

FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA E CONTRA-PODERES¹

ESSENTIAL FUNCTIONS TO JUSTICE AND COUNTER-POWERS

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador do estado

SUMÁRIO: 1 prólogo; 2 os contra-poderes nas sociedades pós-modernas; 3 A Busca da solução; 4 as funções neutras como novos canais de expressão da democracia pós-moderna; 5 As bases das funções independentes no Estado; 6 As novas funções constitucionais no Brasil; 7 Considerações específicas sobre o referencial constitucional à justiça e a essencialidade da independência funcional; 8 Conclusões.

¹ Artigo originalmente preparado para a edição especial in memoriam de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, exemplo de Advogado de Estado, da Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

A globalização forçou com que a sociedade repensasse a função, a estrutura e o custo dos Estados, especialmente à luz dos princípios da subsidiariedade e da eficiência.

[...]

Essa transição balança alicerces de há muito solidificados no Direito Administrativo e que, por isso, precisam ser revistos para acompanhar a evolução dos fatos nos planos econômico e social, proporcionando um necessário e seguro travejamento jurídico para as novas relações que se produzem no campo em expansão do público não estatal.

Marcos Juruena Villela Souto²

1 PRÓLOGO

JOSÉ DE LETAMENDI, ilustre médico e professor espanhol do século XIX, que se distinguiu por suas sábias lições de humanismo na cátedra universitária e em seus livros, sempre lembrado por sua atuação na epidemia do cólera em Barcelona, costumava dirigir aos médicos de seu tempo a seguinte predicação: “o médico que só sabe Medicina, nada sabe de Medicina”.

A lição epistemológica que logo se extrai desse pensamento está referida à precariedade do limitado conhecimento científico a uma especialidade, se obtido com uma insuficiente compreensão da generalidade em que está inserida, pois, não raras vezes, a prática de especialidades e técnicas sem o lastro de uma formação científica mais extensa e enriquecida, além de inane, poderá revelar-se perigosa.³

Mas não menos relevante é a lição ética que a acompanha, desde logo, quanto à importância da imprescindível inserção humanística da Medicina, como ciência e arte extremamente complexa, em que vida e saúde humanas não podem ser apartadas do contexto social das

2 VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 1 - 2.

3 O perigo que oferece o saber limitado foi assim posto na quadra do poeta inglês Alexander Pope, in *An Essay on Criticism* (1709), que se lê no original:

A little learning is a dangerous thing; Drink deep, or taste not the Pierian spring: There shallow draughts intoxicate the brain, And drinking largely sobers us again.

Que se pode traduzir livremente como:

Limitado saber é algo perigoso;

Beba muito ou nem prove a fonte da Pieria:

Um golinho produz estado comatoso,

Que só muito bebendo se supera.

Em Pieria, na Macedônia, segundo a mitologia grega que nos chegou de Hesíodo (Teogonia, 53-74), nasceram nove filhas de Zeus e de Mnemósine, a deusa da memória, que eram as musas, deusas do conhecimento científico e artístico, que numa fonte local costumavam beber sabedoria.

pessoas, mas, igualmente, quanto às acrescidas *responsabilidades sociais* assumidas pelos que escolham professá-la.

São sábias lições, que se estendem e devem ser amiúde repetidas não apenas a graduados e profissionais da medicina, como a quaisquer graduados e profissionais que, à semelhança dos médicos, mais diretamente se devam envolver com *seres humanos* e se avoquem a imensa responsabilidade de zelar por sua vida, sua dignidade e sua felicidade.

De modo especial, para os profissionais do Direito, a que este ensaio preferentemente se dirige, são recomendações que não poderiam ser mais úteis e apropriadas, notadamente em se considerando a conjuntura *epistemológica e ética* vivida nestes tempos ebulientes da pós-modernidade.

Realmente, para quem se dedica ao Direito, o *conhecimento* multidisciplinar e intertextual fará toda a diferença, não só para uma adequada apreensão dos problemas a serem enfrentados, como para o manejo eficiente das artes da argumentação e do convencimento, imprescindíveis na prática jurídica dialógica e para a ponderação de valores, instrumentos indispensáveis para o cumprimento de suas tarefas profissionais e, sobretudo, para fazê-lo com a elevação necessária, na permanente missão de construção de *sociedades democráticas*. Toca, assim, a todos os profissionais do Direito, pelas peculiaridades próprias de qualquer das profissões jurídicas que escolham, mas, notadamente, no exercício da *advocacia*, que é a atuação pública em defesa de direitos, a geminada missão cívica pró-ativa de disseminar e promover, por sua atuação e muito por seu exemplo, a reverência aos dois magníficos pilares em que se assenta vida civilizada em nosso tempo: a *justiça* e a *democracia*, ainda mais exigente para os que se dediquem à advocacia (*lato sensu*) em seus ramos públicos.⁴

Neste estudo, o foco estará especialmente dirigido à carreira do *Advogado de Estado*, na qual, pela diuturna necessidade de operar no delicado campo da *atuação administrativa*, em que são mais ressentidos os abusos, desvios e omissões do *poder estatal* e constantemente se enfrenta a árdua incumbência de exercer o *controle de juridicidade*. Nela, é imprescindível uma *compreensão integral* tanto do que representam, quanto dos elevados valores que esses profissionais devem atender no desempenho de suas funções públicas, como requisito essencial para um desempenho apto a sustentar os pilares do *Estado Democrático de Direito*.

⁴ O conceito genérico de *advocacia pública* está aqui entendido em sua mais ampla aceção possível, portanto, abrangendo o desempenho de todas as *funções próprias das carreiras definidas como constitucionalmente essenciais à justiça*, ou seja, desde que tenham sob seus cuidados *missões públicas* de zeladoria, de controle, de promoção e de defesa de quaisquer interesses protegidos pela *ordem jurídica*, não importando se sejam individuais, coletivos ou difusos, bem como, sociais, estatais ou de pessoas hipossuficientes, considerando-se, apenas: primo, a generalidade dessas funções comuns e, secundo, a também comum formação acadêmica fundamental, para todas exigida, nas ciências e artes da advocacia.

Em suma, o *Advogado de Estado*, para satisfazer plenamente as suas funções, atendendo à agravada responsabilidade social, livremente assumida, que lhe impõem o seu grau e o *múnus público* abraçado - em razão de sua *dupla investidura*, de *advogado* e de *agente político* - necessita desenvolver, em acréscimo aos específicos conhecimentos técnicos, uma elevada compreensão holística do que representam, no contexto do *Estado Democrático de Direito*, as *funções essenciais à justiça* de que está investido.

Essa percepção envolve, fundamentalmente, a específica *finalidade* que deve norteá-lo no exercício da parcela que lhe cabe do poder estatal para atender a seus cometimentos constitucionais, bem como da fundamental importância de zelar por sua *independência*, para que possa desempenhá-los sempre *com ciência, consciência e sem subserviência*, em cumprimento dessa complexa missão, que vem a ser *empregar o poder do Estado* em face das demais expressões de *poder do próprio Estado*, que são as atribuídas aos demais complexos orgânicos constitucionalmente independentes.

Somente atuando com *independência* na zeladoria da extensa gama de *interesses* e de *valores* garantidos pela *ordem jurídica democrática*, postos sob sua cura, esses agentes terão cumprida sua missão, que exige enfrentar permanentemente, com firmeza, serenidade e criatividade os sempre renovados problemas, que se multiplicam nas complexas sociedades contemporâneas, de modo a serem solucionados no quadro seguro e previsível criado pela *ordem jurídica* vigente.

É neste sentido, que todas as *carreiras essenciais à justiça*, no exercício de missões de *advocacia*, sempre aqui entendidas em seu mais amplo sentido, atuam como *contra-poderes juridicamente institucionalizados no próprio Estado*, imprescindíveis para que encaminhem as reivindicações e protestos, de modo a que se realize harmonicamente o processo dialógico da aplicação do Direito.

Mas, como se discorrerá, não são apenas essas, institucionalizadas e benéficas, as únicas modalidades de atuação de *contra-poderes*, senão que representam apenas uma pequena fração da grande quantidade daquelas que constantemente se originam no cadinho social, atuando à margem do Direito e até desafiando os seus valores.

Essa é a diferença que demanda do Estado, à medida em que vão surgindo, a necessidade de procurar harmonizá-las com o Estado Democrático de Direito, pela intermediação dessas novas funções constitucionalizadas.

2 OS CONTRA-PODERES NAS SOCIEDADES PÓS-MODERNAS

O *poder*, como fenômeno conatural ao homem⁵ e presente em todas suas manifestações gregárias, pode construir culturas e civilizações ou destruí-las, daí se o considerar como *a energia que move a sociedade*.

No sentido sociológico, poder é uma relação social assimétrica na qual a *vontade*, de um indivíduo ou de um grupo, tem capacidade de influir ou determinar o comportamento de outro indivíduo ou de outros grupos. No sentido político, os efeitos dessa relação se exercem sobre a *direção da sociedade*.⁶

Como se pode deduzir dos conceitos acima, o poder manifesta-se em relações assimétricas tanto entre indivíduos, como entre um indivíduo e um grupo e entre grupos. Uma modalidade de poder de grupo politicamente institucionalizado é o que se concentra no Estado, por isso denominado *poder estatal*, que tanto se pode apresentar acima ou fora do Direito (modelos de Estado absoluto), quanto a ele sujeito (modelos de Estado de Direito).

Acresce que, uma vez reconhecida a prelazia do *homem*, individual ou coletivamente considerado, sobre todas as suas criações - o que inclui o Estado e o Direito por ele produzido - o conceito de *Estado de Direito* desenvolvido na Modernidade, em que o Direito é uma exclusiva e soberana expressão da vontade estatal, estava ainda dissociado da *legitimidade*, bastando ao Estado respeitar a própria *lei* que fazia.

A injustiça e desacerto da aceitação dessa onímoda e ilimitada sujeição ficou patente no curso do século vinte, notadamente em razão dos holocaustos bélicos mundiais impostos às sociedades, robustecendo o conceito de legitimidade democrática do Direito, afinal florescente, com a constitucionalização do *Estado Democrático de Direito*,

Implícito, portanto, nessa significativa evolução - do poder estatal sem sujeição, passando pelo poder estatal sujeito à própria lei e chegando ao poder estatal sujeito à lei e ao Direito - a idéia de que as *sociedades humanas*, independentemente de estarem organizadas sob o modelo renascentista de *Estados Nacionais* (ou plurinacionais), desfrutaram de um *espaço público* que lhes é próprio e inerente, sobre o qual, interferências estatais só serão legítimas se democraticamente consentidas.

5 Assim o consideram, entre seus mais renomados monografistas: BERTRAND RUSSEL, Nicolas Timaseff, Max Weber e Maurice Hauriou (in Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, *Teoria do Poder*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 54, nota 143).

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op. cit. (única monografia em língua portuguesa sobre o tema).

É neste *espaço público não estatal* que se desenvolvem as modalidades espontâneas de poder societal *que se opõem ao poder estatal*, buscando influir ou prevalecer nas muitas espécies de confrontos possíveis, daí a denominação genérica de contra-poderes sociais ou, simplesmente, *contra-poderes*, comi vem sendo mais empregada.

O reconhecimento da existência desse diálogo legítimo não afasta a possibilidade de agravamento desses confrontos, podendo alcançar níveis que sacrifiquem valores essenciais para a convivência civilizada, daí sua importância para o Direito e a necessidade de reconhecer e dar tratamento a esses fenômenos condizente com os progressos da pós-modernidade.

É, pois, uma tarefa que exige uma percepção multidisciplinar do fenômeno dos contra-poderes bem como a criatividade necessária para submetê-los aos canais do Direito sempre que possam representar desafios à ordem, à paz e às liberdades públicas. Trata-se, portanto de um trabalho a ser desenvolvido, no âmbito de direito interno dos Países independentes, em nível constitucional, com a criação de funções que canalizem os contra-poderes, de qualquer espécie e de qualquer intensidade, os filtrem e os incorporem à regular criação e aplicação do Direito.

Assim é que, ao incluir a *criatividade* como qualidade desejável no exercício da *Advocacia de Estado* - o que se aplica a todas as demais funções caracterizadas como *essenciais à justiça* - pensa-se, com efeito, no enfrentamento construtivo da *conflitualidade* que se desenvolve nessa extraordinária complexidade das sociedades pós-modernas.

É essa complexidade que leva a que constantemente a ela se refiram como *desafios*, pensadores sociais com a visão de ULRICH BECK⁷ e de PATRICK LAGADEC⁸, classificando-as como *sociedades de risco*, ao considerar não apenas a multiplicação como o agravamento de perigos gerados de toda sorte - ambientais, sanitários, econômicos, sociais e, por certo, mais agudamente, os políticos - que permanentemente ameaçam as sempre frágeis conquistas da *paz* e da *democracia*, não raramente, enfrentados em escala global.

É na complexa confluência de tantos *riscos*, que se potenciam quando acumulados, como é o caso, particularmente, dos *riscos sociais* agravando os *políticos* e vice-versa, que as matérias veiculadas frequentemente pela imprensa, bem como os amudados estudos continuamente produzidos nas áreas das ciências humanas, se debruçam sobre certas *manifestações públicas*, organizadas ou semi-organizadas,

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

8 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 société - Les Echos Editions, 2002.

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 demonstrações ostensivas de *opinião pública* e, de modo destacado, as *manifestações* cada vez mais preocupantes dos *movimentos de massa reivindicantes e de protesto*: um conjunto de fenômenos que vem sendo classificado genericamente como *expressões de contra-poderes sociais*, que eclodem, ganham força e se expandem impulsionados pela espantosa intensidade da *comunicação social* de nossos dias.

Algumas das mais antigas dessas manifestações de *movimentos reivindicantes e de protesto* já se encontram contidas e disciplinadas sob padrões jurídicos aceitáveis, embora, por vezes, desconfortáveis para a sociedade, sendo um bom exemplo a *greve*, como uma bem sucedida canalização jurídica de manifestações coletivas de setores organizados de empregados.

O fato é que muitos desses *movimentos* populares, que se amíudam nas sociedades contemporâneas, se fossem todos *ordeiros e pacíficos*, poderiam ser úteis para ecoar construtivamente os *protestos e reivindicações* de vários segmentos da sociedade, de grande importância para uma canalização direta de *controles difusos* espontaneamente manifestados.

Mas o que se vem observando, ao revés, é o paulatino incremento de *manifestações públicas de massa, de contrariedade, de insatisfação e de indignação*, que, valendo-se da *violência*, acabam servindo à desordem, à insegurança e ao enfraquecimento da democracia. São fatos que se observam, indiferentemente, tanto em países desenvolvidos como em desenvolvimento, tanto nos ricos como nos pobres, acompanhados de tumultos, agressões, depredações e vítimas, exibindo ferocidade que se potencia, quando confrontada em reposta à repressão policial empregada para contê-los.

A atualidade desse fenômeno se pode constatar nas recentes manifestações anarquistas que se têm propagado em países da Europa, que, para observadores acadêmicos, como Herfried Mùskler, da Universidade Humboldt de Berlim, aumentaram em 43% no ano de 2010.⁹

A todas essas *manifestações públicas*, constantemente estudadas em trabalhos sociológicos e políticos, agregam-se ainda novas modalidades, que se estão valendo dos meios de *comunicação digital de massa*, empregando uma grande variedade de *canais próprios de expressão através das redes mundiais interligadas (Internet)*, atuando independentemente tanto dos

⁹ 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*.

meios tradicionais, da imprensa escrita, falada e televisionada, como dos meios institucionais político-partidários, qualificando-se, tanto quanto essas, como variedades de *manifestações de poder da sociedade*.

Em consequência, hoje, rompidas inúmeras limitações físicas e sociais à *comunicação humana*, torna-se necessário instituir novas *exigências de ordem* sobre todos esses processos sociais, embora muitas, para serem eficazes, devam ser criadas fora do quadro juspolítico delimitado pelos Estados, se não que ampliadas a todo o vasto campo globalizado da espontaneidade das criações sociais.

Há, portanto, uma distinção importante a ser notada relativamente a essas manifestações da vitalidade gregária dos povos, que, tanto quanto as manifestações tradicionais já juridicamente institucionalizadas, se incluem todas como espécies do gênero *contra-poderes sociais*, ou seja, acrescidas ao rol das espécies existentes como *modalidades institucionalizadas não-estatais*, tais como já o eram as modalidades de há muito conhecidas e estudadas, como as associações dedicadas à arregimentação e propaganda de ideias, os *lobbies*, a imprensa, as religiões e outras manifestações da opinião pública organizadas, mas que, em razão de suas novas dimensões transestatais, a Sociologia tem classificado como *expressões de uma nova sociedade civil global*.¹⁰

O que as tem caracterizado, a todas essas mais recentes manifestações sociais é, portanto, o fenômeno da *comunicação digital de massa*, que vem tomando corpo e importância como expressão não-estatal concentrada de *poder difuso* em escala global, possivelmente já caracterizando, por isso, para alguns, o que se poderia identificar como uma *Revolução Digital*.

Tal é este mega-fenômeno da comunicação, que se pode constatar na atuação pública dos grandes arquivos de dados e de opiniões, abertos sem fronteiras políticas ou limites geográficos, à disposição de milhões de pessoas, tais como, por exemplo, o *Facebook*, apto 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.

10 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.

Embora, por sua própria natureza, essas manifestações públicas virtuais que empregam a via digital *concentrem poder*, em princípio *prescindem do emprego da força*, o que vem a ser uma particularidade que as distinguem das manifestações públicas presenciais, dos tradicionais *movimentos de massa*, nas quais se faz muito mais curta a distância entre, de um lado, a simples demonstração pública de ideias ou a resistência passiva e, de outro, as ações coletivas de agressão e vandalismo.

Assim é que os tradicionais *movimentos de massa*, como canais de expressão de protestos ou de reivindicações, também poderão facilmente se prevalecer dos acrescidos meios de arregimentação da *comunicação digital*, para se constituírem como uma nova espécie compósita e particularmente agressiva do, assim ampliado, gênero de *contra-poderes sociais*.

E tanto assim o é que, mesmo sem que o hibridismo de meios atinja todo o seu potencial, é possível observar-se que, até em simples manifestações de massa em praça pública já se registra uma *preocupante escalada de violência* em razão da mobilização eletrônica; é este imponderado potencial de riscos que tem feito dessas novas manifestações de contra-poderes o objeto de inúmeros estudos sociológicos 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 exista uma geral reprovação dos abusos e das selvagerias que possam acompanhá-los.¹¹

Assim é que, arrolados como *aspectos positivos* do fenômeno, para os que os que o vêem com tolerância, citam-se, 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, nas democracias industriais, nas quais se pretende que sirvam como um útil sinal de alarme sobre o aguçamento social de riscos.

Em confronto, como *aspectos negativos* do fenômeno, para os que os temem a ponto de não tolerá-los, são mencionadas, desde logo, a possibilidade, sempre presente, da *manipulação político-partidária* radical dos descontentamentos, ainda que legítimos, a que se acrescem os abalos que essas demonstrações causam à *segurança pública*, principalmente nos

11 É que dá conta a bibliografia especializada, como, por exemplo, nestas obras:

EVANS, P. *Globalización Contra-Hegemónica: Las Redes Transnacionales como Herramientas de Lucha contra La Marginalización*. Contemporary Sociology, 1998; EVERS, T. *Estatismo vs. Imediatismo: 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.

centros urbanos, e, não menos inquietantes, as graves *interferências de fato que ocasionam sobre o normal exercício dos serviços públicos*, em prejuízo de seus usuários.

De qualquer forma, em última análise, sintetizando os argumentos, esses movimentos, em seu estado bruto, se constituiriam em fonte de diversificados *riscos à ordem jurídica* constitucionalmente instituída, uma vez que, por sua própria natureza, são agitações sempre propensas ao *emprego da força*, particularidade que as distingue da mera *comunicação massiva*, que embora possa concentrar poder, em geral não o expressam pela violência.

Eis porque, sem alarmismo ou radicalismo, existem sobejas razões para que os *Estados democráticos* considerem atentamente a necessidade de instituir maior de contenção preventiva e pacífica desses fenômenos, visando a reduzir seu potencial de riscos de agressão e desordem, que os meios de comunicação poderão exacerbar.

Cabe-lhes, portanto, diante dessas novas manifestações de contra-poderes, o dever de *canalizá-las institucionalmente* no que há de positivo e de saudável nessas forças sociais, para que passem a *atuar construtivamente* para a manutenção da *paz social* e para o exercício das *liberdades democráticas*, sempre prestigiando as *legítimas* manifestações da *cidadania*, com soluções que, sem sufocar-lhes a espontaneidade criativa, mas, necessariamente, minimizando e, se possível, eliminando os aspectos negativos, que possam trazer *riscos à ordem jurídica*.

Ora, a imemorial missão institucional do Direito não é outra que esta: a de buscar a *disciplina das situações de fato conflitivas*, de modo a gerar *previsibilidade e segurança na convivência civilizada*, objetivos estes que, na escala das reivindicações aqui consideradas, incluem-se como relevantes *matérias constitucionais* atinentes à segurança das instituições.

Assim, o problema contemporâneo da *juridicização dos contra-poderes* transcendeu as possibilidades oferecidas pelo desenho constitucional do *Estado moderno*, pois que limitado à instituição de apenas duas categorias de *funções públicas* - as *governativas* (de legislar e de executar) e as *judicativas* - no quadro das quais, vale observar, a solução para os movimentos de massa não passava de típicas medidas *repressivas*.

Esta é a razão pela qual, distintamente, nos *Estados pós-modernos*, patenteou-se a necessidade de instituir *novas funções públicas*, em acréscimo àquelas duas básicas mencionadas, que estejam especificamente voltadas à satisfação dessas recentes demandas diferenciadas, como, destacadamente, o são as *funções de intermediação*

cometidas a instituições constitucionalizadas criadas no quadro do neoconstitucionalismo, para atuarem como expressões alternativas apartidárias dos legítimos interesses da cidadania, ou seja: aptas a canalizá-los, em qualquer nível e onde existam, para que sejam direta ou indiretamente exercidas em seu precípuo interesse.

3 A BUSCA DA SOLUÇÃO

Nessa linha, que é a do *permanente aprimoramento do controle do poder*, tem-se procedido à busca de soluções que possibilitem imediata resposta dos desafios, pois os riscos de delongas quase sempre serão maiores do que se possa prever, ainda porque, as escaladas bárbaras e agressivas de manifestações incontidas de massas podem alcançar paroxismos de desobediência civil e de violência coletiva, que, além de todos os riscos lembrados, trazem o desencanto com as legítimas soluções democráticas e o perigo de ressuscitar o sombrio mito da *necessidade do Estado forte*, como só fosse possível lograr-se segurança retornando aos modelos de Estado orientados a impor a ordem pública exclusivamente pela via autoritária.

O risco maior, portanto, estaria no regresso à via política anacrônica e falida do *autoritarismo*, infelizmente sempre acenada pelos inefáveis inimigos da democracia, como a resposta simplista e imediatista, tanto aos reais problemas enfrentados, como aos falsos, geralmente engendrados como reforço à lógica falaciosa dessa equivocada opção.

Some-se a essa enganosa resposta, que se vem difundindo neste início de século, como um movimento que se poderia denominar de uma escalada anacrônica de *neo-autoritarismo*, o acrescido risco de ressuscitar-se com ele - como, aliás, também se constata - as arcanas e malsinadas *razões de Estado*, que o acompanham, que, além de inúteis e de vulnerarem frontalmente as Constituições democráticas, são surradas soluções antipedagógicas, pois, em se as invocando, perdem-se excelentes oportunidades de aproveitar as crises para o aperfeiçoamento da cidadania e da democracia.

Assim, como uma resposta *diametralmente oposta a essa*, que tanto fracassou no passado, uma que nem acene à repressão violenta nem ao autoritarismo, só pode ser a conduzida na linha civilizada da racionalização permanente e institucionalizada de instrumentos eficientes de *zeladoria, controle, promoção e defesa dos interesses públicos*, que *abram novos canais de expressão à sociedade*.

A *intermediação cidadã*, expressada na forma de *contra-poderes institucionalizados*, é adequada resposta aos riscos oferecidos por uma atuação incontida e desabrida de *contra-poderes sociais em estado bruto*, pois

promove sua *canalização e filtragem jurídica*, de modo a que interesses e reivindicações da sociedade possam, com segurança, ingressar e atuar permanentemente no sistema juspolítico sob a forma de *contra-poderes sócio-estatais juridicamente organizados*.

É desse modo que podem superiormente servir como *novos instrumentos da democracia ativa*, uma vez institucionalizados no Estado, o que vale dizer: *manifestados como expressão legítima de poderes estatais de provocação* dos demais poderes tradicionais, pois, como na velha lição, é sempre necessário que manifestem poder, uma vez que somente “*le pouvoir arrête le pouvoir*”¹².

Em suma, essa correta resposta jurídica tem consistido, desde a instituição dos *ombudsmen*¹³ nos países escandinavos, no aparecimento e desenvolvimento de um *conjunto de novas funções constitucionais independentes canalizadoras da expressão da sociedade* que, como inovação estão sendo instituídas no Estado, de modo que, ao se articularem de vários modos com as tradicionais três funções constitucionais independentes do Estado, produzem a *diversificação funcional e legitimatória* suficiente para promover uma desejada, autêntica e exitosa *canalização democrática e civilizada dos interesses legítimos da sociedade*, ao atuar por meio de instituições político-partidariamente *neutrais e juridicamente abertas*.

Porém, a mais marcante novidade dessa diversificação de instrumentos sociais - de *zeladoria, controle, promoção e defesa dos interesses da sociedade* - consiste inegavelmente no notável aperfeiçoamento que aportam à *democracia substantiva*, por essa introdução de *novos canais de participação da cidadania*, que são abertos em seu *direto interesse e proveito*, constituindo-se em notável avanço pelo grande acréscimo de *legitimidade* que possibilitam na interação sociedade-Estado, superando, na pós-modernidade, as soluções esgotadas da *teoria da representação*¹⁴.

12 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*”.

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

14 *Daí 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 atuarem 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*

Este notável aperfeiçoamento trazido pelos novos instrumentos democráticos de expressão da cidadania não se sobrepõe, senão que se soma aos existentes, de modo a atuarem paralela e independentemente dos tradicionais canais partidários e eleitorais, que, como exposto, tornaram-se insuficientes, pela limitação inerente às instituições representativas forjadas na modernidade, para proverem, com individualização, presteza e qualidade, as prestações exigidas para o atendimento dos cada vez mais exigentes valores, necessidades, interesses e aspirações das sociedades de hoje.

4 AS FUNÇÕES NEUTRAIS COMO NOVOS CANAIS DE EXPRESSÃO DA DEMOCRACIA PÓS-MODERNA

Estas funções, como se indicou, também devem ser desempenhadas por *agentes do Estado*, mas que se distingam pelo exercício de *competências constitucionais prioritariamente afetas ao interesse direto da sociedade*, embora, *sempre que legitimamente compatível, possam também estar afetas ao interesse do próprio Estado*, em seus desdobramentos políticos e administrativos, constituindo-se, igualmente, como um segundo bloco constitucional de *funções estatais neutras*.

A institucionalização desse terceiro bloco de funções – que ostenta a característica distintiva de serem *político-partidariamente neutras* – vem a ser o resultado de várias mutações juspolíticas ocorridas notadamente na teoria dos *interesses públicos*, dissipando a antiga confusão categorial gerada pela falta de uma nítida distinção entre os *interesses públicos originais*, ou *primários*, afetos às pessoas em sociedade, e os *interesses públicos derivados*, ou *secundários*, afetos às pessoas do Estado.

Com efeito, os sistemas de produção legislativa através de grandes colegiados – os *aparelhos de Estado parlamentares* – criados para a produção do *direito-legalidade*, historicamente só funcionaram 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* e, por este motivo, deveriam ser exclusivamente definidos pelos órgãos investidos no poder de manifestar a presumida “vontade geral” da sociedade: as assembleias populares, decidindo por seus grupos majoritários.

Com o crescimento e a diversificação dos interesses 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 se multiplicando, fragmentando, setorializando

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) N/destaques.

e especializando, que o sistema legislativo de tipo parlamentar, não tendo como acompanhar essa evolução - o que demandaria diversificar-se também suficientemente, de modo a manter um justo equilíbrio na produção das leis - mergulhou em *crise de legitimidade*.¹⁵

Vale dizer que, por não mais poder definir e atender adequadamente, através de sua *função legislativa*, a complexa massa de reivindicações que conformariam *interesses realmente gerais* em tese - não houve como evitar que o clássico *processo legislativo* passasse a negligenciar sua precípua missão de cuidar dos *interesses primários* (os da *sociedade*), bem como a de zelar pelos *interesses secundários* (os do *Estado*), para se aplicar cada vez mais ao *jogo do poder político-partidário*, que se trava entre interesses de representantes, acólitos e de suas respectivas agremiações partidárias, todos, geralmente, muito distantes das necessidades do povo.

Em suma, assim aplicando e estendendo a conhecida classificação de *interesses públicos*, que encontra seus prolegomenos em Marcello Caetano 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 de *interesses terciários* (*entendidos como os dos próprios partidos políticos* em sua atuação 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 juspositivista - em nada servem à sua clássica missão de conferir o que se possa qualificar de uma *autêntica legitimação democrática quanto à substância* - agora entendida sob a óptica ampliada e pós-positivista da *juridicidade*.

Porém, além dessas razões, os aparelhos parlamentares foram perdendo condições - em termos de *tempo* e de *técnica* - para exercerem suas importantes *funções de controle*, como por tradição sempre desempenhavam.

Condições de *tempo*, pois a pletera legislativa crescia 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.

15 ELIO CHAVES FLORES e JOANA D'ARC DE SOUZA CAVALCANTI, citando NORBERTO BOBBIO (*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>).

Condições de *técnica*, pois a diversidade e a especialidade dos *interesses originais*, bem como as dos temas a serem enfrentados, escapavam aos encaminhamentos generalistas, que normalmente são esperados dos parlamentares, que, por isso mesmo, tendem a considerar limitadamente esses problemas, meramente sob os aspectos *político-partidários*, escapando-lhes o manejo de critérios de outra natureza, que seriam essenciais a uma autêntica legitimação democrática de suas decisões.

Portanto, a teoria dos “*poderes neutrais*” – que, mais apropriadamente, hoje assim não mais se definirão, mas como “*funções neutrais*”,¹⁶ em razão da própria *unicidade do poder estatal*, e entendida não como uma neutralidade genérica, mas como uma *neutralidade específica*, ou seja, apenas restrita aos assuntos político-partidários – parte da constatação dessa paulatina *erosão da legitimidade* das assembleias políticas, as quais, muito embora formalmente eleitas, perdem *legitimidade* quando se trata de aferir, com imparcialidade e independência, a pletera de valores em constante concorrência nas sociedades contemporâneas.

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, *priorizando os interesses públicos primários sobre todos os demais e garantindo equidistância decisória na ponderação concursal entre múltiplos valores*, legitimando-se plenamente, tanto em termos correntes como finalísticos, mas tudo sem interferir 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* – portanto *sempre legalmente referida* – era dominante, diferentemente, com o advento da pós-modernidade e a expansão do paradigma da *juridicidade*, passou a prevalecer a *noção de direitos fundamentais*, agora *supralegalmente referida*: à *constitucionalização dos direitos humanos* atinentes à *liberdade*, seguindo-se à dos atinentes à *igualdade*, para, como último desdobramento, à dos atinentes à *cidadania*.

Assim, para maximizar a efetivação desses *direitos fundamentais da cidadania*, como auspicioso rebento que veio a florescer nos *Estados Democráticos de Direito*, conheceram extraordinário desenvolvimento contemporâneo as *funções neutrais*, sobrevindas para ampliar e

16 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 entendida apenas como um tropo de linguagem.

processualizar os *canais participativos*, concorrendo para possibilitar cada vez maior *visibilidade* e *controle* sobre as *funções de governança*, com o quê, atendem à sua primária *destinação societal*, tudo com ampliados ganhos, tanto de *legitimidade corrente* como de *legitimidade finalística*, que, com as 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 de produção da lei*, veio possibilitar o surgimento e a multiplicação de novos, variados e ampliados *sistemas de produção do Direito*.

Este fenômeno revolucionário pode ser tido como a mais importante das mutações jurídicas contemporâneas, por ter informado brilhantes construções jurídicas derivadas, como, entre tantas outras, o neoconstitucionalismo, a democratização da aplicação Direito por uma sociedade aberta de intérpretes¹⁷ e a legitimação de todo tipo de decisões, que, embora necessariamente revestidas do poder estatal, não devem estar atreladas a interesses partidários; um elenco de novas *funções estatais neutrais*, eticamente avançadas que vieram a enriquecer, robustecer e aperfeiçoar as *alternativas decisórias* praticadas no Estado, como, no mesmo nível de importância, os seus instrumentos de *controle recíproco*.

Com essas *funções neutrais* 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 ao *ordenamento* do estamento social, como as que devam sobre ele produzir resultados de *controle*.

Essas atividades, que progressivamente se estão impondo, como se percebe, vêm tangidas pelos ventos da *consensualidade* e da *flexibilidade*, para o fim de atender a *demandas próprias da complexidade e do pluralismo contemporâneos*, como são 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, tudo no bojo de um irresistível processo de globalização *que expande os valores do constitucionalismo, como criação cultural por excelência [...] da humanidade como um todo*.¹⁸

17 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, 1997. p. 13 e ss.

18 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,

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 envelhecido estereótipo que dele havia conformado a percepção do homem comum durante a modernidade: como 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*”.¹⁹

As funções atribuídas a esta categoria de *agentes* exercentes de *funções estatais neutrais*, duplamente legitimados, tanto pelo *mérito em seu acesso* - que é uma *legitimação originária* - como pelo *exercício político-partidariamente isento de suas funções* - que é uma *legitimação corrente* - por atuarem no *interesse direto da sociedade*, o que lhes confere essa *legitimidade*, e dotados de *investidura estatal*, o que lhes confere *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 - mas, frise-se, *independentes* daquelas a cargo dos tradicionais estamentos estatais político-partidários - para obter esse resultado, se vão difundindo e se capilarizando por toda a *sociedade*, encontrando a sua mais autêntica e poderosa validação no exercício das *funções constitucionalizadas* de *zeladoria*, de *controle* e de *promoção de justiça*.

7 AS BASES DAS FUNÇÕES INDEPENDENTES NO ESTADO

Em outro trabalho já se afirmou que a brilhante afirmação juspolítica contemporânea da *supremacia dos direitos humanos* - que, em sua dupla caracterização, tanto a *estatal*, constitucionalizada, como a *extraestatal*, globalizada, se erigiu a *direitos fundamentais*, transcendendo as ordens jurídicas internas dos países independentes - precipitou a releitura do suposto “princípio” da *tripartição de poderes*, para possibilitar o desenvolvimento de novos tipos de *funções constitucionais* que fossem a eles direta e especialmente referenciadas.

Por outro lado, também a *democracia*, como o outro valor apontado como essencial ao Estado pós-moderno, estava a exigir *novos canais de participação da cidadania*, que, transcendendo as limitações do sufrágio periódico tradicional, levassem-na a expressar mais

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.165-166)

19 GROSSI; Paolo. *La primera lección de Derecho*. op. cit., p. 18.

intensa e constantemente a sua vontade soberana e, simultaneamente, a multiplicar os seus *controles* sobre o poder estatal, aprimorando a *legitimidade* nesse processo.

Sobre essas bases, o percurso teórico para que se estabeleçam os *fundamentos* para a criação dessas novas funções independentes, a serem exercidas no Estado, predominantemente em benefício *direto* da sociedade, mas que concorrem em benefício do próprio Estado, se desenvolveu em quatro segmentos teóricos, todos impregnados de forte conteúdo juspolítico:

1º - pela releitura da teoria da *tripartição dos poderes*, como uma *separação de funções* alocadas a órgãos independentes para o seu exercício.

2º - pela consideração vinculante da teoria dos *direitos fundamentais*, como um dever do Estado não apenas em *declará-los* apropriadamente, como de *garanti-los* eficazmente e, como mais recente entendimento, de *promovê-los* eficientemente

3º - pela aplicação oportuna da teoria das *funções neutrais*, assim denominadas por não interferirem nem serem interferidas pelas atividades político-partidárias, e

4º - pela orientação da teoria da *democracia substantiva*, assim designada por dizer respeito não apenas à escolha *formal* de quem governará, mas à escolha *substancial* de *como* a sociedade deseja ser governada.²⁰

Cumprido o percurso teórico, cuja elaboração detalhada alongaria desnecessariamente este ensaio, fica facilitada a tarefa de identificar tantas quantas *funções sociais neutrais* se façam necessárias para atuarem como *contra-poderes constitucionalmente institucionalizados*, no desempenho de diversas atribuições de *zeladoria*, de *controle*, de *promoção* e de *defesa* de interesses juridicamente garantidos, valendo-se de órgãos para tanto dispostos com *independência funcional* na estrutura do Estado.

6 AS NOVAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

As tradicionais *funções finalísticas* do Estado, então na versão moderna, eram basicamente duas: a de *provedoria da governança* e a de *provedoria de justiça*, e desempenhadas, a primeira, pelos dois complexos orgânicos independentes de base *partidária*, dos, assim denominados por metonímia que se tornou corrente, *Poder*

²⁰ RIVERO, Jean. À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration. In *Mélanges offerts à René Savatier*. Paris: Dalloz, 1965.

Legislativo e Poder Executivo, e a segunda, pelo complexo orgânico independente, de base *neutral*, do *Poder Judiciário*.

Nesse clássico esquema, essas duas básicas funções comportavam apenas a coexistência de uns poucos *órgãos constitucionais colaterais*, então considerados como meramente *auxiliares* - tais como o eram, de um lado, os Tribunais de Contas (entendidos como auxiliares do Legislativo), e, de outro, o Ministério Público e a Advocacia (entendidos como auxiliares do Judiciário) - desempenhando, cada um desses, então, *órgãos auxiliares, funções autônomas*, portanto, desprovidos de *independência constitucional*, pois o poder estatal se concentrava nos "Poderes", no modelo vigente do *Estado de Direito*.

Com a passagem para o *Estado Democrático de Direito*, tornando-se necessário atender mais direta e eficientemente às demandas da *cidadania* que extravasavam do quadro de alternativas disponíveis através dos sistemas parlamentares político-partidários, a solução lógica encontrada tem sido o desenvolvimento de *novas funções sócio-estatais neutras independentes*, que, acrescidas às funções e órgãos tradicionais, ampliam o esquema tripartite clássico do poder estatal de modo a comportar os *novos órgãos constitucionais* para a expressão democrática da sociedade.

A peculiaridade desses órgãos está em sua *natureza híbrida*, por serem, simultaneamente, *representativos da sociedade*, porém *investidos de poder estatal independente*, condição necessária para exercerem com liberdade técnica e ética as exigidas funções de *vigilância, controle e promoção e defesa* referidas à toda extensa gama de *interesses protegidos pela ordem jurídica* - individuais ou coletivos, particulares ou estatais - atuando articuladamente com os demais órgãos e funções tradicionais e entre si.

Este modelo de *funções constitucionais neutras independentes* foi adotado na Constituição brasileira de 1988 apoiado sobre as quatro bases acima referidas:

- (1) a releitura da separação de poderes como um *sistema de funções constitucionalmente independentes*;
- (2) a *neutralidade político-partidária* de sua atuação eminentemente técnica;
- (3) o dever precípuo de *promoção e defesa dos direitos fundamentais* e
- (4) a realização de uma *democracia substantiva* capilarmente disseminada em toda a sociedade.

Essas bases foram assentadas em sólida *doutrina*, das mais atualizadas correntes juspublicistas contemporâneas, e estão sendo constantemente confirmadas e aperfeiçoadas, desde então, na abundante *jurisprudência* produzida por mais de duas décadas de contínuo *aggiornamento* teórico, pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, embora na Constituição de 1988, o esquema topográfico da *distribuição de funções* siga ainda, em aparência, a modelagem tripartite, a simples inserção, no texto, de acrescidas *funções independentes*, mesmo mantendo certa simetria formal com a tradicional divisão da Carta Política em Títulos e Capítulos, já deixa suficientemente nítido o superior destaque ativo atribuído aos *direitos fundamentais*: como se manifesta claramente logo em seus dois primeiros Títulos - no *Estatuto da República* (Título I) e no *Estatuto das Pessoas e da Sociedade* (Título II) - ao guardarem significativa precedência lógica e axiológica ao *Estatuto do Estado*, que se lhes segue (desenvolvido ao longo dos demais Títulos, do III ao IX).

Mas não ficam apenas nessa disposição tópica, se não que, com maior evidência, encontram-se estampadas na *descrição dessas funções*, as inovações mais significativas quanto à importante distinção apresentada entre as tradicionais funções públicas *do Estado* e as novas funções públicas *no Estado* - estas, com seus exemplos cuidadosamente institucionalizados de *categorias constitucionais de funções neutrais independentes* - diretamente voltadas ao conceito de *realização da justiça na sociedade*: não mais, como então se a concebia, ou seja, um conceito essencialmente vinculado à *legalidade*, senão que, nestes tempos de pós-modernidade, ampliado à legitimidade e à licitude, em suma: referidas ao conceito síntese de *juridicidade*.

Desse modo, nestas categorias inovadas, identificam-se *cinco tipos de funções neutrais constitucionalmente independentes*, com suas respectivas atuações referidas à *zeladoria*, ao *controle* e à *promoção* e à *defesa* de interesses juridicamente protegidos, por esta razão, todas apropriadamente inseridas na Carta Política brasileira em seu Título IV - Da Organização dos Poderes - como a seguir descritas e identificadas:

1º - funções neutrais constitucionalmente independentes de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, voltadas explicitamente à tutela da legalidade, da legitimidade e da economicidade da gestão administrativa,²¹ e, implicitamente, também à tutela da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da gestão pública, categorizadas como atividades de zeladoria e de controle, cometidas ao sistema nacional de *Tribunais de Contas*,^{22 23}

21 Art. 70, *caput*, C.F.

22 Art. 70 a 75, C.F.

23 Art. 37, *caput*, C.F.

2º - funções neutrais constitucionalmente independentes de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, de custódia da autonomia do poder judiciário, do cumprimento do estatuto da magistratura e da observância dos princípios da administração pública, de promoção de justiça em casos de crime contra administração pública e abuso de autoridade e atribuições correlatas,²⁴ categorizadas como de zeladoria, controle e promoção de justiça e cometidas ao *Conselho Nacional de Justiça*;

3º - funções neutrais constitucionalmente independentes de controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros, de custódia da autonomia funcional e administrativa dessa instituição e da observância dos princípios da administração pública, e atribuições correlatas,²⁵ categorizadas como de zeladoria e controle, cometidas ao *Conselho Nacional do Ministério Público*;

4º - funções neutrais constitucionalmente independentes e definidas como essenciais à justiça, categorizadas como de controle, zeladoria e promoção de interesses juridicamente qualificados de toda natureza, cometidas, respectivamente, conforme a especificidade dos interesses, a quatro complexos orgânicos distintos: ao *Ministério Público*,²⁶ à *Advocacia de Estado*,²⁷ ²⁸ à *Advocacia*²⁹ e à *Defensoria Pública*;³⁰ e

5º - funções neutrais constitucionalmente de lei ou ato normativo federal,³¹ bem como a concursos públicos de ingresso na magistratura,³² no ministério público³³ e nas procuradorias dos estados e do distrito federal,³⁴ cometidas à *Ordem dos Advogados do Brasil*.

24 Art. 103-B, §4º, C.F.

25 Art. 130-A, §2º, C.F.

26 Art. 129, C.F.

27 Art. 131, C.F. (da União) e art. 132, C.F. (dos Estados e do Distrito Federal).

28 Não obstante a Constituição nomear apenas a Advocacia de Estado da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, também a dos *Municípios*, bem como a das *autarquias* de todos os níveis federativos, estão nela *implícitas*, desde logo por três razões: 1º - porque, sendo *idênticas* as funções, independentemente dos níveis federativos em que atuem, impõe-se a *isonomia* de tratamento; 2º - porque não seria lógico atribuir-se por via interpretativa qualquer *intenção* discriminatória por parte do constituinte em relação às demais advocacias de Estado, fechando um elenco taxativo, senão a de dar um destaque institucional às nominadas para subordiná-las a regras peculiares; 3º - porque se todos os seus exercentes são providos por *investidura pública*, gozam todos de *idêntica fé pública*, que impõe ser reconhecida, como é o comando do Art. 19, II, C.F.

29 Art. 133, C.F.

30 Art. 134, C.F.

31 Art. 103, VII, C.F.

32 Art. 93, I, C.F.

33 Art. 129, §3º, C.F.

34 Art. 132, *caput*, C.F.

Em suma, os *agentes* investidos nessas funções, além do *múnus técnico*, próprio e indispensável ao desempenho de cada espécie acima elencada, arcam com o *múnus político* de apresentarem, perante todos os demais complexos orgânicos independentes do Estado, os *interesses da sociedade*, de modo a serem todos resguardados, promovidos e defendidos com idêntico empenho, independentemente de se categorizarem como interesses públicos ou privados, coletivos ou individuais, porque o norte absoluto que os moverá não deverá ser outro que a realização da *justiça*.

7 CONSIDERAÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE O REFERENCIAL CONSTITUCIONAL À JUSTIÇA E A ESSENCIALIDADE DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E CONCLUSÕES

Conforme o observado, está concentrada no *endereço* à *justiça* – explícito e com cláusula de essencialidade na descrição de algumas dessas funções, ou implícito, com relação às demais – *a mais elevada referência axiológica juspolítica registrada pela Constituição*, pois, uma vez privados deste supremo valor, perdem os povos o cimento da *confiança*³⁵, elemento indispensável à consolidação da vida civilizada, daí ser este, indubitavelmente, o maior bem que o Estado pode proporcionar às sociedades pelo desempenho correto e harmônico de suas funções, mas, notadamente, pelas que carregam o *múnus político* de lhes serem *essenciais*.

No sistema brasileiro de funções constitucionais está *explicitamente prestigiada a missão de sustentação da justiça* em quatro destacados ramos, considerados como a ela *essenciais*: o *Ministério Público*, a *Advocacia de Estado*, a *Defensoria Pública* e a *Advocacia Privada*. Por *essenciais à justiça*, todas essas funções se submetem, rigorosamente, a três inafastáveis nortes éticos: *primo*, o da *legalidade*, seu norte jurídico positivo; *secundo*, o da *legitimidade*, seu norte jurídico político, e *tertio*, o da *licitude*, seu norte jurídico moral – e, para prosseguir-los fielmente, se lhes foi assegurada *independência funcional*, como garantia distinta, mais elevada e mais efetiva do que a simples *autonomia funcional*, que lhes atribuíam os regimes constitucionais anteriores.

Em consequência, esta *independência funcional* constitucionalmente assegurada *não pode ser limitada no seu exercício*, a cargo dos respectivos agentes – enquanto órgãos do Estado – por nenhum ato normativo, legislativo ou administrativo, de qualquer esfera federativa, pois, se tal limitação pudesse ser imposta, em última análise se refletiria restritivamente sobre o seu *múnus constitucional* da sustentação da *justiça* e resultaria em eventual prejuízo do específico interesse apresentado a qualquer dos órgãos decisórios do Estado.

35 V. PEYREFITTE, Alain. *La Société de Confiance*, Paris: Odile Jacob, 1995.

Não por outro motivo, qualquer dúvida que se suscite quanto à *fidelidade exigida de qualquer dos agentes que exerçam funções essenciais à justiça* – entre referir-se a esses *valores fundamentais* (constitucionais) ou a quaisquer outros pretendidos *valores contingenciais* (político-partidários) – ou seja, se deverão atuar como *órgãos de Estado* ou como *órgãos de governo*, não será mais que um falso dilema sob nosso regime constitucional, pois a *independência lhes foi assegurada* para que possam atuar serenamente na delicada missão de *sustentação da justiça*, exclusivamente segundo sua *ciência e consciência*, portanto, sem qualquer sujeição ou submissão hierárquica que aquela de mero conteúdo formal e burocrático, pois qualquer outra interpretação envolvendo o conteúdo material de suas decisões, necessariamente implicaria na deturpação de seu múnus, constitucional, superpondo o contingente ao fundamental.

E não apenas em razão da *vinculação constitucional* que a todos abrange – e, aqui, particularmente com vistas particularmente ao *Advogado de Estado*, por ser este o direto responsável pelo desempenho da delicada missão de *controle de juridicidade da Administração* – como, também, em última análise, *em razão de ser o povo a origem única de todo o poder nas democracias*, os que devem apresentar os seus caleidoscópicos interesses têm o dever de preservar a sua independência, condição *sine qua non* de manter sua *fidelidade democraticamente neutral à realização da justiça*.

Com efeito, em razão de os *direitos fundamentais gozarem de supremacia ôntica e deôntica* (tratando-se, portanto, de manter a *fidelidade que está prioritariamente a eles constitucionalmente vinculada*), é curial que, para um livre exercício funcional de vigilância, controle, promoção e defesa sobre esses valores, essa elevada *fidelidade à justiça* de seu múnus esteja garantida por uma *inviolável independência funcional*. Tal é a razão da especial investidura de nível constitucional extensiva a todos os que exercem *funções essenciais à justiça*: para que desempenhem *sem imposições* de qualquer espécie, as missões que lhe são conferidas, como *órgãos singulares de zeladoria, controle, promoção e defesa de interesses que sustentem ser juridicamente protegidos*, ainda porque, em *ultima ratio*, não poderiam ser obrigados a agir contra sua consciência.³⁶

Em suma, qualquer forma de coação com vistas a desvirtuar e, até mesmo, a minimizar essa elevada missão romperia o equilíbrio e a harmonia entre as partes envolvidas na busca da *justiça*, de vez que

36 Portanto, implicitamente assente que, em caso de conflito entre *posições jurídicas dos órgãos singulares, que sempre o são em sua atuação profissional, com órgãos coletivos, que lhe possam ser hierarquicamente sobrepostos para fins burocráticos*, que venham a ocorrer em qualquer das funções essenciais à justiça instituídas no Estado, a posição dos colegiados prevalecerá para manter a *coerência institucional do órgão coletivo*, mas sem, contudo, obrigar os *órgãos singulares* a agirem contra sua consciência profissional, não só pela mesma razão, que é a de preservar a *coerência funcional do órgão individual*, como em respeito à sua *independência*, por ser esta uma *garantia constitucional* que assegura, sobretudo, o correto fluxo do *processo dialógico democrático, necessário à busca da justiça*, repudiando qualquer violação a pretexto de obediência a ordem hierárquica, como se tratassem de meros cargos burocráticos.

o eventual cerceamento, de quem hipoteticamente deveria atuar no sentido afirmativo ou infirmativo da juridicidade de um interesse, acabaria repercutindo prejudicialmente sobre a higidez do *conteúdo dialógico* indispensável ao desenvolvimento adequado do *devido processo da lei*, violando-o, portanto, obliquamente.

Por fim, se as *funções político-partidariamente neutrais constitucionalmente independentes e essenciais à justiça* são, como aqui se tem sustentado, instrumentos de *contra-poder* para tanto instituídos na própria estrutura dos *Estados Democráticos de Direito*, para *canalizar institucionalmente as distintas reivindicações da sociedade*, através de específicas instituições no exercício de suas respectivas *funções de zeladoria, controle, promoção e defesa* de interesses legais, legítimos e lícitos, *todo o seu desempenho se submete ao princípio constitucional do devido processo*.

Portanto, é da *essência constitucional* da construção processual de quaisquer decisões jurídicas em que estejam em jogo interesses protegidos, que comecem o processo pública e dialogicamente em seus próprios *órgãos consultivos ou postulatórios*, para que suas promoções venham a ser submetidas à apreciação dos *órgãos decisórios competentes do Estado*, para que estes, por sua vez, também, depois de pública e dialogicamente processá-las, venham finalmente *provê-las ou dar as razões pelas quais não o fazem*, fechando, assim, um *ciclo processual complexo*, constitucionalmente destinado a reduzir civilizadamente, por uma atuação sempre a todos democraticamente aberta e amplamente disponível, os *riscos* incessantemente criados na dinâmica da vida em sociedade.

Enfim, cabe recordar: sob esta perspectiva sociológica não há pequenos interesses, nem pequenas injustiças, pois muitas são as variáveis que poderão transformá-los - *se não forem isenta e adequadamente canalizados pelas funções que para tanto apresentam apartidariamente a sociedade no Estado* - em imprevisíveis avalanches, como movimentos de contra-poder desordeiros, violentos e vandálicos nas sociedades contemporâneas.

Teresópolis, 3 de janeiro de 2011.