade, de uma peça de ficção política. A democracia pressupõe a atribuição efetiva (e não apenas simbólica) da soberania ao povo, devendo os órgãos estatais atuar como meros executores da vontade popular. Entre nós, esse esquema funciona em sentido inverso. A soberania pertence de fato aos governantes, que vivem numa espécie de estratosfera ou círculo celeste, onde são admitidos, tão-só, os que detêm algum poder econômico ou alguma influência junto ao eleitorado ou à opinião pública. Todos os demais cidadãos são confinados, cá embaixo, como simples espectadores, pois os governantes de há muito lograram transformar a representação política em representação teatral: eles encenam, perante o povo, a farsa do rigoroso cumprimento da vontade eleitoral. Em suma, temos todo um sistema de poder estatal, mas nenhuma forma organizada de contra-poder popular diante dele.” (COMPARATO, Fábio Konder. *Contra-Poder Popular*, in ‘Folha de S. Paulo’, edição de 22 de fevereiro de 2004) (respeitada a grafia original, com nossos destaques).

34 As cortes de contas, não obstante existentes desde o primitivo modelo napoleônico, de 1821, e, do já mais avançado, o belga, de 1931, têm apresentando uma constante evolução, desde órgãos auxiliares do Poder Legislativo a órgãos constitucionalmente independentes de controle. Não apenas de contas, mas de procedimentos e de resultados da gestão administrativa de quaisquer entes ou órgãos que atuem com recursos públicos.

35 Podendo ser citados no Brasil dois órgãos constitucionais independentes: de controle administrativo do Poder Judiciário, o *Conselho Nacional da Magistratura*, e o do Ministério Público, o *Conselho Nacional do Ministério Público*.

36 Admirada institucionalização pioneira de um contra-poder no Estado, originada em países escandinavos, com denominação derivada de palavra com etimologia no norueguês arcaico – *umbudsmann* – que significa, apropriadamente, *representante*: agente independente com funções de zeladoria, controle e promoção de interesses públicos manifestados por cidadãos.

37 Tema sobre o qual o autor tem publicado vários trabalhos desde 1988, ano em que essa modalidade veio a ser adotada na Constituição, sendo dos mais recentes, o artigo a respeito das *Novas funções constitucionais no Estado Democrático de Direito - Um estudo de caso no Brasil*, em obra coletiva em homenagem ao eminente publicista Professor Doutor JORGE MIRANDA, glória e orgulho das letras jurídicas portuguesas, por ocasião de sua jubilação, em 2011, coordenada pelos Professores Doutores Marcelo Rebelo de Souza, Fausto de Quadros e Paulo Otero.

38 As *Assembleias de Cidadãos*, como as existentes em alguns países tão diversificados, como na Austrália, na Finlândia, no Canadá (Columbia Britânica e Ontário) e o Quênia, proliferaram rapidamente, em razão do efeito demonstração globalizante, inspirando outras entidades políticas que têm em pauta funções semelhantes.

uma solução que, no Brasil, já recebeu expresso apoio de FÁBIO KONDER COMPARATO, em 2004, em artigo pela imprensa.³⁹ Observe-se que todas essas modalidades, assim como as assemelhadas, que venham a ser criadas na mesma linha, se reforçam e se completam mutuamente, conformando uma trama de funções contra-majoritárias voltadas, em comum, à tutela da *legitimidade*.

Realmente, como exposto, essas alternativas institucionais se implementam constitucionalmente pela criação e pelo desenvolvimento de *novas funções independentes canalizadoras da expressão da sociedade*, que, por serem híbridas, ou seja, instituídas no próprio Estado, *se articulam de vários modos* com as tradicionais três funções constitucionais independentes do Estado, produzindo uma rica pluralização funcional e legitimatória, suficiente para abrir autênticas vias de expressão democrática e civilizada dos interesses legítimos da sociedade, postas como alternativas aos insuficientes instrumentos da representação político-partidária.

As reivindicações da sociedade ganham, com o acréscimo dessa legitimação, além dos tradicionais meios de expressão político-partidários, mais próprios para as generalizações legislativas do que para ministrar soluções pontuais aos conflitos, novos e diversificados caminhos institucionais, *juridicamente abertos* e fundamentalmente *neutrais*, assim entendidos por atuarem fora dos canais político-partidários.

Porém, a mais marcante novidade, dessa diversificação de instrumentos sociais de zeladoria, controle, promoção e defesa dos interesses da sociedade, nos vem, inegavelmente, com o notável aperfeiçoamento que proporcionam à *democracia substantiva*, pela introdução de *novas vias de participação da cidadania*, abertas em seu *direto interesse e proveito*, constituindo-se em notável avanço, sobretudo pelo acréscimo de *legitimidade* que trazem à interação sociedade-Estado, complementando na pós-modernidade, as soluções hoje tidas como insuficientes da *representação política*.

Portanto, o notável aperfeiçoamento de que aqui se dá conta, trazido pelos novos instrumentos democráticos para a expressão da cidadania, não se

39 Assim expõe e justifica o ilustra publicista a sua proposta: “Em suma, temos todo um sistema de poder estatal, mas nenhuma forma organizada de contra-poder popular diante dele. Ora, numa democracia autêntica, a ação política não se desenvolve apenas no nível do poder estatal, com o objetivo de conquistá-lo ou mantê-lo. Ela deve também exercer-se diretamente pelo próprio povo, perante todos os órgãos do Estado, não só para fiscalizá-los, denunciar os crimes, desvios, imoralidades e omissões, mas também para que o povo tome por si, e não por meio de representantes, as grandes decisões políticas, aquelas que empenham o futuro da coletividade em todos os níveis: local, regional e nacional. Na esfera do Estado, são incontestavelmente os partidos políticos os grandes instrumentos de representação popular. Mas ainda não conseguimos criar um sistema organizado de agentes políticos que atuem, com o povo, como instrumentos de contra-poder perante os órgãos do Estado. Vai, pois, aqui a idéia de criar um consórcio das organizações não-governamentais dedicadas, exclusivamente, à tarefa de atuar como agentes desse contra-poder popular. O povo soberano teria assim, a seu serviço, um instrumento político capaz de promover protestos e campanhas de opinião pública, bem como de utilizar, da melhor maneira, os escassos mecanismos de denúncia e responsabilização dos agentes públicos existentes em nosso sistema jurídico: ações populares, ações civis públicas, representação ao Ministério Público por improbidade administrativa ou práticas criminosas em geral, denúncias de crimes de responsabilidade visando ao impeachment. (COMPARATO, Fábio Konder. *Contra-Poder Popular*, in ‘Folha de S. Paulo’, edição de 22 de fevereiro de 2004).

sobrepõe, senão que se *acrescenta aos existentes*, de modo a poderem atuar paralela e independentemente dos tradicionais canais partidários e eleitorais, que, como exposto, hoje se ressentem das limitações inerentes às instituições representativas, forjadas para satisfazer adequadamente as demandas da modernidade, para que possam prover, com individualização, presteza e qualidade, as diversificadíssimas prestações para o atendimento dos cada vez mais exigentes valores, necessidades, interesses e aspirações das sociedades contemporâneas.

6. A importância das funções neutrais como canais contemporâneos de expressão da democracia

Essas funções independentes também necessitam ser desempenhadas por *agentes do Estado*, que se distinguirão dos demais pelo exercício de competências constitucionais *prioritariamente afetas a interesses diretos e imediatos da sociedade*, embora, *sempre que legitimamente com estes compatíveis, possam também curar dos interesses do próprio Estado*, em seus desdobramentos políticos e administrativos, constituindo-se, assim, tal como o é o Judiciário, como outro *complexo orgânico constitucional de funções estatais neutrais*.

A institucionalização desse novo bloco de funções constitucionais – que ostenta a característica distintiva de serem funções *político-partidariamente neutras* – é resultado de importantes mutações juspolíticas, incidentes, notadamente, na teoria dos *interesses públicos*, que dissiparam a antiga confusão categorial, gerada pela imprecisão da distinção entre os *interesses públicos originais*, ou *primários*, afetos às pessoas em sociedade, e os *interesses públicos derivados*, ou *secundários*, afetos ao Estado.

Com efeito, os sistemas de produção legislativa tradicional, através de grandes colegiados – *os aparelhos de Estado parlamentares* – criados para a produção do *direito-legalidade*, historicamente só funcionaram plenamente a contento, enquanto não haviam sido claramente diferenciadas as categorias específicas de *interesses públicos*, até então consideradas em bloco sob a designação de *interesses gerais*.

Observe-se, portanto, que exatamente por este motivo - por fidelidade ao princípio da *representação* política (e apenas política), esses *interesses gerais*, conseqüentemente, deveriam ser definidos com exclusividade pelos órgãos investidos de mandato para manifestar essa presumida “vontade geral” da sociedade, ou seja: exclusivamente pelas assembleias populares, para tanto tomando as decisões por seus grupos majoritários.

Com o crescimento e a diversificação das sociedades, notadamente a partir das Revoluções Industriais, que marcaram o fastígio e o começo do fim da modernidade, esses interesses se foram de tal modo multiplicando, fragmentando, setorializando e especializando, que o sistema legislativo de tipo parlamentar, não tendo como

acompanhar essa evolução - o que demandaria diversificar-se também para a produção das leis - mergulhou em *crise de legitimidade*.⁴⁰

Vale, portanto, dizer que, por não mais poder definir e atender adequadamente, através da *função legislativa*, a complexa massa de reivindicações que conformariam em tese *interesses realmente gerais* - não houve como evitar que no clássico *processo legislativo* se passasse a negligenciar a precípua missão de cuidar dos *interesses públicos primários* (os da *sociedade*), bem como a de zelar pelos *interesses públicos secundários* (os do *Estado*), para se aplicar cada vez mais ao jogo do poder político-partidário, de *interesses públicos terciários* (os dos *partidos políticos*) que se confunde, ainda, com os interesses dos próprios representantes, de acólitos e das inúmeras seções das agremiações partidárias - muito distantes das reais necessidades do povo.

Em suma, aqui aplicando e estendendo a conhecida classificação de interesses públicos, em primários, do povo, e secundários, do Estado, que encontra seus prolegômenos em MARCELLO CAETANO e ORESTE RANELLETTI e seu enunciado mais divulgado em RENATO ALESSI, observa-se que os parlamentos, por se dedicarem a uma atuação cada vez mais voltada à satisfação do que seriam mais propriamente, como acima denominado, *interesses terciários* (os dos próprios partidos políticos em sua atuação pública na busca de poder), vão, com isso, produzindo *resultados* que, não obstante *formalmente democráticos* – um aspecto que poderia até ser considerado suficiente sob uma óptica meramente legalista – em nada servem à sua clássica missão de conferir o que se pudesse qualificar de uma *autêntica legitimação democrática quanto à substância* – agora entendida sob a óptica ampliada e pós-positivista da *juridicidade*.

Porém, além dessas razões, como é sabido, as casas parlamentares perdem as condições – em termos de *tempo* e de *técnica* – de exercerem suas importantes *funções de controle*, como por tradição desempenhavam. Condições de *tempo*, pois a pletera legislativa cresce além da possibilidade de um adequado seguimento fiscalizatório sobre o governo e sua administração através dos institutos usuais das comissões parlamentares de inquérito, de convocação de autoridades e dos demais instrumentos tradicionais.

Porém, mais grave ainda, perdem as condições de *técnica*, pois a diversidade e a especialidade dos *interesses originais*, bem como as dos temas a serem enfrentados, escapam aos conhecimentos generalistas, que normalmente são os esperados dos representantes políticos e que, por isso mesmo, tendem a considerar limitadamente tais tipos de problemas, avaliando-os meramente sob os aspectos *político-partidários*,

⁴⁰ ELIO CHAVES FLORES e JOANA D'ARC DE SOUZA CAVALCANTI, citando NORBERTO BOBBIO (*in A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992), dão três razões para este preocupante fenômeno: 1 - a representação política nos Estados democráticos está em crise, principalmente porque a instituição parlamentar na sociedade industrial avançada não é mais o centro do poder real, mas quase somente uma câmara de ressonância de decisões tomadas em outro lugar; 2 - os mecanismos institucionais de escolha fazem com que a participação popular se limite a legitimar, em intervalos mais ou menos longos, uma classe política que tende à auto-preservação e que é cada vez menos representativa; e 3 - devido ao poder de manipulação por parte de poderosas organizações privadas e públicas. (*O fardo da legitimidade: a democracia para além dos parlamentos*. Prim@facie – ano 5, n. 9, jul./dez. 2006, pp. 64 – 72, <http://www.josuelima.net/ppgcj/gerencia/docs/25062007023217.pdf>).

justamente por escapar-lhes o domínio de critérios de outra natureza, como são, por exemplo, os *técnicos* e os *jurídicos*, cada vez mais essenciais a uma autêntica legitimação democrática de suas decisões.

Portanto, a teoria dos *poderes neutrais* - que, mais apropriadamente, hoje não mais assim se definirão corretamente, mas como “*funções neutrais*,”⁴¹ em razão da própria *unicidade do poder estatal*, e entendida não como uma *neutralidade genérica*, mas como uma *neutralidade específica*, ou seja, tão somente restrita aos assuntos político-partidários - parte da constatação dessa paulatina *erosão da legitimidade* das assembleias políticas, as quais, muito embora formalmente eleitas, perdem essa necessária legitimação, quando se trata de aferir, com imparcialidade e independência, a pleora de valores *em constante concorrência e em conflito* nas sociedades contemporâneas.

Portanto, o Direito pós-moderno, ao cometer, em dois níveis, o *político* e o *administrativo* - respectivamente, a *órgãos constitucionalmente independentes* e a *órgãos administrativamente autônomos* - o desempenho de *funções neutrais*, acorreu com atualidade e eficiência para superar esse impasse de legitimação, de modo a *priorizar os interesses públicos primários sobre todos os demais* e, com isso, *garantir equidistância decisória na tarefa de ponderação concursal entre múltiplos valores*, logrando a plena legitimação, tanto em termos correntes como finalísticos, e sem qualquer interferência sobre as atividades partidariamente orientadas, a cargo dos órgãos governamentais do Estado.

Se, no curso da modernidade, sob o conceito de *legalidade*, então hegemônico, a *noção de direito subjetivo* - sempre legalmente referida - era dominante, diferentemente, com o advento da pós-modernidade e a expansão do paradigma mais amplo da *juridicidade*, em que prevalece a *noção de direitos fundamentais*, essa noção passou a ser *supralegalmente referida* aos *direitos humanos* constitucionalizados, desde logo, os atinentes à *liberdade*, seguindo-se os atinentes à *igualdade*, para, como último desdobramento, os atinentes à *cidadania*.

Assim é que, com o objetivo de maximizar a efetivação desses *direitos fundamentais da cidadania*, como auspicioso rebento republicano que re floresceu nos *Estados Democráticos de Direito*, conheceram extraordinário desenvolvimento contemporâneo as *funções neutrais*, com ação contra-majoritária, ampliando e processualizando novos *canais participativos*, concorrendo, assim, para maior *visibilidade e controle* sobre as *funções de governança*, com o quê, atendem satisfatoriamente à sua primária *destinação societal*, registrando-se, assim, ampliados ganhos, tanto em termos de *legitimidade corrente* - a que se aperfeiçoa no curso da *ação* - como em termos de *legitimidade finalística* - que se integra com o *resultado*: dois importantes aspectos que, com essas novas funções, lograram destaque.

É razoável, portanto, afirmar que a renovação juspolítica sistemática proporcionada por esta expansão da *juridicidade*, ultrapassando o tradicional e concentrado, quando não autocrático e elitista *sistema estatal de produção da lei*, veio possibilitar o surgimento e a multiplicação desses novos, variados e ampliados

41 Como o *poder do Estado* é uno e indivisível, é o seu *exercício* que se fraciona e se distribui em *funções*, devendo a expressão plural de usança histórica - “*Poderes do Estado*” - ser hoje entendida apenas como um tropo de linguagem.

sistemas híbridos, sócio-estatais, de produção do Direito, possibilitando um *controle policêntrico* desses acrescentados valores.

Este fenômeno pós-moderno, do *policentrismo de controles*, vem a ser não apenas a mais revolucionária como a mais importante das mutações jurídicas contemporâneas, em razão de ter informado brilhantes construções jurídicas derivadas, incorporadas tanto ao direito estatal constitucionalizado quanto ao direito transestatal globalizado, tais como, entre tantas que poderiam ser mencionadas: o *neoconstitucionalismo*, a *democratização da aplicação Direito por uma sociedade aberta de intérpretes*⁴² e a *legitimação de todo tipo de decisões através de funções neutrais*, que, embora necessariamente revestidas do poder estatal, não se atrelam a valores e interesses institucionalmente *parciais*, portanto eventualmente majoritários, exatamente por serem, como a denominação já bem o indica, *partidários* (ambas as expressões, derivadas do mesmo étimo latino: *pars, partis*).

Destaque-se, no plano instrumental, o elenco de novas *funções estatais neutrais contra-majoritárias*,⁴³ cuja concepção eticamente avançada tanto veio a enriquecer, a robustecer e a aperfeiçoar as *alternativas decisórias* praticadas no Estado, tanto como, no mesmo nível de importância, os seus instrumentos de *controle recíproco*.

Com essas *funções neutrais contra-majoritárias* voltadas a recolher em suas origens difusas, por toda a sociedade, o puro e legítimo sentido social de *justiça*, reacende-se um novo e forte luzeiro, absolutamente necessário nas sociedades pluralistas pós-modernas, para iluminar e validar quaisquer aplicações das leis: tanto as que devam atuar voltadas à ordenação do estamento social, como as que devam produzir resultados de controle sobre ele.

Essas atividades, que se legitimam não pela *investidura* eleitoral, mas pela fidelidade republicana demonstrada em seu próprio *exercício* e, sobretudo, pelos *resultados* que produzem, progressivamente se estão impondo, tangidas pelos ventos da *consensualidade* e da *flexibilidade*, facilitando o atendimento de toda sorte de *demandas que são próprias da complexidade e do pluralismo contemporâneos*, como as encontradas em sociedades cada vez mais densas, conscientes, atuantes e que se destacam por suas rápidas e profundas mutações em todos os campos da interação humana; todo este processo, enfim, no bojo de uma irresistível tendência de globalização, *que vem expandindo os valores fundamentais do Direito*, como *criação cultural por excelência (...) da humanidade como um todo*.⁴⁴

42 Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de GILMAR FERREIRA MENDES. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 13 e ss.

43 Tema que o Autor tem tratado exaustivamente, desde a promulgação da Constituição de 1988, que as inovou no sistema constitucional brasileiro.

44 A referência aqui é também a PETER HÄBERLE, em intervenção na *Conferência Internacional sobre a Constituição Portuguesa*, promovida pela Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 26 de abril de 2006, inédita, p. 6, da versão policopiada, *apud* PAULO FERREIRA DA CUNHA, que a recolhe e a cita em obra sua, a tratar da vocação universalista e do universalismo do Direito Constitucional (*Pensar o Estado*. Lisboa: Quid Juris, 2009, p.165 e 166).

No processo de renovação, essas e outras características juspolíticas emergem não apenas para legitimar, mas para suavizar e humanizar a aplicação do novo *Direito*, aos poucos desfigurando o envilecido estereótipo que dele havia conformado a percepção do homem comum durante a modernidade, ou seja: reduzido apenas à cega e inflexível coleção de *leis* emanadas do Estado - a *dura lex, sed lex* - friamente aplicada por agentes que, por isso mesmo, são tantas vezes incompreendidos, quando não aborrecidos e importunos, uma vez que, não por outra razão, eles apenas “*sabem a poder e a mando autoritário*”.⁴⁵

As funções atribuídas a esta categoria de *agentes* exercentes de *funções estatais neutrais contra-majoritárias*, triplamente legitimados: pelo *mérito em seu acesso* – que é uma *legitimação originária*; pelo *exercício político-partidariamente isento de suas funções* – que é uma *legitimação corrente*; e por atuarem diretamente para lograr resultados de interesse republicano da sociedade – que uma *legitimação finalística*, características essas que lhes confere *plena legitimidade*, e dotados de *investidura estatal*, que lhes confere *plena autoridade*, vêm suprir as deficiências crônicas na percepção e no atendimento dos legítimos interesses gerais da sociedade pós-moderna.

Assim, os *agentes neutrais*, robustecidos por essas várias atuações paralelas – insista-se, *independentes* daquelas a cargo dos tradicionais estamentos estatais político-partidários - para obter os resultados legitimatórios de seu desempenho, se vão difundindo e se capilarizando, cada vez mais à disposição e ao alcance de toda a sociedade, garantindo, com esta realização do *policentrismo do controle*, a sua mais autêntica e poderosa validação.

7. Conclusão: globalização da democracia

As sociedades humanas não cessam de progredir e suas instituições, como tudo, transitam pelos mesmos ciclos universais de existência: nascimento, desenvolvimento, amadurecimento, declínio e desaparecimento.

Nelas, os processos institucionais, que ritualizam sua exteriorização, apresentam ciclos mais efêmeros, em contraste com os valores institucionais, que lhes dão conteúdo, e, assim, coincidentes com a própria trajetória da espécie humana, pois que lhe são inatos.

Porém, no processo histórico-cultural, os valores despertam lentamente com uma *consciência social* e nela se desenvolvem e florescem nas sociedades, na medida em que progridem, evoluindo como própria essência da espécie.

Assim, a *democracia*, entendida como *processo institucional político* – até hoje o mais bem sucedido, espelha sempre o estado dos valores na sociedade que a adota. Há dois mil e quatrocentos anos, os processos empregados pela magnífica experiência ateniense eram distintos dos instituídos na Revolução Americana e, mais ainda, distantes dos praticados em nossos dias, embora seus iminentes valores não hajam mudado tanto, se confrontadas as respectivas expressões conceituais de PÉRICLES a JEFFERSON e deste, a BOBBIO.

Processos e valores, portanto, ocasionalmente se distanciam, divergem e causam problemáticas desarmonias, que se refletem na vida política, tornando-se necessário, para recuperar uma razoável coerência entre ambos, superar esse paulatino distanciamento através de ocasionais *mutações*, que surpreendem como súbitas mudanças de paradigmas porque não seguem o fluxo habitual, a “*sage lenteur*” das transformações históricas – de modo a restabelecer-se o equilíbrio institucional, em cada país e em cada época.

Estas considerações são particularmente úteis, sempre que os povos devam atravessar um período de mudanças mais intensas, de modo que suas instituições possam acompanhar de perto as transformações das respectivas sociedades, pois, afinal, é através delas que se mantêm vivas e prestantes.

A *democracia* não discrepa da regra e passa por seus próprios ciclos dialéticos, quanto aos critérios de *legitimidade do poder*: partindo da tese de um *conceito censitário*, que arvora a vontade da maioria como critério; confronta-se com a antítese, de criação romana republicana, de um *conceito axiológico*, que funda esse critério em valores essenciais à natureza humana e produz a síntese pós-moderna do *conceito substantivo*, que os integra harmonicamente.

Paralelamente, no curso dessa milenar evolução, ocorreu outra síntese disciplinar: o *tema democrático*, tradicionalmente próprio da política, foi aos poucos adentrando a agenda do direito e nele veio a prosperar aportando novos desdobramentos, entre os quais, destacadamente, a sua *constitucionalização*, bastando apreciar-se o tratamento integrador por parte de juristas mais recentes, com obras importantes que tratam do fenômeno com plena abrangência juspolítica, ou seja, como uma só realidade com duas expressões, confirmando, a cada dia, a conhecida previsão de NORBERTO BOBBIO, de que *a política se juridiciza e o direito se politiza*, noção que se vai impondo como uma realidade de nosso tempo.

Este processo se patenteia na própria evolução do *Estado de Direito*, que, na linha das Constituições italiana, de 1947, e alemã, de 1949, e das que as seguiram, renovou-se com nova feição, como um *Estado Democrático de Direito*. Entre as causas dessa extraordinária transformação qualitativa, citem-se cinco fenômenos contemporâneos: (1) o desgaste das ditaduras e autocracias, como consequência da vitória dos Aliados na Segunda Guerra Mundial; (2) a redescoberta dos valores do humanismo; (3) a reposição do Estado como instrumento da sociedade; (4) o envelhecimento do legalismo formal instituído pelo positivismo jurídico e, particularmente, (5) a rápida evolução da *globalização da democracia*.

Para ressaltar apenas este último aspecto e com reflexos mais recentes - a *globalização da democracia* – examine-se esquematicamente a sua *saga moderna* - já expressada como *regime político constitucionalizado* - em quatro etapas:

1ª etapa – de 1776 a 1874 - a de sua *implantação* na Era Moderna, nas Constituições de países da Europa e das Américas; uma expansão que perdeu ímpeto no final do período em razão da proliferação das ideologias que pregavam vários modelos autocráticos, muitas delas se apropriando da qualificação *democrática* para aproveitar-lhe o carisma;

45 GROSSI, Paolo. *La primera lección de Derecho*. Op. cit., p. 18.

2ª etapa – de 1974 a 1990 - a de sua *primeira ressurgência*, como consequência da derrota dos regimes nazi-fascistas na Segunda Guerra Mundial, sobrevinda com a *reconstitucionalização* de cerca de 30 países na Europa, Américas, África e Ásia;

3ª etapa – de 1990 a 1995 – a de sua *segunda ressurgência*, causada pelo melancólico ocaso das experiências comunistas na União Soviética e em outros países do mundo, acrescendo mais 36 *reconstitucionalizações*, chegando, assim, a 117, o número de Estados com - pelo menos formalmente - suas respectivas Cartas Políticas democráticas (de um total de 191 Estados membros da ONU, ou seja, alcançando uma maioria de 60%); e

4ª etapa – de 1995 aos dias de hoje – a da *terceira ressurgência*, marcada pela *primavera islâmica* (expressão mais ampla que a de primavera árabe, pois o mundo islâmico alcança outras etnias e outros idiomas), em que, em vários povos da área se arregimentam de vários modos para eliminar ou reduzir a dominação dos regimes políticos fortemente teocráticos e autocráticos em seus países, como um movimento que representa não apenas uma *recuperação global da adesão dos povos aos valores democráticos*, como uma expressiva demonstração da *crescente confiança universal no valor de suas instituições*.

É, portanto, neste cenário, que *novas funções constitucionais* são postas como *canalizadoras de contra-poderes positivos e filtradoras dos negativos*, o que corresponde ao *novo ciclo de síntese da democracia*, ou seja: de uma democracia cada vez mais *constitucionalizada*, com as exigências axiológicas republicanas absorvidas e destinada a superar a insuficiência dos processos eletivos majoritários, de escolhas predominantemente *formais*, para incorporar processos não apenas da *garantia* como da efetiva *realização política de valores*, o que inclui a participação nas escolhas públicas predominantemente *materiais*. Tudo, enfim, para, como elegantemente prenunciava JEAN RIVERO, há quase meio século, que não apenas nos conformemos com uma democracia para a escolha de *quem* nos vai governar, mas aspiremos a uma democracia para a escolha de *como* queremos ser governados.⁴⁶

Teresópolis, revisto no verão de 2012.

46 RIVERO, Jean. *A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration. In Mélanges offerts à René Savatier*. Paris: Dalloz, 1965.

CONSÓRCIOS PÚBLICOS E SANEAMENTO BÁSICO

ADILSON ABREU DALLARI

Professor Titular de Direito Administrativo da PUC/SP

Sumário: 1. A idéia de federação e o modelo adotado no Brasil; 2. A distribuição constitucional de competências; 2.1. O esquema fundamental; 2.2. A especificação feita pela Constituição; 3. Prestação de Serviços Públicos; 3.1. A execução direta e indireta dos serviços públicos; 3.2. Os convênios e os consórcios tradicionais e os consórcios públicos; 4. Consórcios Públicos na legislação federal; 5. Repercussões no federalismo; 6. As diretrizes nacionais para o saneamento básico; 7. Considerações Finais.

1. A ideia de federação e o modelo adotado no Brasil

Pretende-se com este breve estudo abordar diretamente, e da maneira mais simples possível, o tema concernente a “consórcios públicos” e a sua relação com o “saneamento básico”, com o propósito de verificar o que o consórcio público pode proporcionar em termos de encaminhamento de soluções para os múltiplos problemas diariamente enfrentados pelas administrações públicas nesse importantíssimo setor da atividade governamental.

Entretanto, é importante deixar claro que não existe uma solução mágica para os problemas que decorrem dessa matéria. Há problemas no Brasil que persistem desde o descobrimento. Ilustre-se com o fato de que comemoramos, no ano de 2008, duzentos anos da abertura dos portos, acontecimento esse que mudou completamente a história do Brasil. Porém, nesses duzentos anos, nós caminhamos muito pouco em matéria de transporte marítimo e fluvial, navegação de cabotagem e operação portuária.

Feito esse parêntese, cumpre versar, em caráter preliminar, sobre o sistema federativo brasileiro, tarefa que se impõe para o apropriado desenvolvimento do tema proposto para análise. A questão relativa aos consórcios em matéria de saneamento tem uma íntima relação com a estrutura federativa do Brasil, exigindo uma breve consideração sobre o significado da federação.

Se o Brasil fosse um país unitário, teríamos um ordenamento único, uma única estrutura hierarquizada e, nesse sentido, estaria eliminado o problema. Mas, ao contrário disso, o estado brasileiro tem uma estrutura federativa, o que significa dizer que no Brasil existe uma distribuição de competências entre a União, Estados e Municípios. Porém, a distribuição de competências no sistema brasileiro não é absolutamente estanque, porque existe uma grande área comum, que é exatamente onde o tema em análise se situa.