

[Digite texto]

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ**

**SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES**

**A VIABILIDADE DO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DE  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENTES  
CONSTITUCIONAIS AUTÔNOMOS**

**DOCTORADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
PUCPR**

**CURITIBA**

**2016**

[Digite texto]

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ**

**SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES**

**A VIABILIDADE DO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DE  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENTES  
CONSTITUCIONAIS AUTÔNOMOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Econômico e Socioambiental.

Orientador: Professor Dr. Luiz Alberto Blanchet.

**Curitiba, março de 2016**

**SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES**

[Digite texto]

Dados da Catalogação na Publicação  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR

N518v  
2016

Neves, Sérgio Luiz Barbosa  
A viabilidade do exercício de funções de administração pública por entes constitucionais autônomos / Sérgio Luiz Barbosa Neves ; orientador, Luiz Alberto Blanchet. – 2016.  
153 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016  
Bibliografia : f. 148-153

1. Separação de poderes. 2. Política pública. 3. Democracia. 4. Direito.  
I. Blanchet, Luiz Alberto. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.  
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 340

Biblioteca Central

[Digite texto]

## **A VIABILIDADE DO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENTES CONSTITUCIONAIS AUTÔNOMOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Econômico e Socioambiental.

**Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet (orientador)**

**Profa. Dra. Angela Cassia Costaldello (convidada – UFPR)**

**Prof. Dr. Gustavo Binenbojm (convidado - UERJ)**

**Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho (convidado)**

**Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem (membro – PPGD)**

**Prof. Dr. Emerson Gabardo (membro - PPGD)**

**Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter (suplente - PPGD)**

**Curitiba, 30 de março de 2016**

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	
1.1 ORIGEM DO TEMA.....	9
1.2 A RUPTURA FAZ-SE NECESSÁRIA .....	15
<b>2. A APROPRIAÇÃO DA POLÍTICA E DO DIREITO PELO PODER</b>	
2.1 – O PODER DA VISIBILIDADE AO ANONIMATO .....	36
2.2 – RAZÃO PARA PENSAR UM SISTEMA POLICÊNTRICO CAPAZ DE LIMITAR O PODER .....	41.
2.3 – EM BUSCA DO PODER COMPROMISSADO	
<b>2.3.1 – Compromisso com o mercado</b> .....	43
<b>2.3.2 – Compromissos com os cidadãos</b> .....	47
<b>3. O ESTADO COMO ATOR DE MERCADO: UM ESTADO PÓS SOBERANO</b>	
3.1 – O ESTADO EM CRISE .....	54
3.2 – O ESTADO E SUAS MUTAÇÕES .....	58
3.3 - SOBERANIA: UMA RUA DE MÃO INVERTIDA CHAMADA WEBER.... 63	
3.4 – O FALSO ENCOLHIMENTO DO ESTADO E A ASCENSÃO DO MERCADO .....	66
3.5 – O ESTADO PÓS-SOBERANO .....	69
<b>4. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DE ESTRUTURAS ADMINISTRATIVAS COMPOSTAS POR NÃO-ELEITOS PARA A FORMULAÇÃO, A EXECUÇÃO E O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS</b>	
4.1 – UMA VISÃO CRÍTICA .....	77
4.2 – A DEMOCRACIA E SUAS TRANSFORMAÇÕES .....	81
4.3 – CRÍTICA AO SISTEMA REPRESENTATIVO .....	86
4.4 – AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO DIREITOS: O PAPEL DOS NÃO- ELEITOS E A SEPARAÇÃO DE PODERES .....	89
4.5 – ENTES AUTÔNOMOS .....	94
4.6 – EM BUSCA DE UM SISTEMA TÉCNICO-NEUTRAL NA ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE, EDUCAÇÃO E DEMAIS SERVIÇOS PÚBLICOS .....	97
<b>5. A FRAGILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DO SISTEMA POLÍTICO-ADMINISTRATIVO WEBERIANO</b>	

[Digite texto]

5.1 –BUROCRACIA E ATIVISMO JUDICIAL .....	100
5.2 – UM BREVE RETORNO À SEPARAÇÃO DE PODERES E À ATUAÇÃO DEMOCRÁTICA PROMOVIDA POR UM CORPO DE NÃO-ELEITOS .....	104
5.3 – O ATIVISMO JUDICIAL .....	111
5.4 – À GUIA DE CONCLUSÃO .....	113
<b>6. ATIVIDADE REGULATÓRIA</b>	
6.1 – A FRACASSADA EXPERIÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL COMO LIÇÃO A SER APRENDIDA	
<b>6.1.1 – Por quê as agências deixaram de funcionar a contento? ...</b>	<b>116</b>
<b>6.1.2 – Os desafios jamais atendidos pelas agências .....</b>	<b>120</b>
<b>6.1.3 – A inadequação do modelo autárquico .....</b>	<b>125</b>
<b>6.1.4 – A atividade regulatória .....</b>	<b>128</b>
6.2 – PROFISSIONALIZAÇÃO EM SAÚDE E EDUCAÇÃO .....	134
<b>7. – CONCLUSÕES E PROPOSTAS .....</b>	<b>147</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>148</b>

[Digite texto]

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD**

**DOUTORADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

**ESTADO, ATIVIDADE ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

**SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES**

**A VIABILIDADE DEMOCRÁTICA DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DE  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENTES CONSTITUCIONAIS AUTÔNOMOS**

**Curitiba, março de 2016**

**SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES**

[Digite texto]

## RESUMO

Mudanças e oscilações socioeconômicas constantes implicam cenários de pouca previsibilidade, sugerindo que a sociedade melhor as absorveria e limitaria na medida em que dispusesse de instrumentos mais aptos a compreendê-las, razão por que, essa realidade política e socioeconômica atual estaria a impor a necessidade de uma ruptura com a atual estrutura do Poder Executivo, que concentra a sua atuação nas mãos de um único titular do poder, eleito por sistema de voto direto para cargo majoritário, de molde a atender aos preceitos democráticos com vistas à representatividade e à legitimidade do mandato. Tal sistema coadunava-se com o Estado originalmente concebido, que, atualmente, tem contestada a forma centralizada de poder e reduzida a sua soberania perante a nova realidade socioeconômica global. No âmbito do Direito, a ascensão dos princípios e o declínio do positivismo conferiram espaço ao Poder Judiciário para atuar de forma mais concreta na densificação daqueles, promovendo o que muitos denominam por ativismo judicial, na medida em que suas decisões romperam as barreiras do político-partidário e da administração de caráter weberiano, de molde a concretizar, sob a forma de direitos, pretensões que, antes, dependiam de políticas públicas jungidas a convicções políticas e, portanto, ao resultado de eleições. O princípio da representação e da legitimidade do mandato resta, assim, mitigado, permitindo-se implementar, numa república, um novo sistema democrático com base em não-eleitos, mas capazes de promover e implementar políticas públicas que reflitam e se traduzam em direitos, um sistema próximo da realidade que se buscou, sem sucesso, com a criação das agências reguladoras, sendo o escopo dessa tese reexaminar a posição e a criação de entes como esses no direito positivo brasileiro, de forma a possibilitar o exercício exitoso de funções administrativas com independência e harmonia para com os demais Poderes, superando-se questionamentos relacionados a seu eventual déficit democrático.

**Palavras-chave:** Entes constitucionais autônomos. Democracia. Separação de poderes. Políticas públicas.



[Digite texto]

**THE DEMOCRATIC VIABILITY OF THE EXERCISE FROM THE PUBLIC  
ADMINISTRATION'S FUNCTIONS BY AUTONOMOUS CONSTITUTIONAL  
ENTITIES.**

**ABSTRACT**

Unpredictable scenarios are caused by constant socioeconomical changes and oscillations, suggesting that society would better absorb and restrain them if it had more appropriated tools to comprehend them. For this reason, that new and present political and socioeconomical reality would be imposing the need of a disruption with the current structure of the Executive Power, that concentrates its operation in the hands of a single power holder, elected by a direct voting system for a majority seat, which observes the democratic principles, aiming the legitimacy and representativeness of the mandate. Such a system was in accordance with the State as it was originally conceived, but is objected nowadays for its centralized power structure and reduced its sovereignty before the new global economic reality. Within the science of Law, the rise of the principles and the decline of positivism gave space to the Judiciary to act more concretely in the densification of those, promoting what many call for judicial activism, for its decisions broke the political-partisan barriers and the weberian character of public administration, materializing, as rights, claims that once depended on governmental policies based on political beliefs, which concretization was subjected to the elections' result. The principle of representation and the legitimacy of mandate remains thus mitigated, allowing to be implemented, in a republic, a new democratic system based on non-elected, but capable of promoting and implementing public policies that reflect and materialize rights, a system next to the reality unsuccessfully achieved with the creation of the regulatory agencies, being the scope of this thesis to review the position and the creation of entities such as these in Brazilian law, in order to enable the successful exercise of administrative functions with independence and harmony towards the other State Powers, overcoming questions related to its potential democratic deficit.

**Keywords:** Autonomous constitutional entities. Democracy. Separation of powers. Public policy.

## INTRODUÇÃO

### 1.1 ORIGEM DO TEMA

O tema da presente tese tem sua inspiração na forma como o exercício de direitos fundamentais vem se apresentando nos Estados denominados por democráticos de Direito, em especial no Brasil, onde o Judiciário, em suas diversas instâncias, tem sido instado a atuar na garantia do exercício de legítimas pretensões jurídicas fundadas em normas que estabelecem princípios ou que preveem, porém sem regular por completo, um determinado Direito. Pretensões que envolvam educação, saúde e a fruição de serviços públicos, por exemplo, têm sido objeto de demandas judiciais assecuratórias de seu exercício, que, por algum motivo, ou são sonegadas em razão da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo ou são de forma parcial, limitada ou insatisfatoriamente atendidas pelo Executivo no exercício da Chefia das funções administrativas.

O debate acerca da possibilidade e adequação jurídica desse ativismo judicial, objeto de inúmeros trabalhos acadêmicos, não será inserido no contexto da presente, que se preocupará com a identificação dos motivos que conduzem a esse ativismo do Judiciário e na busca de soluções para que os direitos sejam prestados diretamente pelo Poder estatal titular precípuo dos deveres jurídicos inerentes à atividade administrativa: o Executivo, no exercício da Administração Pública. Esse Poder, a despeito de os Direitos e garantias fundamentais individuais, coletivos e sociais estarem, atualmente, inseridos no texto da Constituição da República, *ex vi* de seus artigos 5º a 11, ainda pauta a sua conduta administrativa em premissas político-partidárias, que nem sempre se coadunam com esse rol de direitos elencados nos precitados dispositivos constitucionais, atuando como se a época do positivismo jurídico ainda estivesse a encontrar guarida no âmbito do Judiciário. Resta evidenciada uma falta de cultura política adequada aos novos tempos do Estado brasileiro, que cedeu ao neoconstitucionalismo. SARMENTO elenca algumas características

dessa mudança, que, ao que parece, ainda não foi assimilada pelos políticos, observando que:

O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como "neoconstitucionalismo". Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.<sup>1</sup>

De outra parte, tanto o mercado como a sociedade já se conscientizaram de seus direitos e perceberam que suas pretensões têm de ser atendidas ainda que com fulcro em princípios jurídicos, cuja interpretação pode ser contrária às concepções políticas majoritárias do momento. As mutações por que vem passando a sociedade implicam um repensar de suas relações. O contemporâneo apresenta-se com a marca de uma sociedade informacional, estatuída em rede e interdependente, com atores transnacionais e uma nítida ascensão do privado e o enfraquecimento de alguns dos elementos que compõem o Estado. Em concreto, testemunha-se a avidez do crescimento econômico e do consumo, a queda de fronteiras físicas entre países, legislações e regulações tênues e negociáveis, que põem em xeque dogmas oitocentistas, como as noções clássicas de Estado, separação de poderes, democracia representativa, soberania e contrato social.

O Estado merece um estudo apropriado e contemporâneo diante dessa nova realidade informacional, buscando-se, não um sucedâneo, mas a adequação de sua estrutura orgânica, ora fundada num sistema hierárquico-burocrático de inspiração weberiana, para um reequilíbrio do contrato social e

---

<sup>1</sup> SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. [http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel\\_sarmento\\_o\\_neoconstitucionalismo\\_no\\_brasil1.pdf](http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf), consulta em 20 de janeiro de 2016.

fiel consecução de seus misteres, sob pena, inclusive, de comprometimento de seu desenvolvimento econômico e social, quanto mais de forma sustentável.

Mudanças e oscilações socioeconômicas constantes implicam cenários de pouca previsibilidade, sugerindo que a sociedade melhor as absorveria e limitaria na medida em que dispusesse de instrumentos mais aptos a compreendê-las com a devida agilidade, razão por que essa realidade política e socioeconômica atual estaria a impor a necessidade de uma ruptura com a atual estrutura do Poder Executivo, que concentra a sua atuação nas mãos de um único titular do poder, eleito por sistema de voto direto para cargo majoritário, de molde a atender aos preceitos democráticos com vistas à representatividade e à legitimidade do mandato. Tal sistema coadunava-se com o Estado originalmente concebido, que, atualmente, tem contestada a forma centralizada de poder e reduzida a sua soberania perante a nova realidade socioeconômica global. Retorne-se ao exame do Direito e de sua apreciação pelo Poder Judiciário. A ascensão dos princípios e o declínio do positivismo conferiram espaço ao Poder Judiciário para atuar de forma mais concreta na densificação daqueles, promovendo o que muitos denominam por ativismo judicial, na medida em que suas decisões romperam as barreiras do político-partidário e da administração de caráter weberiano, de molde a concretizar, sob a forma de direitos, pretensões que, antes, dependiam de políticas públicas jungidas a convicções políticas e, portanto, ao resultado de eleições. O princípio da representação e da legitimidade do mandato resta, assim, mitigado, permitindo-se implementar um novo sistema democrático com base em não-eleitos, mas capazes de promover e implementar políticas públicas que reflitam e se traduzam em soluções concretas mais próximas dos interesses dos titulares de direitos fundamentais àquelas referenciados. Tal sistema seria próximo da realidade que se buscou, sem sucesso, com a criação das agências reguladoras, sendo o escopo dessa tese reexaminar a posição e a criação de entes como esses no direito positivo brasileiro, de forma a possibilitar o exercício exitoso de funções administrativas com independência e harmonia para com os demais Poderes, superando-se questionamentos relacionados a seu eventual déficit democrático.

A releitura dogmática de institutos como poder, sua limitação pelo Direito e o modelo por intermédio do qual se deu a distribuição das funções para seu

exercício num ambiente democrático é a base da qual parte o presente estudo, que confrontará essas acepções doutrinárias à realidade do exercício do poder político. Impõem-se visitas à Ciência Política para que o trato a ser conferido ao poder não reste limitado ao que os juristas, invariavelmente fazem. BOBBIO comenta ter constatado com certa surpresa que “juristas e politólogos usam o mesmo termo, ‘poder’, do qual ambos não podem prescindir, ignorando-se quase completamente uns aos outros”.<sup>2</sup>

A par de um estudo dessa espécie demandar pesquisas transdisciplinares, vê-se que o Direito não teve por hábito buscar na Ciência Política definições e considerações sobre o instituto do poder.

O estudo do poder e das consequências práticas de seu exercício na prática levam ao segundo capítulo dessa tese, onde se averigua a forma pela qual o poder deveria se apresentar e atuar. Todavia, busca-se constatar se o poder, ao invés de ter sido limitado pelo Direito e exercido de forma ética por paradigmas políticos voltados ao interesse público, apropriou-se do Direito e da política, subvertendo, dessa forma, o modelo de contrato social pensado em sede doutrinária, podendo dar ensejo até a uma situação de tirania acobertada por processos aparentemente democráticos. Um poder compromissado com a consecução dos interesses da sociedade é o que se pretende identificar.

O Estado pode ser instrumento do poder, conquanto não deva sê-lo. Para tal evitar-se, ele tem de ser apreciado em sua atualidade perante o mundo, que, já se mencionou, além de extremamente dinâmica, insta o velho Estado a participar mais ativamente no âmbito das relações internacionais, em especial nas que ostentem conteúdo econômico. O isolamento estatal, com a sua introspecção política, pode ser danoso para todos os seus cidadãos e impeditivo da sustentação de seu crescimento e de seu desenvolvimento de forma sustentada. Ações como essas, dissidentes de um conjunto de atores globais do mercado, são destrutivas da base econômica do Estado e não devem ser perpetradas. O Estado afigura-se como um ator de mercado global e não mais como um ente soberano de todo intocável.

Políticas públicas referentes a direitos fundamentais nas áreas de saúde e educação são verificados como direitos indeléveis de todos os membros da

---

<sup>2</sup> BOBBIO, N. Teoria Geral da Política. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 238.

sociedade, que podem se socorrer do Judiciário – e o vêm fazendo – para obter a tutela desses seus direitos, quando são sonegados, ilegalmente, pelo Estado. Essa atitude omissa de políticos que chegaram ao poder pela legitimidade do sufrágio tem caráter democrático? A democracia, além dos novos papéis desempenhados pelo Estado, examinando-os em face da contemporaneidade, conformam o capítulo quarto, onde se realça a irrefutável necessidade de uma pesquisa transdisciplinar, que transcende ao Direito, mas que deve informá-lo para que haja um melhor equilíbrio entre o exercício do poder e os interesses da sociedade. Ao verificar-se essa nova posição do Estado e a perda de sua antiga soberania – ao menos a mudança de eixo – deve-se ter em conta que a Chefia do Executivo tem preocupações maiores em relação à economia do país e sua percepção em termos globais. Dessa sorte, o Executivo monocrático está a necessitar cada vez mais de um maior apoio na execução de seus misteres internos para com a sociedade, que, se antes conformavam um poder ou o ditar da supremacia do que considerava como de interesse público, não mais prevalecente na atualidade, consubstanciam-se em deveres do Estado que podem ser exigidos pelos membros da sociedade na qualidade de titulares de direitos.

Tanto remete-nos ao estudo de políticas públicas, cuja criação e execução constituem-se na forma pela qual os direitos fundamentais nas áreas de educação, saúde e serviços públicos, como os de energia ou transporte, são traduzidos para a sociedade. Como direitos que são, inegavelmente, é de se partir da premissa que tais políticas não podem mais ficar a mercê de decisões partidárias ou submetidas à decisão por alguém que ocupa um cargo político-partidário na chefia seja de um órgão descentralizado seja de um órgão desconcentrado da Administração Pública direta e indireta. Ideologias não podem mais informar políticas públicas que são, em verdade, o cumprimento de deveres pelo Poder Executivo. Quando ausentes as políticas públicas devidas, quando incompletas ou inadequadas, faz-se necessária a atuação do Poder Judiciário como instância final de sua obtenção. Isto é, o ativismo judicial tem como causa tanto a omissão como a má formação técnica e profissional das chefias dos órgãos das Administrações Públicas direta e indireta, que, por vezes, e por razões políticas têm por parâmetro e critério compromissos pré-eleitorais em detrimento de razões socioeconômicas e jurídicas. Há uma

tensão entre o sistema político-administrativo weberiano que ordena nossa Administração Pública e os direitos fundamentais, cuja fragilidade diante desse sistema parece estar estampada no alto índice de decisões judiciais tidas como ativistas. O capítulo quinto pretende estudar as raízes do denominado ativismo judicial, buscando a sua causa, bem como se um corpo de não-eleitos poderia atender melhor aos direitos fundamentais nas áreas demarcadas acima e de que forma isso poderia ser concretizado.

No capítulo sexto, em busca dessa modelagem para a criação de entes capazes de praticar atos de Administração Pública, analisamos o fracasso das agências reguladoras, que deixaram de funcionar como deveriam, além do que se tornaram objeto do desejo dos políticos para fins de acordos políticos e de manutenção do poder, em flagrante desvio da finalidade para a qual essas agências foram criadas. Prossegue-se no estudo da atividade regulatória e na possibilidade de ser aplicada a serviços despidos do elemento econômico, como a saúde e a educação, que fecham o capítulo sexto.

Decorre daí o motivo de ser tão instigante estudar e escrever sobre esse tema, propondo-se que essas relações de poder, de criação e execução de políticas públicas, passem a ser delineadas a partir de um maior policentrismo decisório no âmbito do Poder Executivo, dando azo a uma nova concepção da Administração Pública mais consentânea à era da informação (profissional) e apta à realização de políticas públicas consistentes em direitos fundamentais, sem que continue a ser substituída, como o vem sendo, pelo Poder Judiciário, o que não poderia deixar de ser, pois o atual monocentrismo decisório busca a sua legitimidade no debate político-ideológico obtida no resultado das urnas, a despeito de ser vivenciada uma era de direitos a que foram traduzidas aquelas políticas públicas, que termina prenhe de fins partidários e eleitorais e, quase sempre, destituídas de profissionalismo e conhecimento tanto científico como social.

A contemporaneidade do tema é patente, inclusive diante da constatação levada a conhecimento de todos pela denominada “Operação Lava-Jato”, perpetrada pela Polícia Federal e pela Justiça Federal, onde se demonstrou que decisões do Poder Público eram baseadas em razão de escopos partidários e empresariais (este no âmbito privado) de permanência no poder e em função da realização de objetivos pessoais de enriquecimento por

meio de corrupção. Assim, pretende-se aferir a viabilidade constitucional, *de lege ferenda*, de uma nova estrutura de poder para o Estado no âmbito do Executivo, de natureza policêntrica, repita-se, mais profissional e capaz de atuação com requintes de atualidade socioeconômica, que é fundamental ao restabelecimento da simetria do contrato social e da consecução dos objetivos da democracia e do desenvolvimento econômico e social em bases sustentáveis.

## 1.2 A RUPTURA FAZ-SE NECESSÁRIA

Poder e democracia têm sido objeto de estudo permanente pelas ciências sociais, como a sociologia, a ciência política e o Direito. No entanto, a despeito de estranhos às ciências econômicas, o mundo pós-moderno parece demonstrar que a Economia teve maior sucesso do que aquelas outras ciências e melhor aprendeu a manejar esses institutos, valendo-se de uma via impositiva e globalizante: a informação. De fato, são os processos econômicos hegemônicos globalizantes, sob o codinome de “economia de mercado”, que se impuseram, exercem um papel superlativo nas relações que mantêm com o Estado e seus cidadãos e vêm promovendo transformações, cujas dimensões são difíceis ou mesmo impossíveis de serem mensuradas, além de transcenderem ao campo de atuação de uma única das ciências sociais. A simples constatação de que essas demais ciências sempre se preocuparam em estudar tanto o poder, quanto a liberdade e a democracia com maior afincamento e de forma incessante ao longo dos séculos, basta para que concluamos que:

os esquemas do pensamento tradicional não são suficientes: é necessário se esforçar para construir novas ferramentas, forjar outros instrumentos de análise; e a concepção tradicional de Estado deve ser reavaliada.<sup>3</sup>

Num rápido lançar d’olhos para averiguar o que há de novo na interação dos processos referentes ao poder e à democracia, a alteração de maior relevo

---

<sup>3</sup> CHEVALLIER, J. O Estado pós-moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 11.



fica por conta da tecnologia da informação, que permitiu ao mundo não só um fluxo global de riquezas em tempo real rapidamente absorvido, compreendido e utilizado pelo sistema capitalista –, como também tornou árdua a tarefa dos membros da sociedade em avaliar e criticar um sem número de informações produzidas em todas as partes, de importância duvidosa e destituídas de qualquer regulação por intermédio do Estado. Presentes, aqui, os três atores desse momento histórico: O Estado, o mercado e os cidadãos. Enquanto o Estado e os cidadãos do mundo estão a tentar aprender a lidar com a informação, o mercado a tem como ferramenta íntima de incomensurável valor para maximização de lucros e agregação contínua de poder, inclusive em relação aos Estados soberanos, aos quais vem impondo novas estruturas econômicas, um novo ordenamento jurídico e mudanças em seu comando. Tanto pôde ser facilmente percebido nas recentes crises da dívida soberana na Grécia e na Itália, com a queda de seus Primeiros-Ministros e sua substituição por outros líderes mais afetos ao mercado, como amplamente noticiado pela imprensa.

Tudo isso se sucede sob o pálio da legitimidade da democracia e da legalidade, tudo perfeitamente de conformidade com a lei desses Estados, mas em prejuízo do próprio Estado e dos benefícios sociais conquistados. Note-se que, na Grécia, por ironia e como berço da democracia, uma simples declaração de seu governo sugerindo submeter a um plebiscito a permanência ou não do país na comunidade europeia, com a submissão de seus cidadãos aos remédios amargos do mercado, foi tida como quebra das regras do jogo e uma medida antidemocrática. Ou seja, submeter decisões governamentais que afetem a toda a população de um país a um plebiscito não é democracia? O que é democracia?

Percebe-se, pois, um processo social e jurídico em pleno andamento e em total desequilíbrio nessa interação entre Estado, mercado e cidadãos, onde prevalecem as vontades do segundo seja por seu maior tirocínio informacional seja por seu poder econômico. Tudo parece contribuir para um mundo de crescente desenvolvimento econômico e de retrocesso no campo do bem-estar social. Apesar do fantástico desenvolvimento científico e tecnológico das últimas décadas:

o mundo capitalista viu-se novamente às voltas com problemas que parecia ter eliminado: desemprego, depressões cíclicas, população indigente em meio a um luxo abundante e o Estado em crise<sup>4</sup>.

Crise pressupõe algum desequilíbrio. O reequilíbrio dessa relação, ao que parece, pressupõe, primordialmente, o domínio da informação e de todo o seu processo pelos Estados e por seus cidadãos. Desenvolvimento em prol do Estado e de seus cidadãos não haverá sem conhecimento e informação – bem interpretada e compreendida –, eis que todo o processo produtivo na sociedade pós-moderna fundamenta-se em algum grau de conhecimento e no processamento da informação. Para os filósofos da mente, a informação é uma espécie de pedra fundamental da Ciência Cognitiva, que, aliada à aptidão para retê-la e criticá-la, torna-se um instrumento capacitador e garantidor da sobrevivência e da supremacia dentre os seres vivos e no meio social. Esses mesmos filósofos da mente denominam essas informações de que se valem os homens como *affordances*, isto é, “são informações significativas disponíveis no ambiente que possibilitam a ação dos organismos nele situados”<sup>5</sup>. É necessário que o receptor da informação seja capaz de identificar quem disponibiliza informações e por que as disponibiliza, além de ser capaz de formar um juízo de valor sobre sua importância e possíveis consequências. No entanto, os referenciais de notícia não são nem do domínio do Estado nem do alcance do cidadão, que são vítimas da fórmula de McLuhan: o meio de comunicação é mensagem. Diga-se, uma mensagem que domina e doutrina, dá e retira importância e relevo, sem pretender que o receptor forme um juízo de valor próprio. Assim, pondera Baudrillard sobre a mídia e a sobredita fórmula:

Quer ela dizer que a verdadeira mensagem transmitida pela TV e pelo rádio, decodificada e consumida inconsciente e profundamente, não é o conteúdo manifesto dos sons e das imagens, mas o esquema constrangedor, ligado à essência técnica dos meios de comunicação, de desarticulação do real em signos sucessivos e equivalentes: é a transição normal, programada e miraculosa, do Vietname para o music hall, com base na abstração total de ambos<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> DUPAS, G. Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso. São Paulo: UNESP, 2011, p. 13.

<sup>5</sup> ZILIO, D.; e GONZALES, M. A gênese do significado. Filosofia, Ano V, nº 53, Ed. Escala, São Paulo: 2010, p. 21.

<sup>6</sup> BAUDRILLARD, J. A sociedade de consumo. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 158.

O comportamento social em todos os seus âmbitos, como o político, é, pois, moldável pela informação. Ou seja, a sociedade informacional pode gerar resultados induzidos pela mídia e seu desenvolvimento socioeconômico pode ser vitimado na medida em que reproduz um querer previamente desejado. É o que conclui CASTELLS, ao afirmar que:

dessa forma, os modos de desenvolvimento modelam toda a esfera de comportamento social, inclusive a comunicação simbólica. Como o informacionalismo baseia-se na tecnologia de conhecimento e informação, há uma íntima ligação entre cultura e forças produtivas e entre espírito e matéria, no modo de desenvolvimento informacional. Portanto, devemos esperar o surgimento de novas formas históricas de interação, controle e transformação social.<sup>7</sup>

Isto é, o desenvolvimento social está atrelado à informação, que, contudo, ainda não foi bem dominada pelo Estado e pelo cidadão. O momento atual pode ser comparado ao da sociedade na era do bronze, quando os homens forjavam e se utilizavam desse material no cotidiano, apesar de desconhecerem as suas propriedades químicas, o que só veio a acontecer séculos mais tarde com o desenvolvimento da química como ciência. Não é sem razão que se denomina a economia surgida no final do século XX como informacional, global e em rede, a demonstrar que o mercado já desenvolveu a sua química. Cumpre-se ter sob domínio que CASTELLS considera como informacional a sociedade em referência à economia, quando essa sociedade é capaz de produzir e competir com as demais, de molde a “gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos”<sup>8</sup>.

Essa capacidade tão exaltada em processar e aplicar de forma eficiente a informação aparenta ser, ainda, exclusiva do mercado e, talvez, de alguns pouquíssimos Estados de economia proeminente. Inequívoco é que o conhecimento e a capacidade de desenvolvimento tecnológico conduziram certos países à liderança mundial e ao exercício de um poder que se sobrepõe, por vezes, à soberania de um outro país de maior fragilidade econômica. Nesse aspecto, não é outra a observação de DUPAS, para quem o:

---

<sup>7</sup> CASTELLS, M. A era da informação: economia, sociedade e cultura, Vol. I, a sociedade em rede. São Paulo: 2008, p. 54.

<sup>8</sup> CASTELLS, M. Op. Cit., p. 119.

desenvolvimento vertiginoso de *softwares*, a difusão maciça da informática, o computador pessoal e os *kits* para instalação de programas foram um instrumento de rápida implantação de novos parâmetros para o exercício da liderança tecnológica, do poder e da hegemonia econômica nesta nova etapa do capitalismo, agora efetivamente global<sup>9</sup>.

Dominar a informação é estar no controle da “rede” que congrega as diversas mídias em ordem global, que rejeitam a regulação do Estado sob o argumento da censura, e que, por assim dizer, modelam a cultura, os processos de trabalho, o modo de viver e a opinião pública ao sabor de sua conveniência. Inegavelmente, trata-se, o domínio da informação, da forma ideal de dominar o poder ao ponto mesmo de sobrepô-lo à liberdade individual e transformar-se em seu agente conformador, o que é grave, valendo-se de meios alegadamente democráticos.

A dialética do poder sempre interessou ao Direito, que sempre o limitou numa relação de tensão absoluta, fazendo-o, porém e primordialmente, em relação ao Estado, titular da força política e dos desígnios da nação. Consistem como funções do Direito distribuir e conter o poder estatal em prol da sociedade, o que é objeto dos diversos ramos do Direito Público, em especial do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, que precisam tanto preservar a autoridade estatal, mas garantir à sociedade a fruição de serviços, que devem ser prestados pelo Estado. Assim, na fenomenologia jurídica:

o Estado surge em virtude de se instituir um poder que transforma uma coletividade em povo (...). Mas o Estado não existe em si ou por si; existe para resolver problemas da sociedade, quotidianamente; existe para garantir segurança, fazer justiça, promover a comunicação entre os homens, dar-lhes paz, bem-estar e progresso. É um poder de decisão no momento presente, de escolher entre opções diversas, de praticar os atos pelos quais satisfaz pretensões generalizadas ou individualizadas das pessoas e dos grupos. É autoridade e é serviço.<sup>10</sup>

Essa concepção de Estado é posta em xeque pela globalização e o enfraquecimento do Estado, com a flexibilização do conceito de soberania, sua

---

<sup>9</sup> DUPAS G., Op. Cit., p. 38.

<sup>10</sup> MIRANDA, J. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 117.

integração a comunidades internacionais e o advento de fontes plurais de Direito não mais exclusivas do Estado, passa a ser objeto de estudo da doutrina jurídica que identifica uma “crise de autoridade do Estado”<sup>11</sup>. Tal crise de autoridade caracteriza-se pela perda tanto do controle como da confiança da sociedade na figura do Estado como agente capaz de dar cobro a todas as dificuldades que se apresentam na pós-modernidade. A sociedade toma rumo na direção do privado e afasta-se do público, prevalecendo em seu seio o discurso referente à incapacidade do Estado e de seus governantes para atender a seus anseios e necessidades, de forma a que a noção de pertencimento, própria da cidadania, esmaece e enfraquece tanto o vínculo de cidadania como a consciência desse cidadão de que é titular de direitos. O esvaziamento do Estado é tamanho que autores chegam a forjar a expressão “Estado oco” (hollow State)<sup>12</sup>, a partir da constatação de que os Estados estavam a perder as suas funções precípuas. Fácil constatar a perda de algumas dessas funções em favor do mercado, especialmente em épocas neoliberais. Será que estão a perder funções ou a deixar de exercê-las por razões econômicas e políticas ou, ainda de comprometimento eleitoral ou interesses pessoais dos que exercem o poder?

Esse efeito destrutivo da globalização em relação à soberania dos Estados é bem resumido e verificado em três formas diversas: (i) pela redução da margem de liberdade dos Estados e sua submissão a uma ordem transnacional; (ii) pelo surgimento de novos atores, que os substituem no cenário mundial na composição de seus interesses e relações internacionais; e, (iii) pela constituição de entidades mais amplas numa ruptura da figura do Estado-Nação.

Outro efeito diante dessas constatações é a perda de respeito do cidadão para com o Estado, que dá ao discurso de ineficiência e corrupção do aparelho estatal terreno fértil para disseminar-se, abrindo caminho para postulações sociopolíticas no sentido de serviços outrora prestados pelo Estado passarem às mãos da iniciativa privada. Resta ao Estado assumir a condição de regulador de serviços e não mais ser o seu prestador. O Estado é

---

<sup>11</sup> AMARAL, C.E.P. Do Estado soberano ao Estado das autonomias: regionalismo, subsidiariedade e autonomia para uma nova ideia de Estado. Porto: Afrontamento, 1998, p. 107.

<sup>12</sup> PETERS, G. Managing to hollow State, in ELAISSEN, K.; KOOIMAN, J. (Coord.). Managing public organizations. London: Sage Publications, 1993, apud CHEVALER, Op. Cit., p. 11.

atingido no seu âmago, exatamente no conjunto de serviços que o compõe e dá corpo.

Vê-se, pois, que, a partir da informação globalizada, o mercado desequilibrou as correlações de poder, corroendo um arranjo secular onde Estado e cidadãos exerciam suas liberdades e direitos conformados, apenas, pela lei, de acordo com as suas vontades não influenciadas, ou melhor, viciadas, por informações midiáticas de difícil compreensão e fins escusos no exercício subliminar de formação de opinião. De fato, o Estado Moderno pentassecular sofreu drásticas alterações, em tese, benéficas e dignas de aplausos. Aquele Estado passou por uma “reconstrução” e se consubstancia numa “versão menos autoritária, menos arrogante, menos intimidante e, por isso, mais humana, mais próxima, mais eficiente e socialmente controlada que é a do Estado pós-moderno, (...)”<sup>13</sup>.

Todavia, essa conformação do Estado pós-moderno, mais tenro e mais humano, de poucas intervenções, precisa de ajustes. A prática social demonstra um profundo enfraquecimento do Estado como visto anteriormente, com a proeminência do mercado e da economia global como forças invencíveis e invisíveis a nortear e mesmo determinar as decisões políticas acerca dos desígnios sociais e estatais, como nos casos da Grécia e da Itália.

Isso significa uma redução significativa da liberdade do Estado e de seu sistema político-decisório, bem como de seus cidadãos, e um profundo questionamento da democracia como seu sistema assecuratório numa sociedade informacional e, por conseguinte, moldável. Nesse sentido, uma maior intervenção do Estado em alguns setores, como o da informação e da economia, pode e deve ser pensada. Essa intervenção pode dar-se por meio de uma regulação mais apropriada e mais consentânea com os desígnios da democracia. “Mais acentuada intervenção do Estado pode destinar-se justamente a dar condições de liberdade e igualdade às pessoas<sup>14</sup>. O processo de informação e a utilização das mídias precisam de alguma forma de atuação do Estado para que todos os atores possam dele participar em igualdade de condições. De outra parte, as áreas onde ao Estado cabe atuar para a garantia

---

<sup>13</sup> MOREIRA NETO, D.F. Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 35.

<sup>14</sup> MIRANDA, J.. Op. Cit., p. 120.

de direitos fundamentais como saúde, educação e o serviço público, como, por exemplo, os de transportes, saneamento e de fornecimento de energia, merecem uma administração extremamente técnica, em nível de sofisticação e de atualidade, infensa a posicionamentos político-partidários, portanto neutra e autônoma em relação ao titular da vez na chefia do Executivo e ao mercado e seu produto midiático. Para tal fim, instrumentos novos precisam ser criados.

Essa atuação do Estado, visando ao reequilíbrio dessas relações mantidas entre o próprio Estado, o mercado e os cidadãos, deve questionar, inclusive, acerca do real exercício da democracia nas condições presentes na atualidade. Dar simplesmente acesso à informação a todos não significa dizer que todos participam do jogo democrático em condições de igualdade. Sem dúvida o voto secreto e universal tem suma importância para a democracia, mas:

com efeito, a própria eficácia das votações depende fundamentalmente do que as acompanha, como a liberdade de expressão, o acesso à informação e a liberdade de discordância. (...) Na verdade, um grande número de ditadores no mundo tem conseguido gigantescas vitórias eleitorais, mesmo sem coerção evidente sobre o processo de votação, principalmente suprimindo a discussão pública e a liberdade de informação, e gerando um clima de apreensão e ansiedade<sup>15</sup>.

Para tal fim, não seria necessária a supressão da informação. Um processo eleitoral pode chegar a resultados questionáveis e, em tese, legítimos, quando a informação for tratada com alguma conveniência particular, política ou mercadológica. Ou seja, o tratamento midiático e o sistema eleitoral contribuem para as dúvidas que vêm sendo lançadas sobre a justiça do processo eleitoral e a natureza ilibada da conduta dos políticos eleitos, cujos partidos políticos são quase sempre patrocinados, senão sempre, por verba privada oriunda de empresas fortes do mercado e profundamente interessadas no resultado de uma eleição.

De forma irrefutável, ao menos no Brasil, a política transcende as ideologias e relega-as a um segundo plano. De dizer-se que o Direito também o faz, pois suas normas estabelecem direitos cuja realização independe da ideologia. Porém, no âmbito político, a omissão no cumprimento de deveres do

---

<sup>15</sup> SEN, A. A ideia de justiça. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 361.

Estado para com seus cidadãos demonstra que a razão de ser desse descolamento da política para com as ideologias dá-se em função de interesses pessoais fisiológicos.

“A política em sua razão pública cada vez mais deixa de ser exercida nos espaços físicos da rua, em contato direto com o cidadão, através dos grandes comícios, passeatas e carreatas para ser construída nos espaços midiáticos, essencialmente governada por representações simbólicas”. (FIGUEIREDO; e SILVA, 2010, p. 9).

Na medida em que os políticos se valem dos mesmos espaços midiáticos dominados e utilizados pelo mercado, o sistema democrático e as liberdades de opção geram dúvidas quanto aos políticos, como futuros administradores do Estado, estarem voltados efetivamente ao cidadão e à sua formação como tal ou se, tal como o mercado, preocupam-se em formar um “consumidor” de suas políticas. O discernimento da realidade pelos membros de uma sociedade demanda informação transmitida pela mídia. Portanto, sua isenção é fundamental à democracia e ao pleno e efetivo exercício da liberdade sem vícios de consentimento. A mídia, para ser um agente da democracia e da liberdade, tem de ser, ela própria, livre, não só em relação ao Estado e seus políticos, mas também em relação ao mercado.

Os estudiosos da ciência jurídica não podem abstrair essas considerações no momento de pensar o Estado, de estruturá-lo em sede constitucional e de interpretar as suas normas, argumentando que Direito e política não se comunicam. Esta última, ao contrário, vale-se do Direito de forma assaz conveniente. A política vitoriosa, ao chegar ao poder, vale-se do Direito não para distribuir justiça, mas para usá-lo como instrumento para obter a capa de legitimidade que seus atos necessitam. Trata-se, aqui, tanto do Poder Legislativo como do Executivo, que atuam ou ficam inertes em relação a direitos fundamentais, sem ter receio de sofrerem qualquer espécie de sanção, eis que detentores de uma estrutura “legítima” segundo a lei, que lhes serve de escudo eficiente.

A retirada da política da ágora empalidece a noção tão aceita de democracia como governo por meio de debate, o que se agrava quando trasladada à esfera midiática. O aparente déficit democrático gera duras críticas de filósofos atuais, a ponto de afirmar-se que



nas eleições livres, há sempre um aspecto mínimo de boa educação: os que estão no poder fingem educadamente que não detêm de fato o poder e nos pedem para decidir livremente se queremos lhes dar o poder – num modo que imita a lógica do gesto feito para ser recusado. Nos termos da vontade: a democracia representativa, em sua própria noção, envolve um apassivamento da vontade popular, sua transformação em não vontade – a vontade é transferida para um agente que representa o povo e a exerce em seu nome<sup>16</sup> (ZIZEK, 2011, p. 115).

À evidência, a informação exerce forte influência sobre o processo democrático. Para que haja pleno exercício de liberdades nesse processo, as informações têm de ser acessíveis para todos os receptores e, estes, devem estar em condições de recebê-las. Ou seja, para haver democracia é necessário formar-se o cidadão capaz de participar do debate político e conferir-lhe acesso à informação.

Após salientar que Rawls propunha a exigência de uma “estrutura pública de pensamento” com vistas a uma “concordância de julgamentos entre agentes racionais”, SEN já identificou a importância de se trazer a informação e a cultura ao debate no âmbito do estudo da democracia, salientando que:

a racionalidade requer que os indivíduos tenham a vontade de ir além dos limites de seus próprios interesses específicos. Mas ela também impõe exigências sociais para ajudar um discernimento justo, inclusive o acesso à informação relevante, a oportunidade de ouvir pontos de vista variados e a exposição a discussões e debates públicos abertos<sup>17</sup>.

Paradoxalmente, sem embargo de as pessoas poderem atingir altos níveis de escolaridade e especialização, esse fato, por si só, não basta para alçá-las à condição de cidadão participativo. O processo cultural não necessariamente caminha pari passo ao processo educacional. Ao contrário, sociólogos vêem no progresso técnico-científico atual um fator de “regressão da democracia”, na medida em que valorizam os especialistas. A respeito, conclui MORIN:

---

<sup>16</sup> ZIZEK, S. Primeiro como tragédia, depois como farsa. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011, P. 115.

<sup>17</sup> SEN, A.; KLIKSBERG, B. As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, P. 54.

Assim, enquanto o *expert* perde a aptidão de conceber o global e o fundamental, o cidadão perde o direito ao conhecimento. A partir daí, a perda do saber, muito mal compensada pela vulgarização da mídia, levanta o problema histórico, agora capital, da necessidade de uma democracia cognitiva<sup>18</sup>.

A consciência cidadã, a pessoa do cidadão é fundamental à democracia, à liberdade, à postulação dos direitos e à recuperação da dignidade do Estado e de seus governantes. Cabe ao Estado formar o cidadão, conferindo meios educacionais e culturais bastantes à sua população, como também garantir-lhes acesso à saúde e aos serviços públicos em geral. O cidadão precisa do Estado, mas a recíproca é verdadeira e ambos precisam compreender e bem se valer das informações e da mídia. O Direito não pode mais fechar os olhos a essas observações das demais ciências sociais e proteger-se da realidade como se ela não estivesse a incrustar-se em todos os âmbitos da sociedade e em todas as ciências. O Estado precisa saber e ser capaz de assegurar a cidadania, que

não pode ser simplesmente pensada, uma vez mais, através da figura de um cidadão autônomo, cujo poder soberano consiste em depositar um boletim na urna. É sobretudo algo da ordem de uma capacidade de participar na mudança social, que é não só constitutiva da estabilidade do conjunto da sociedade, mas também da estabilidade da identidade e da liberdade<sup>19</sup>.

O Poder, que pode vitimar ou não atender ao cidadão, e a democracia, que deveria ser um instrumento desse último para a condução de seus interesses àquele poder, interrelacionam-se e precisam ser revisitados. Neste primeiro instante, em face desse momento informacional global e em face dos acontecimentos das últimas décadas, onde o mercado demonstrou-se mais sagaz em seu manejo. Estado e cidadão fragilizaram-se diante do mercado e, apesar de se valerem firmemente da informação e de vivenciarem a nova era, ainda não lograram dominar a sua ciência.

---

<sup>18</sup> MORIN, E. A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, P. 19.

<sup>19</sup> ROMAN, J. Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno. In MORIN, E.; PRIGOGINE, I. (Coord.). A sociedade em busca de valores. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 49.

Para CASANOVA<sup>20</sup> o domínio e o controle da informação e dos respectivos sistemas de comunicação estão postos a serviço do sistema dominante, que se vale das tecnociências para mantê-los e reproduzir as bases do capitalismo proposto pelo mercado, que exige autorregular-se de molde a adaptar-se momento a momento, numa espécie de organização no escopo de controlar as contradições para conservar e fortalecer o sistema dominante. Segundo esse mesmo autor, temos uma sociedade de informação, onde os interesses estão presentes em todos os processos de produção, distribuição e ocultação da informação, o que leva à conclusão de que a informação é fundamental ao efetivo exercício do poder.

Essa relação entre o domínio do conhecimento e o poder precede à sociedade de informação. Está no próprio surgimento deste último nas sociedades mais antigas, onde a comunidade eminente se valia do conhecimento técnico e cultural para sobrepujar a comunidade de subalternos. Para CAPELLA:

o poder é, originalmente, a institucionalização da força cultural-militar de uma forma de organização social incapaz de se reproduzir pelo mero desenvolvimento de sua lógica econômica”, conceitua e observa Capella, enumerando as funções assumidas pelo poder como: “a) garantir a prestação de sobretrabalho pelas comunidades subalternas; b) reprimir os intentos de estas em emanciparem-se; c) difundir, por si só ou através de outras instituições sociais, ideologia de aceitação da ordem político-social, obtendo consenso, convicção das pessoas quanto à nomeação e hegemonia, em definitivo, para as comunidades eminentes; e, d) garantir a realização de tarefas de interesse geral (como obras públicas, comunicações etc)”<sup>21</sup>.

Esses doutrinadores – Casanova e Capella – realizam, à evidência, um contraponto à visão capitalista mundialmente prevalecente. De criticar-se a restrição de sua análise a um aspecto ideológico, seja político ou partidário. A crítica não pode ter por base uma posição política ou partidária previamente estruturada, como parecem ter esses autores. É necessário examinar-se o Estado e o exercício do poder por aqueles que estão no comando de sua titularidade de forma isenta. É preciso compreender-se que razões levam o Estado a recusar disciplinar normativamente situações como a da relação

<sup>20</sup> 6. CASANOVA, Pablo González. As novas ciências e as humanidades: da academia à política. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006, pp. 198-132.

<sup>21</sup> CAPELLA, Juan Ramón. Fruta Prohibida: una aproximación historico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid: Trotta, 2008, PP. 65-66.

homoafetiva e a da utilização de células tronco para a realização de pesquisas. Tanto envolve aspectos políticos, que merecem profunda observação pelo Direito, sob pena de essa ciência jamais atingir seus propósitos de distribuição de justiça. Enfim, o Direito precisa buscar os instrumentos bastantes a mudar esse panorama, onde resta ao cidadão consciente valer-se do único Poder estatal não-eleito para obter os seus direitos, qual seja o Poder Judiciário, cuja atuação demonstra e autoriza-nos a concluir que a justiça será distribuída, ainda que normas específicas não existam e que princípios jurídicos necessitem ser densificados.

Se os juristas se negarem a esse estudo transdisciplinar e a observar a atuação em concreto dos titulares de funções decisórias no âmbito dos Poderes estatais, estarão a dificultar o pleno e pronto exercício da cidadania pelas vias adequadas, isto é, por intermédio das prestações devidas e realizadas diretamente pelo Executivo sem a necessidade de prévia interveniência e comando do Judiciário. Pior, essa negativa do Direito em buscar soluções mais adequadas à realidade atual do Estado e de suas relações para com a política, à economia de mercado e à informação, estaria a prejudicar e ferir de morte qualquer possibilidade de desenvolvimento e sustentabilidade, que estão intrinsecamente relacionados, por sua vez, ao exercício das liberdades, portanto, dos direitos pelos cidadãos, presentes e futuros. No tema, ninguém melhor do que SEN para relacionar liberdade e desenvolvimento agregados à noção de sustentabilidade, cuja ideia, entende tem de ser repensada e propõe uma ampliação da formulação do conceito de desenvolvimento sustentável proposto por Brundtland e Solow, inserindo-se nele a liberdade sustentável com “a preservação e, quando possível, a expansão das liberdades e capacidades substantivas das pessoas de hoje ‘sem comprometer a capacidade das gerações futuras’ de ter liberdade semelhante ou maior”<sup>22</sup>.

O Estado mudou e sua soberania está muito relacionada a aspectos econômicos e de índices de avaliação econômica, que estabelecem *rankings* e classificam os Estados como confiáveis ou não em matéria de fôlego financeiro para cumprir seus compromissos e honrar as suas dívidas. Como visto, porém,

---

<sup>22</sup> SEN, A. Op. Cit., p. 286.

para fins de desenvolvimento sustentável, essa visão econômica não deve ser dissociada de fatores de natureza social. KLIKSBURG trata do tema, observando que essa:

nova visão, que começa a ganhar força, crescentemente, amplia totalmente as dimensões a serem levadas em conta para saber se uma sociedade progride ou não, e inclui, ao lado dos indicadores econômicos comuns, aspectos que têm a ver com o desenvolvimento social, o desenvolvimento ambiental, o acesso à cultura, as liberdades e a construção da cidadania<sup>23</sup>.

O exercício do poder pelo Estado e a sua condição de regulador serão examinadas em relação para com a democracia e ao exercício de direitos dentro do contexto da era da informação e do plano fático-social da fuga do público para o privado. “Não é possível, portanto, pensar o Estado, o mercado, as concepções de público, privado e de soberania, ou a atribuição de responsabilidades sociais da maneira bem mais simples como se pretendeu articular em outros tempos”<sup>24</sup>. Essa complexidade exige que o estudo seja multidisciplinar e vá além do Direito buscar as suas soluções, seja na sociologia, na ciência política, seja na economia. Os constantes avanços tecnológicos e seus impactos sociais cada vez mais velozes e de tempo real demonstra essa necessidade de análise de teses sociológicas, e que se destinam a estudar esses efeitos da tecnologia da informação sobre a sociedade, algumas já havendo identificado o que denominou por “dromocracia cibercultural transpolítica”:

O conceito de dromocracia expressa bem aquilo de que trata: a velocidade técnica e tecnológica equivale a um macrovetor dinâmico exponencial de organização / desorganização e reescalonamento permanente de relações e valores sociais, políticos e culturais na atualidade<sup>25</sup>.

Estudiosos do Direito já realizaram essa constatação, de que a informação, em sua crescente aceleração, promove constantes alterações nas estruturas organizacionais da sociedade. É o que CHEVALLIER já denominou

---

<sup>23</sup> SEN, A.; KLIKSBURG, B. Op. Cit., p. 140).

<sup>24</sup> BESSA, F.L.B.N. Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 181.

<sup>25</sup> 23. TRIVINHO, E. A dromocracia cibercultural: lógica da vida humana na civilização mediática avançada. São Paulo: Paulus, 2007, p. 69.

por “e-democracia”<sup>26</sup>, e conduz a seu exame contextualizado e atual em conjunto com a cidadania, o que é imprescindível “em tempos de crise das fórmulas organizacionais da modernidade, a própria ideia de democracia e, atrelada a ela a de cidadania, precisa ser contextualizada”<sup>27</sup>.

O Estado não poderia deixar de ser atingido por esse conjunto de mudanças da pós-modernidade e foi, desde a fragilização de sua soberania, a perda de boa parte de seu poder decisório e de sua discricionariedade, até a perda da condição de prestador direto de seus serviços tidos como públicos. A regulação passou a ser um tema de extrema necessidade para o Estado:

A regulação se distingue dos modos clássicos de intervenção do Estado na economia: ela consiste em supervisionar o jogo econômico, estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos, assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto; pela regulação, o Estado não se põe mais como ator, mas como árbitro do processo econômico; uma capacidade de arbitragem entre os interesses em jogo; uma ação contínua a fim de proceder aos ajustes necessários<sup>28</sup>.

O estudo da regulação é ponto de partida para investigar se é possível ao Estado, por seu intermédio, retomar parcela do poder perdido, de resgatar a sua condição de gestor dos destinos de seus cidadãos e de:

recuperar sua condição de efetivo representante da vontade da sociedade civil, radicalizada e ampliada, de modo a constituir-se em nova hegemonia a serviço do efetivo desenvolvimento da humanidade e de sua preservação futura<sup>29</sup>.

Isto é, busca-se uma visão do Estado como ator ativo do desenvolvimento sustentável – incluído, aí, o conceito de liberdade sustentável antes mencionado.

O Estado brasileiro é o foco do estudo, que pugna por propostas adequadas à sua concepção tal como estabelecida em sede constitucional, propondo, ante as tendências de fragmentação administrativa do Estado, as mudanças que se fizerem necessárias na Lei Maior.

---

<sup>26</sup> Op. Cit., p. 245.

<sup>27</sup> STRECK, L.; MORAIS, J.L.B. Ciência política e teoria do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 131.

<sup>28</sup> CHEVALIER, J. Op. Cit., p. 73.

<sup>29</sup> DUPAS, G. Op. Cit, p. 19.

A par de a Administração Pública brasileira ter sofrido uma mutação no sentido de tornar-se uma administração de resultados, cuja legitimação prima pelo atendimento de “três robustos princípios, aos poucos explícita ou implicitamente constitucionalizados: o da participação, o da eficiência, e o do controle (...)”<sup>30</sup>, com a implantação de novas estruturas administrativas autônomas e aptas ao exercício de poderes neutrais como as agências reguladoras, é necessário verificar se a sua estrutura administrativa, de índole estatocêntrica e de exercício unívoco do poder, estaria pronta para os desafios da pós-modernidade informacional, para: (i) o exercício pleno e justo do poder, (ii) o garantir e limitar do exercício das liberdades individuais e empresariais de molde a garantir o desenvolvimento sustentável; (iii) dar concretude a um sistema democrático participativo; e, (iv) o formar de cidadãos conscientes de suas atribuições.

BNEMBOJM anuncia a existência de uma crise dos paradigmas do Direito Administrativo, ilustrando-o com o exemplo das agências reguladoras, cuja introdução no direito positivo pátrio quebrou o:

vínculo de unidade no interior da Administração Pública, eis que a sua atividade passou a situar-se em esfera jurídica externa à da responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de recondução direta de todas as ações administrativas ao governo (...)”<sup>31</sup>.

FREITAS conceitua Estado democrático de Direito como “um Estado de bem-estar [...] fundado no pluralismo dos poderes políticos e administrativos que, uma vez fragmentados, pressupõem também um pluralismo organizacional da Administração Pública e a divisão político-territorial do Estado”<sup>32</sup>. Seria essa fragmentação do Executivo um movimento único já realizado ou seria uma tendência referentemente às suas estruturas de poder mais básicas? As agências reguladoras foram o último indício desse movimento, mas já contam com duas décadas, sendo que, por infortúnio, essas

---

<sup>30</sup> MOREIRA NETO, D.F., Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 21.

<sup>31</sup> BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22.

<sup>32</sup> FREITAS, D.B. A fragmentação administrativa do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81.

agências não se estabeleceram como órgãos efetivamente autônomos de regulação, apesar de suas leis preverem a sua autonomia. Afinal, o que estava equivocado: a fragmentação do poder ou o meio por intermédio do qual ela se deu – lei?

Essa tendência à fragmentação caminha ao lado da já prestigiada noção de Direito funcional ou de funcionalização das normas jurídicas, que avança rumo à Administração Pública. As agências reguladoras eram especializações do Executivo, e visavam atender a essa funcionalização, constituindo-se num primeiro passo para a adoção, na Administração Pública, de um modelo policêntrico de exercício do poder, criando-se entes especializados e autônomos, administrativa e financeiramente, para atuarem como gestores e garantidores, por exemplo, do direito fundamental ao serviço público de transporte. Não obstante o modelo das agências reguladoras ser prenhe de boa intenção, mas frágil diante da ausência no direito positivo brasileiro de uma natureza jurídica capaz de assegurar-lhe as características necessárias ao desempenho de funções autônomas e descentralizadas – tanto será motivo de crítica a esse modelo mais adiante –, pode-se inferir que esse primeiro movimento na estrutura das entidades da Administração Pública, com tendência à fragmentação e maior independência em relação ao poder central do Executivo, demonstra haver uma insatisfação quanto à eficiência do Executivo no cumprimento de suas funções. Diante desta constatação, o estudo dessa tendência a absorver os princípios da funcionalização do Direito e à conseqüente fragmentação de instituições e órgãos da Administração Pública faz-se necessário. Tudo deve funcionar “como estímulo a uma análise doutrinária que não apenas se dedique a classificar e fracionar a Administração Pública, mas, sim, que passe a vislumbrar uma Administração Pública orgânica e funcional fragmentada (...)”<sup>33</sup>.

Perante essa nova sociedade e da presente era da informação, é de ser questionado o exercício da função executiva do Estado como um todo, com vistas a um “quadro organizacional, ora caracterizado pela desmonopolização e pelo compartilhamento de poderes entre a sociedade e o Estado e

---

<sup>33</sup> FREITAS, D. B.. Op. Cit. p. 286.



desvencilhado das amarras valorativas, impostas pelo positivismo jurídico (...)"<sup>34</sup>.

A essa breve análise do poder em face da funcionalização do Direito, da ascensão dos princípios jurídicos e a decadência do positivismo, somados a essa tendência à fragmentação da Administração Pública, delineiam um percurso onde é necessário buscarem-se fundamentos para a superação de eventuais obstáculos, aparentes ou reais, a fim de que possa extrair conclusões propositivas, com uma nova estrutura administrativa brasileira consentânea a essa realidade pós-moderna, que configura uma sociedade extremamente complexa fundada na informação. MOREIRA NETO também assinala essa necessidade em face do que chama de sociedades plurais e complexas, que estariam a exigir centros de poder plurais e igualmente aptos a atender à complexidade, concluindo que "a diáspora do poder é insopitável tendência, não apenas na formação de instâncias interestatais, supraestatais e extraestatais, como o reforço das infraestatais, o que está bem claro na associativa recente da Comunidade Europeia"<sup>35</sup>.

Previamente ao estudo de uma nova estrutura dessa nova Administração Pública brasileira, há de se verificar dois aspectos tidos, em princípio, como fundamentais à Teoria Constitucional: o princípio da separação e harmonia dos poderes; e, o princípio da democracia representativa, que consagra o voto como meio de legitimação do acesso ao poder. Seria necessário reverem-se esses princípios para que uma nova Administração Pública surja de forma policêntrica e em unidades autônomas no âmbito do Poder Executivo?.

O primeiro deles, a separação de poderes e o respectivo equilíbrio, vem sendo objeto de contestações desde o século XVIII a partir da formulação teórica pugnada por Montesquieu. VILLE<sup>36</sup> contrastou as estruturas constitucionais da França e da Inglaterra o que foi objeto de estudo de Montesquieu, que os integrou num só marco teórico. Essa tentativa de Montesquieu não foi de todo bem sucedida. Em ambos os países, como em sua terra natal, a França, sua maior conquista foi chamar atenção para a

---

<sup>34</sup> MOREIRA NETO, D.F. Op. Cit., 2008, p. 56.

<sup>35</sup> MOREIRA NETO, D.F. Op. Cit., 2011, p. 95.

<sup>36</sup> VILLE, M. J. C. Constitucionalismo y separación de poderes. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 198.

necessidade de se conter o exercício arbitrário do poder. Nesse mesmo autor, vislumbram-se as dúvidas atemporais e permanentes acerca do exercício do poder e de sua titularidade, sendo o sistema de distribuição de funções francamente questionado, assim como o sistema de freios e contrapesos que o acompanha.

Isso demonstra a necessidade de essa separação ser reexaminada na atualidade, especialmente quando a própria democracia representativa começa a ceder à democracia participativa, mais consentânea aos instrumentos de controle social. No Direito brasileiro, novos atores, como as agências reguladoras, têm expressado essas dificuldades de superação da implantação de políticas públicas, esbarrando em questionamentos vários, mas preponderantemente relacionados ao exercício do poder por não eleitos e à violação do princípio da separação de poderes, eis que às agências, ao menos em tese, são atribuídos tanto poderes administrativos, como normativos e jurisdicionais. Ou seja, algumas entidades especializadas parecem necessitar do exercício conjunto de todas as funções para que sua atuação de forma especializada, técnica e sofisticada seja efetiva.

A proposição das políticas públicas pode ser vista na atualidade, porém, de uma forma diversa à daquela prevalecente até o final do século XX. Àquela época, o conteúdo político permeava as soluções voltadas à consecução de interesses econômicos e sociais, envolvendo disputas entre classes sociais ou entre o capital e os trabalhadores, o que justificava a elaboração das políticas públicas unicamente por representantes eleitos que representassem e refletissem aqueles interesses. É o que ressalta Vibert, salientando que, “em contraste, as disputas por alocação de recursos nas democracias contemporâneas dá-se na base de reivindicações de direitos”<sup>37</sup>. Ou seja, o indiferente legal concernente à discricionariedade administrativa, que poderia buscar sustentáculo em convicções político-partidárias ou até pessoais dos governantes no momento da formulação das políticas públicas e de sua implementação, não mais encontra o espaço relevante de outrora na Constituição brasileira em vigor, que erige, dentre outros, o direito à saúde, à educação e aos serviços públicos à condição de direitos fundamentais. As

---

<sup>37</sup> VIBERT, Frank. *The Rise of the unelected: democracy and the new separation of powers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 103.

ainda denominadas políticas públicas não ostentam mais em profusão o conteúdo político que justificava essa sua denominação, trazem, sim, uma carga de direitos dos membros da sociedade e de deveres do Estado, que podem exigir o seu provimento em face de omissão ou incompletude dessa política pública.

De forma iniludível, a obtenção de direitos que deveriam derivar de políticas formuladas e implementadas pelo Executivo pela via judicial, sem que se possa obstá-los pelo velho arrazoado dos motivos de conveniência e oportunidade do Poder Público, que compunham o núcleo discricionário de seus atos, demonstra, por si só, que um corpo de não eleitos já está a dar concretude a essas políticas públicas sempre que delas dependam o exercício de direitos fundamentais.

Tudo indica que há uma mudança de perspectiva. As políticas públicas demandadas pelos cidadãos não necessitam mais de um político que as implemente segundo concepções políticas forjadas em interesses partidários relativamente ao econômico e ao social, que conduziram à sua eleição. Tanto acabava por premiar uma formatação majoritária do Estado. Por essa nova perspectiva, os cidadãos exigem a implementação de direitos e não mais de “interesses” destituídos de força coercitiva para o Estado, o que está a dispensar corpos políticos para a sua elaboração e concretização, que poderiam e podem ser levadas a efeito por corpos neutrais não eleitos, compostos por pessoas de elevado conhecimento na área e sujeitas a permanente controle social.

Ao verificar-se que os órgãos não eleitos estão sendo criados em diversos países, vislumbra-se o surgimento de uma democracia e de um novo sistema de separação de poderes, suscitando-se, neste ponto, uma questão referente ao fato de esses órgãos serem ou não um risco à democracia. Ao que tudo indica, esses organismos vieram fortalecê-la e colaborar para a concretização dos direitos e garantias fundamentais estatuídos em sede constitucional. A sua ausência no Direito brasileiro talvez seja um dos motivos do fenômeno da judicialização e do enfrentamento de inúmeras questões políticas no âmbito do Poder Judiciário, que, em síntese, acaba por exercer funções que, em princípio, caberiam ao Legislativo e ao Executivo. São indagações e constatações que merecem pesquisa para fins de configuração

desse novo modelo de Estado e de uma nova concepção de democracia, tão criticada por seu uso indiscriminado a significar qualquer coisa, que, na atualidade, não passaria de “um vago endosso de uma ideia popular”<sup>38</sup>.

A partir do estudo do poder e da democracia, essas questões devem ser deslindadas, dentro de um conteúdo teórico, porém, à vista de um pragmatismo e total atenção aos princípios do Estado democrático de direito. A perspectiva é contribuir-se para uma melhor compreensão e confecção de um novo sistema administrativo brasileiro, que compõe o exercício das funções do Poder Executivo perante uma sociedade informacional em constante mutação e evolução. Conquanto a estrutura do Estado e a distribuição de poderes segue um modelo histórico, “o sistema operacional da economia mundial está sendo reescrito enquanto falamos”.<sup>39</sup> O Estado, como ator global, precisa adaptar-se a esse novo mundo, a essa nova ordem econômica mundial, onde uma cidade chinesa pode vir a ter uma economia superior a de um país do primeiro mundo como a Suécia. Se o titular do Poder de Estados mais fragilizados economicamente, como o Brasil, não se preocupar com os aspectos macroeconômicos e com a posição e imagem do país no cenário mundial, bem como para com a sua economia interna, certamente, cada um dos membros da sociedade será afetado, no mínimo, com a queda na prestação de serviços básicos por esse Estado. As funções do Poder Executivo estão multiplicando-se no âmbito externo e no terreno da Economia. Internamente, os cidadãos passaram a poder exigir políticas públicas que dignifiquem seus direitos constitucionalmente assegurados. A realidade está, pois, a exigir uma nova modelagem capaz de atender a esse mundo novo e complexo. Ou seja, são inúmeras as razões que conduzem à necessidade de uma ruptura com o modelo existente.

---

<sup>38</sup> DAHL, Robert A. A democracia e seus críticos. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 3.

<sup>39</sup> DOBBS, R., MANYIKA J., et WOETZEL, J.. No ordinary disruption. New York:Public Affairs, 2015, p. 4.  
“The operating system of the world’s economy is being rewritten as we speak” – Trad. livre.

## **2. A APROPRIAÇÃO DA POLÍTICA E DO DIREITO PELO PODER**

### **2.1 O PODER DA VISIBILIDADE AO ANONIMATO**

Os Estados modernos começam a surgir a partir do século XII, oportunidade em que a monarquia bem estabelecia e identificava o titular do poder: o rei. Limitava-se o poder, então, a significar, tão somente, a possibilidade de submeter a vontade de outrem à do titular daquele. Sem exércitos profissionais, essa imposição de vontade era territorialmente pequena e as guerras dela decorrentes também. Todavia, o poder público cresceu desde então. Valeu-se essencialmente de duas chaves para esse crescimento: a obrigação militar (consciência) e o direito de impor a vontade de seu titular, que passou a ser representado pela união do rei para com o clero e os senhores da nobreza, que gera maior riqueza e a possibilidade de batalhas maiores serem travadas por exércitos profissionais, recebedores de soldos pelo cumprimento de suas missões. O poder ganha, nessa época, o elemento econômico e o elemento força como importantes reforços para sua imposição e aumento de seu alcance territorial.

Com tais aliados, o poder público expande-se com vigor até o século XVII, como também expandiram-se as guerras do período, como não poderia deixar de ser ante a lógica que permeou a sua origem: a imposição da vontade sobre o maior número de pessoas e sobre o mais amplo território, sob o julgo da ameaça e da violência. Como ponderado por Lutero, “Deus não deu aos governantes uma cauda de raposa, mas um sabre”. Esse poder público pós-

medieval, porém, ostenta uma característica, que é a da possibilidade de sua individualização e identificação, seja na pessoa do rei ou na de um clérigo. Sua visibilidade, a de seu titular, era incontestável e, inclusive, desejada.

Desse período, sublinhe-se a conscrição como um elemento de força do poder público monárquico para com seus súditos, onde recrutavam-se jovens para as fileiras dos exércitos, independentemente de suas convicções ou vontade, costume que permanece em nossa sociedade até os dias atuais sem ser questionado, demonstrando que vem de muito tempo essa submissão passiva dos membros da sociedade a um poder público central que lhe impões restrições de vontade de todas as espécies, sob o argumento vitorioso do princípio da supremacia do interesse público, que vigorou incólume até o século passado, inclusive nos tratados de Direito de Administrativo, que sempre consagraram-no para os mais diversos fins.

A partir do século XVIII, as revoluções francesa e americana modificaram o panorama desse poder público visível. Um novo elemento é-lhe acrescido: a democracia. Numa tentativa de evitar a tirania, as funções do poder são classificadas e divididas, sendo atribuídas a órgãos funcionais daquele. Todavia, a violência, seja pela imposição do poder seja pela disputa por esse poder, foi marca registrada dessas revoluções e dos anos que se seguiram. A conscrição militar tornou-se uma instituição mundial e a guerra e a violência continuaram a ser marcas indelévels da manutenção e da expansão do poder, contribuindo sobremaneira para a formação dos Estados contemporâneos, como anotou TAINÉ, ao estudar as origens da França, em trabalhos produzidos durante o último quarto do século XIX, em face da precitada conscrição, que deixara há muito de ser acidental e temporária para tornar-se uma exigência permanente e definitiva:

De guerra em guerra, a instituição agravou-se, preparando-se como um contágio de Estado a Estado; atualmente ela conquistou toda a Europa continental e reina como um companheiro natural que a precede ou a segue, com seu irmão gêmeo o sufrágio universal, cada um dos dois mais ou menos produzido em nosso tempo e puxando atrás de si o outro, mais ou menos incompleto ou disfarçado, ambos condutores ou reguladores cegos e formidáveis da história futura, um

pondo nas mãos de cada adulto uma cédula de voto, outro pondo nas costas de cada adulto uma mochila de soldado.<sup>40</sup>

Ao final, TAINE chama atenção – e literalmente as prediz – para as promessas de massacres e de bancarrota para o século XX que se aproximava. Se havia três milhões de homens em serviço militar no século XIX, a primeira grande guerra mundial sacrificou mais do que o quádruplo desse número logo na segunda década do século passado. As hipóteses de bancarrota e de suas conseqüentes perdas sociais também não demoraram a dar seus sinais logo após a primeira guerra e durante todo aquele século.

Sem poupar a revolução francesa, TAINE<sup>41</sup> critica a fórmula da “liberdade, igualdade e fraternidade” associada à criação do novo Estado francês, critica que se tratam de princípios tão vagos, que não se pode aceitá-los sem que se saiba o que, de fato, estaria ligado a eles. Quando, porém, relacionados e aplicados à organização social, o historiador não poupa críticas no sentido de que essa fórmula deu origem a um projeto curto e grosso de Estado pernicioso. A nocividade dessa espécie de Estado estava, pois, prevista no século XIX.

De observar-se que Taine associa o sufrágio como elemento de dissimulação desse novo Estado criado a partir da revolução francesa. Ou seja, a democracia teria sido um argumento conveniente para essa nova conformação do poder, que não mais se mostrava com a visibilidade de antes, mas que caminhava para uma multiplicidade de atores encobertos pelo anonimato. Contudo, os elementos de força e de violência continuavam presentes, assim como, e por que não, a tirania. JOUVENEL<sup>42</sup> traz autores do início do século XX, que já vislumbravam essa permanência tirânica no meio do Estado. Para os socialistas, o Estado era e é visto como um instrumento de opressão de uma classe por uma outra classe, ainda que se tenha uma

<sup>40</sup> TAINE, H. Les origenes de la France contemporaine. Ed. In-16, t. X, p. 120-123, *apud* JOUVENEL, Bertrand de. O poder (história natural de seu crescimento). São Paulo: Ed. Peixoto Neto, 1998, p. 30.

<sup>41</sup> TAINE, H. Op. Cit., [http://classiques.ugac.ca/classiques/taine\\_hippolyte/origine\\_France/origine\\_France.html](http://classiques.ugac.ca/classiques/taine_hippolyte/origine_France/origine_France.html). Consulta em 30 de novembro de 2015. “*Rien de plus beau que les formules Liberté, Égalité ou, comme le dit Michelet, en un seul mot, Justice. Le cœur de tout homme qui n’est pas un sot ou un drôle est pour elles. Mais en elles-mêmes elles sont si vagues, qu’on ne peut les accepter sans savoir au préalable le sens qu’on y attache. Or, appliquées à l’organisation sociale, ces formules, en 1789, signifiaient une conception courte, grossière et pernicieuse de l’État.*”

<sup>42</sup> JOUVENEL B., Op. Cit., pp. 31-34.

república e uma democracia, valendo-se de seu aparato burocrático e militar para tal fim. Citados por Jouvenel, Paul Violet, em 1912, afirma que “o Estado moderno não é senão o rei dos últimos séculos que continua triunfalmente seu labor encarniçado”, enquanto Benjamin Constant considera que os membros de um partido não têm o real interesse em limitar a supremacia estatal calcada na soberania, pois, no fundo, querem preservá-la como uma propriedade sua; o que coincide com a crítica de Proudhon, que denunciava o desvio da democracia, como sendo uma simples competição pelo “*Imperium*”.

As observações de Jouvenel não devem ser postas de lado, até por que a história chancelou, em fatos, diversas dessas ideias e observações por ele colacionadas. Daí, talvez, o exagero (ou não) da metáfora de que se vale aquele cientista político no sentido de ter o poder como o “Minotauro mascarado”, que a todos ilude por intermédio de uma abstração que representaria a vontade geral na medida de um ser coletivo, a nação, onde os governantes, escolhidos pelo próprio povo, seriam meros órgãos, conquanto, em realidade, quereriam difundir essa ideia na mente de todos no escopo de tornar aceitável uma nova espécie de tirania pelo exercício desse poder público juridicamente renovado.

Esse cientista político prossegue tal análise, realizando, porém, uma observação do quanto pernicioso um Estado assim modelado pode ser na medida em que o monopólio do poder, a despeito da presença de um regime autoafirmado como democrático, começa pela moldagem do povo a partir de sua infância por intermédio do ensino, isto é, da educação. A acusação é grave e pode ser procedente, merecendo uma análise maior mais acurada de áreas próprias e mais próximas a essa realidade. Todavia, como há o risco potencial de se perpetuar o poder nas mãos de um ou alguns partidos por meio da educação precoce e direcionada, surge, neste ponto, o primeiro indício de que o poder público, sempre comprometido com fins partidários, eleitorais e ideologias de quaisquer espécies, é, no mínimo, suspeito para fixar regras e regular o ensino de um Estado. De se pensar, pois, que as políticas públicas desse âmbito devem ser questionadas não só quanto a seu conteúdo, mas também quanto à sua origem. Portanto, deveria um governante eleito pelo voto, mas compromissado com causas partidárias e com a manutenção do poder, formular políticas públicas na área de educação ou deveria tanto ser submetido



a dirigentes educacionais tecnicamente habilitados e que tenham alçado graus mais elevados em sua carreira educacional com base num sistema meritocrático?

Essa preocupação deve ser estendida, também, aos serviços de saúde, que, de igual forma, dão suporte ao poder. Bem atendidas, classes dominantes e formadoras de opinião multiplicam a doutrina do poder por outras classes dominadas, que, sem perceber ou ter ferramentas, físicas e culturais, contra essas disparidades sociais, acabam por acatar passivamente as suas soluções, ainda que em detrimento de seus próprios interesses e bem-estar. O exemplo desse risco reside no Brasil mesmo, onde educação e saúde são, hoje, direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa, sendo, todavia, exercidos e usufruídos de forma bem diversa e díspare em qualidade pelos membros de cada uma das classes sociais.

Em se retornando a Jouvenel, vê-se que o Estado divulga suas políticas com o emblema do “Bem Comum”, cuja consecução demanda e permite ao Estado exigir a “obediência civil”. Tudo estaria a distinguir os Estados republicanos e democráticos das antigas Monarquias despóticas e tirânicas, entretanto, bem observa esse autor que nenhuma dessas últimas contou com um aparato policial tão qualificado, aparelhado e numeroso em homens, como os atuais Estados democráticos de Direito, para sustentar o escopo do “Bem Comum”.

Na atualidade, os instrumentos de coerção atingiram seu ponto máximo, a par de se exigir dos cidadãos apenas o que eles desejam realmente e de se estabelecer como direitos por todos exigíveis do Estado bens, como educação e saúde, além de se dispor de um Judiciário bem equipado e estruturado, Poder ao qual foi dada, em sede constitucional, a última palavra. A paz social deveria ser reinante, mas não é. Ao contrário, manifestações em busca desses direitos fundamentais são constantes, como constantes também são as utilizações desse aparato de coerção contra o próprio cidadão. Pode se ter tal constatação fática como um paradoxo ou, de forma simplória, considerar-se o ser humano como um eterno insatisfeito. Algo está a romper o caminho entre o que está garantido em sede constitucional e a operacionalização das políticas públicas em saúde, educação e serviços públicos efetivamente desejadas pelos membros da sociedade. Ainda assim, o poder veste a capa da

legitimidade obtida pela via do sufrágio e consegue manter-se na direção do Estado, concedendo o que é devido ou de forma insatisfatória ou, por vezes, somente após a atuação determinante do Judiciário.

Esse poder público atual vale-se de um certo anonimato, pois é exercido de forma difusa pela forma como estruturou-se o Estado, em especial o Poder Executivo, em bases weberianas. Grave é o fato de o poder haver apropriando-se tanto do Direito como da democracia para a consecução de suas conveniências de permanência, que, muitas estimulam desvios gravíssimos como os da corrupção para o financiamento de campanhas eleitorais e enriquecimento pessoal, como se tem constatado diariamente nas sucessivas operações policiais que vem sendo articuladas a partir da denominada Operação Lava-Jato. Não se pretende, aqui, terem-se esses desvios como regra, mas, essa prática da vida pública cotidiana no exercício do poder deve ser pensada no sentido de que, um novo sistema que venha a ser aqui proposto, possa reduzir essas artimanhas do poder mal direcionado.

## 2.2 RAZÃO PARA PENSAR UM SISTEMA POLICÊNTRICO CAPAZ DE LIMITAR O PODER

Como visto, é inerente àqueles que titularizam o poder buscar manter-se na sua posição, valendo-se dos meios que considera mais convenientes. Cabe ao Direito impor os limites ao exercício desse poder, mas não se pode deixar de ter em conta que as normas jurídicas são criadas pelos próprios titulares do poder. As diversas Magistraturas romanas, ressalvadas as épocas em que havia alguma espécie de Imperador ditador, conservavam uma independência tal em relação ao poder, que, em Roma, não havia uma concentração absoluta de poder. O conflito entre os Magistrados romanos, um opondo-se à ordem do outro pela via do impedimento, funcionava como limite e restrição ao mau uso do poder. O cônsul podia impedir o pretor, enquanto o tribuno poderia impedir o cônsul, e, até mesmo autoridades do mesmo nível podiam criar impedimentos de umas às outras, prevalecendo a vontade negativa sobre a positiva. Atualmente, não há um sistema de limitação do poder constitucional

comparável com o dos Romanos, que mais se preocupavam em conter o poder do que prestigiar a hierarquia das e entre as autoridades, tal como se afigura como razoável à nossa sociedade mais acostumada à obediência civil do que à luta por seus direitos.

Um sistema que contempla um aparelho centralizado, composto por diversas autoridades públicas que se comportam como suas dependentes – e de fato o são, se forem tidos como parâmetros os atuais Poder Executivo e Poder Legislativo – não irá permitir o surgimento de normas que venham a limitar o seu poder. Isto é, é impossível ao poder limitar o poder, o que conduz à conclusão de que a mudança tem de ser exigida a partir da sociedade, que, para tanto, teria de contar com um senso crítico bastante acurado para compreender que o voto, perante o atual sistema político, consubstancia-se mais como o exercício de uma função do que o exercício de um direito, como acreditam ser. O voto acaba por resumir-se a ser um instrumento em função da legitimidade necessária ao poder.

O sistema de limitação atual entre os poderes tem por base a teoria denominada por separação dos poderes, ou independência e harmonia entre os Poderes, como escrito no art. 2º da Constituição da República. Os arbítrios do poder derivados de sua ação ou de sua omissão, em tese, podem e devem ser anulados por meio de decisões judiciais, que restaure a ordem e o direito. Entretanto, não deveria ser necessário instar-se o Judiciário a realizar ou adequar funções administrativas que não lhe competem na origem. Tocqueville<sup>43</sup> criticava esse “desejo imoderado às funções públicas”, eis que dava à política as proporções de uma indústria improdutiva que agita o país sem fecundá-lo. Esperava ele que a aposição de limites extensos ao poder social adviessem, de forma visível e imóvel, do legislador, assim a conceder:

“aos particulares certos direitos e garantir-lhes o gozo incontestado deles; conservar para o indivíduo o pouco de independência, de força, de originalidade que lhe restam; reerguê-lo ao lado da sociedade e sustentá-lo em face dela”.

Ou seja, caberia ao poder conter o poder, o que acima se criticou e se teve, em síntese, por singela utopia. A separação e a independência dos

---

<sup>43</sup> TOCQUEVILLE, A. A democracia na América: leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 402.

poderes, de toda a sorte, não basta para essa limitação do poder, que, como visto, continua a valer-se de violência ou de dissimulação para perpetuar-se, ainda que em regimes democráticos.

Descentralização ou atomização e independência entre os órgãos do poder parece ser a receita, inclusive como preceituado por antigos tratadistas da Ciência Política, para a limitação do poder. Crítico feroz da centralização administrativa, JOUVENEL remete-se à Royer Collard, classificando como inesquecível a página que esse escreveu sobre a centralização da sociedade nas mãos do poder, que tornou a centralização uma espécie de necessidade incontestável pela sociedade. Em transcrevendo parte daquela página, quis explicitar que a independência e a pluralidade de magistrados são fundamentais ao exercício de direitos e liberdades, que, de outra forma, ficam presos aos grilhões do poder, inexistindo uma sociedade livre, mas sim um povo de administrados submetidos a funcionários, que nada mais são do que seus ministros a praticar atos delegados do poder.<sup>44</sup>

Cabe ao corpo jurídico, o Poder Judiciário, a função de disciplina social. Nada devendo ao poder ou aos meios dos quais se valeu para o exercício das funções que lhe são próprias, opor-se ao poder e a ele impor-se, não só o limitando, mas regendo-o por vezes. Sublinhe-se que se trata de um corpo meritocrático de não eleitos que detém essa função nobre de equilibrar a dualidade imanente ao poder. De fato, pela natureza do homem, e por determinação jurídica, há para os titulares do poder tanto um impulso egoísta e de prepotência, como o dever de servir à sociedade. Ideal seria o governo que eliminasse a índole prepotente e egoísta para dedicar-se, exclusivamente, ao exercício de seus deveres sociais. Atualmente, ante a centralização do Poder Executivo, só o Poder Judiciário pode equilibrar essa balança, eis que há carência de instrumentos administrativos independentes para tal fim.

---

<sup>44</sup> ROYER-COLLARD, M.. La vie politique. pp. 130-131 apud JOUVENEL, B., Op. Cit., pp. 362-363. *“Da sociedade pulverizada saiu a centralização; sua origem não deve ser buscada noutra parte. A centralização não chegou, como tantas outras doutrinas não menos perniciosas, de cabeça erguida, com a autoridade de um princípio; ela penetrou modestamente, como uma consequência, uma necessidade. De fato, onde há apenas indivíduos, todas as questões que não são as deles são questões pública, assuntos do Estado. Onde não há magistrados independentes, há somente delegados do poder. É assim que nos tornamos um povo de administrados, sob a mão de funcionários irresponsáveis centralizados eles próprios no poder do qual são os ministros.”*

## 2.3 EM BUSCA DO PODER COMPROMISSADO

### 2.3.1 Compromissos com o mercado

Ao contrário de buscar uma limitação ao poder, busca-se nesse trabalho torná-lo comprometido com os desejos da sociedade. Não se trata de uma Administração Pública de resultados, que, por vezes, pode levar ao prestígio de objetivos econômicos e financeiros do Estado em detrimento de relevantes aspectos sociais.

Na doutrina, é bem conhecido o fenômeno da captura, em especial no que concerne às agências reguladoras. Porém, a captura de agentes ou órgãos do governo por empresas é plenamente possível. As empresas dispõem até de um nome para essa atividade de cooptação ou de persuasão dos membros do Poder Público para decidirem as políticas públicas de conformidade com as pretensões empresariais. Haveria, assim, uma espécie de desvio do compromisso e, portanto, um poder comprometido e não um poder comprometido para com os interesses da sociedade. As próprias empresas admitem desenvolver essa atividade perante o Poder Público e nomeiam-na como “*gaming the system*”, (fazer o adversário jogar o seu jogo). Desde valer-se de influências pessoais até a contratação de lobistas e de advogados ou a criação e participação em foros de debate nacionais e internacionais são utilizados pelo meio empresarial para dar ao sistema a forma que desejam. Além de chamar atenção para essa espécie de atuação das empresas, na maioria das vezes lícita, ROTHKOPF<sup>45</sup> traz exemplos, tal como a época da explosão neoliberal liderada por Reagan nos EUA e Thatcher no Reino Unido, que, com o auxílio da globalização difundiram as ideias de Alan Greenspan e as ideias do capitalismo americano, de molde a que vários governos de países no mundo todo cedessem em matéria de sua soberania; desistissem de controlar as suas fronteiras em matéria comercial; desfizessem regulações, o

---

<sup>45</sup> ROTHKOPF, DAVID. Power, Inc. The epic rivalry between big business and government – and the reckoning that lies ahead. New York: Farrar, Straus and Giroux – FSG, 2012, pp. 226-228.

que estariam fazendo em benefício de seu próprio povo, que passaria a estar inserido na “aldeia global”. Em verdade, o benefício seria aferido pelas grandes corporações, que estavam por trás dessa divulgação, que doutrinou o mundo e a Administração Pública brasileira durante boa época, especialmente na década de 90.

Essa época deu ensejo ao chamado Consenso de Washington, cujas propostas liberais acabaram por dar origem ao que os economistas costumaram chamar por “financeirização” da economia, com alta especulação de commodities relacionadas a alimentos, além da proliferação dos derivativos, que sufocaram todas as formas de suporte monetário, obrigando governos a emitir dinheiro. Esse novo liberalismo acabou, assim, por enfraquecer o poder dos Estados, que ficaram incapacitados de atender a serviços públicos básicos que prestavam a seus cidadãos, o que facilitou, ao final do século, que o poder fosse transferido do Estado para as grandes corporações privadas, como também a esses atores privados foram repassados parte daqueles serviços ante a então e oportunista verificação de inaptidão do Estado para prestá-los.<sup>46</sup> Trata-se de uma época de exceção, onde o mercado atuou fortemente para subtrair o poder do Estado para si e obter os resultados por ele desejados, no que foi exitoso, com reflexos sentidos, inclusive no Brasil.

Não se pretende, aqui, tecer considerações acerca dessa influência das empresas sobre o governo. Que os comentaristas políticos e as notícias da mídia especializada deem conta do tema, como têm apresentado, diariamente, o envolvimento entre políticos e grandes empresas. Esse poder comprometido, porém, não pode servir para que se criem barreiras entre as empresas e o Estado. Trata-se de uma relação antiga e que já se mostrou profícua para toda a sociedade em vários momentos da história. Como tais momentos são quase sempre esquecidos ou pouco divulgados por falta de sensacionalismo bastante à denominada sociedade do espetáculo, faz-se, em sequência, a menção a alguns desses exemplos históricos, que demonstram que essa relação é necessária e que deve ocorrer em benefício do Estado e da sociedade.

A primeira delas diz respeito à primeira empresa a surgir no planeta e faz referência à descoberta do cobre na Suécia. Contam os locais que uma

---

<sup>46</sup> ROTHKPPF, DAVID. Op. Cit., p. 16.

única cabra retornara a seu cativo com os chifres pintados de vermelho. Seu dono buscou descobrir o motivo da mudança de cor, acompanhando os movimentos de sua cabra que o levou à descoberta de uma mina nas encostas ao redor da cidade de Falun. O local passou a ser conhecido, desde então como Stora Kopparberg, que veio a dar nome à empresa, que passou a explorar a mina a partir do século XIII, datando o primeiro documento a comprovar a existência dessa empresa de 16 de junho de 1288, Tal documento consistia numa escritura de permuta em que Peter, o Bispo de Vasteras, adquiria, em retorno de uma venda anterior em favor de seu sobrinho Niccolai, um oitavo dos interesses da montanha de cobre. Trata-se de uma espécie de compra e venda de ações, a primeira da história, de uma empresa que, no século XVII, chegou a produzir e fornecer 70% de todo o cobre do continente europeu. Observe-se a importância dessa empresa para o Reino da Suécia. A precitada escritura interessa à compreensão do negócio para o Estado sueco, pois foi adornada com selos de cera que atestavam a oficialidade do negócio realizado, sendo posteriormente chancelada por Lord Magnus, então Rei da Suécia. Vários fatos são descritos para demonstrar o interesse do Estado sueco nessa empresa, que ainda existe, no sentido de obter mais dinheiro para o Estado financiar suas atividades, como guerras durante o século XIV, por exemplo. Em contrapartida, diversos privilégios pouco usuais foram outorgados à empresa, sem que nenhuma outra pessoa viesse a ostentá-los. Tanto demonstra o enorme relevo dessa empresa para a economia sueca. No final do século XVII, quando o negócio do cobre sofreu uma redução de demanda, o Rei sueco decretou que todos os telhados do Reino deveriam ser pintados de vermelho, o que favoreceu a empresa, uma vez que a tinta dessa cor produzida valia-se de derivados do cobre. O Estado salvou a empresa e preservou um patrimônio da nação.

O Estado não só deve se relacionar com o mercado, como pode, inclusive, ser o criador de um determinado mercado. O financiamento orientado à inovação é uma forma de fomento por intermédio da qual os Estados podem produzir novos mercados. Isso não se trata de favorecimento ou de corrupção. Desvios não há nessa hipótese, nem se pode ter uma visão anacrônica do Estado, ou seja, considerar-se que a atividade empresarial é a única força inovadora e dinâmica; e que o Estado é uma estrutura fixa, pesada,

responsável unicamente a fornecer o básico, agindo de forma paralisante. MAZZUCATO<sup>47</sup> assinala o que poucos sabem sobre esse fomento estatal ao empreendedorismo e traz exemplos que vão da implementação das ferrovias até o advento da internet. Esta última, a internet, deriva de investimentos escolhidos pela Defense Advanced Research Projects Agency – DARPA, que financiou projetos inovadores para a criação da rede mundial. A nano tecnologia recebe fortes investimentos do poder público por intermédio do programa National Nanotech Initiative, assim como Steve Jobs precisou de financiamento público tanto para criar como para desenvolver os produtos de sua mundialmente conhecida empresa Apple.<sup>48</sup>

Tratam-se de exemplos concretos de atuação do poder público de forma compromissada para com o desenvolvimento econômico sustentável do Estado, atividade cujo retorno devolve ao Estado recursos maiores para a consecução de outros compromissos seus no campo do desenvolvimento social e no fornecimento a seus cidadãos dos serviços que lhe compete assegurar. Releva notar que, no caso do fomento à inovação ocorrido nos Estados Unidos, foram agências e programas descentralizados que lograram obter os resultados compromissados de desenvolvimento e criação de novos mercados, enquanto o malfadado projeto liberal do Consenso de Washington teve berço no poder centralizado.

Independência e descentralização, com tons de meritocracia, voltam a apresentar-se como soluções melhores à Administração Pública.

### 2.3.2 Compromisso com os cidadãos

Enquanto a relação do poder com o mercado e as grandes empresas que o compõem é natural e necessária por relevantes razões econômicas, que facilitam e induzem a interlocução entre os integrantes do governo e os representantes dessas empresas, a relação desses membros do governo com

---

<sup>47</sup> MAZZUCATO, Mariana. O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público versus setor privado. São Paulo: Ed. Schwarcz, 2014, p. 26.

<sup>48</sup> MAZZUCATO, Mariana. Op. Cit., pp. 126-157.



os cidadãos parece iniciar e esgotar-se no momento do processo eleitoral, a despeito da proliferação de normas de controle social. No Brasil, a situação não é diversa, foi criado, em 2003 (Lei nº 10.683, de 28.05.03 e Decreto nº 4.744, de 16.06.03), o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, cujos expoentes, na mídia e de fato, ou são figuras públicas do meio artístico ou grandes empresários. Tanto não significa, em princípio, que esses cidadãos tenham um tratamento diverso e mais benéfico do que os demais, porém, num país onde o Estado tem responsabilidades sociais estatuídas na própria Constituição da República, seu custeio há de advir de fontes econômicas suficientemente fortes para atendê-las.

Por uma razão de lógica, o desenvolvimento econômico precede ao social, pois o primeiro gera as riquezas para o atendimento daquele último. Essa forma de atuar do governo não é idênea a críticas. Bourdieu<sup>49</sup> situa as tensões inerentes aos Estados, de um lado incumbidos da gerência econômica e, de outro, incumbidos da administração e fornecimento de serviços sociais, configurando essas a mão esquerda do Estado, ou os trabalhadores da área social dos ministérios gastadores (saúde, educação, assistência social), enquanto os burocratas dos ministérios das finanças, dos bancos públicos ou privados e dos gabinetes ministeriais conformariam a mão direita, sempre mais privilegiada e atendida em primeira instância, sem se preocupar com o que se sucede com a mão esquerda.

De fato, os direitos sociais sempre foram relegados a um segundo plano e a tentativa dos cidadãos em obtê-los, invariavelmente, encontrava obstáculos intransponíveis fossem políticos fossem jurídicos, sempre sob o argumento de as suas normas serem programáticas ou de eficácia contida.

A Constituição de 1988 trouxe um novo modo de operar ao Direito Constitucional. Suas normas passaram a ter uma aplicabilidade diferenciada como pondera BARROSO: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”<sup>50</sup>. Prossegue, trazendo

---

<sup>49</sup> BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

<sup>50</sup> BARROSO, L. Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Quaestio Juris – UERJ*. <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/3916/2845>.

algumas das consequências desse pós-positivismo adotado pela Constituição da República, que irão nortear, sobretudo, a atuação do Poder Judiciário em relação a omissões legislativas e à execução de políticas públicas:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema.

Essas considerações demonstram que o Poder Público, no Brasil, deveria estar vinculado ao pronto e integral atendimento desses direitos estatuídos em sede constitucional como fundamentais. O poder seria comprometido à consecução de certos fins sociais. Traduzidos sob a forma de regras ou princípios, os direitos sociais ganham contornos próprios no mundo jurídico, independentemente das convicções político-partidárias daquele porventura na titularidade do poder. Todavia, ainda há uma percepção por parte dos políticos de que as normas constitucionais conformam as instituições de uma forma ótima ou ideal, ao invés de conceber, efetivamente, a sua visão pragmática e realista, portanto possível de ser concretizada.

Nesse sentido, omissões ou incompletudes na atuação administrativa e legislativa do Poder Público foram e são comuns, o que passou a ser corrigido pelo Poder Judiciário em todas as suas instâncias. Isto é, as normas constitucionais passaram, em alguns momentos, a ter uma eficácia heterônoma, eis que sua observância foi imposta por um terceiro; quando deveriam ter sido observadas diretamente por aqueles Poderes Executivo e Legislativo, de forma autônoma, em especial pela proposição e execução de políticas públicas condizentes com as normas constitucionais.

No âmbito da saúde e da educação, a Constituição da República e a lei impõem a realização de gastos mínimos em políticas públicas referentes a esses serviços devidos pelo Estado ao cidadão, em todas as esferas de governo, *ex vi*, no que se refere a gastos mínimos em saúde, dos incisos II e III

do art. 198, da Constituição da República, da Lei complementar nº 141/2012; e, no que tange a gastos mínimos em educação, do art. 212 daquela Constituição e da Lei nº 13.005/2014.

Saúde e educação são, inequivocamente, direitos fundamentais de todo e qualquer cidadão. Os demais serviços públicos, porém, não deixam de ter a mesma acepção.

Em trabalho intitulado por “Serviço Público: um instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais”, FINGER percebeu a posição de relevo desses direitos fundamentais na Constituição e cuidou do tema com extrema proficiência, conferindo ao serviço público uma acepção constitucional que reforça a necessidade de seu conceito e de sua presença no Direito. Assevera a autora que sua pesquisa assentou-se na “premissa de que os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado”.<sup>51</sup>

BACELLAR FILHO, realça essa relação do serviço público para com os direitos fundamentais:

a fim de acentuar a instrumentabilidade do serviço público em relação aos direitos fundamentais, meio que, ao possibilitar o exercício de direitos fundamentais, encontra seu fim na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana.<sup>52</sup>

A noção de serviço público há de ser perquirida em consideração para com a relação real e jurídica que o Estado deve manter com os membros da sociedade. É nesta relação que residem mudanças significativas no âmbito do direito público e que demandam estudo. Afinal, o inciso IV do art. 175, da Constituição da República de 1988, mais do que disciplinar a prestação dos serviços públicos, fortalece a sua noção como direito fundamental dos cidadãos e o sujeita a uma gama de princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>51</sup> FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais. *In* RDA 232, FGV, 2003, p. 60.

<sup>52</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões sobre direito administrativo. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 48.

Assim sendo, a partir da teoria dos direitos fundamentais, o serviço público pode ser conceituado como um método de realização, em concreto, da dimensão prestacional dos direitos fundamentais.

De esperar-se, pois, que ações judiciais envolvendo esses temas escasseassem, contudo, não são poucas as ações que visam obter direitos nas áreas de educação e saúde.

A procura pelo Judiciário e o alto índice de procedência dessas demandas permitem constatar que o político brasileiro, titular do Poder Público, continua a agir como qualquer político antecessor, cuja prática evasiva foi bem delineada por Marcelo Neves, na medida em que veem na Constituição valores político-simbólicos ao invés de acreditar na sua eficácia normativo-jurídica<sup>53</sup>.

Não raro, ao menos no Brasil, tanto normas constitucionais como leis infraconstitucionais, o legislador trazia ao ordenamento jurídico normas que estabeleciam programas e um ideal, que, em verdade, não queria conceder ou pretendia adiar a sua fruição. A utilidade dessas normas era fisiológica e não social. Seu fim era o de retirar do Poder Público, político por natureza, da pressão que sofria para dar solução a alguma espécie de questionamento social. Nessas hipóteses, a legislação era e é usada como uma espécie de promessa, cujo maior e único percurso dava-se entre o discurso político e o papel de algum diário oficial. De concreto e prático, porém nada advinha.

A essa prática, NEVES denominou por “legislação-álibi”, conceituando-a como:

um mecanismo com amplos efeitos político-ideológicos. [...] descarrega o sistema político de pressões sociais concretas, constitui respaldo eleitoral para os respectivos políticos-legisladores, ou serve à exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras da confiança pública.<sup>54</sup>

À evidência, uma Constituição que visa à concretude de suas regras e princípios, essa espécie de prática tem de ser, mais do que coibida, extirpada. Seu objetivo não se coaduna com os do ordenamento jurídico, que devem e têm de prevalecer em face de uma conduta dissimulada do poder, que simula estar compromissado com o fim social, mas que busca saídas de estilo para

---

<sup>53</sup> NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: 2013, p. 2.

<sup>54</sup> NEVES, Marcelo. Op. Cit.. p 54.

seu indizíveis fins políticos. O simulacro perpetrado pelo titular do Poder Público nesses casos tem compromisso dilatatório e não de implementação do que deve à sociedade. Seu objetivo, em forte crítica de NEVES, é o de:

Adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes. A “conciliação” implica a manutenção do *status quo* e, perante o público-espectador, uma “representação” / “encenação” coerente dos grupos políticos divergentes.<sup>55</sup>

A legislação não se pode prestar a ser um instrumento de retórica política e, tanto, continua a ser tentado pelos titulares do poder, que, por razões político-eleitorais não enfrentam parte do eleitorado, por exemplo, para legislar sobre questões sensíveis como o aborto de feto anencéfalo; união homoafetiva ou pluriafetiva; e comercialização de remédios que contenham componentes considerados como drogas tóxicas.

A crítica à legislação pode ser importada para o âmbito administrativo do Poder Executivo, que, não em raras oportunidades, deixa de dar concretude a direitos, valendo-se de justificativas orçamentárias ou administrativas, seja por omissão seja por equivocada ou conveniente interpretação da norma, tal como se sucede ao deixar de construir presídios, oferecer leitos bastantes em hospitais ou vagas em unidades educacionais, e ao não disponibilizar remédios necessários à saúde dos que necessitam. Os álibis podem ser administrativos, mas não podem ser erigidos à condição de obstáculos à operatividade do Direito.

O exercício do poder tem de ser compromissado para com os fins do sistema jurídico em relação aos direitos sociais dos cidadãos. Caso contrário, resta a opção de esses valerem-se do Judiciário para o fim de obter a sua pretensão jurídica de forma consistente e adequada. O que se questiona é se a estrutura da Administração Pública brasileira, centralizada e centralizadora, está apta a cumprir os desideratos sociais, fornecendo os serviços públicos que lhe competem de forma autônoma, sem ser compelida por outro Poder. Para tanto, a sua natureza político-partidária haveria de ser abstraída no momento imediatamente posterior ao da eleição de seus membros, o que, convenha-se, não passa de uma utopia. Ao contrário, persistem os detentores do poder

---

<sup>55</sup> NEVES, Marcelo. *Idem ibidem*.

público a valer-se dos direitos sociais constitucionais como retórica simbólica de seus discursos e projetos sempre adiáveis, comprometendo – portanto, poder comprometido – todos os direitos fundamentais, a separação dos poderes, a eleição democrática e a igualdade perante a lei, como assinala NEVES<sup>56</sup> em sua análise, que os afirma “institutos previstos abrangentemente na linguagem constitucional”, que, durante o seu processo concretizador, acabam por ser deturpados, “à medida que se submetem a uma filtragem por critérios particularistas de natureza política, econômica etc”. Tal proposto, considerando que a implementação das normas constitucionais consagradas dos direitos sociais só será cumprida após uma mudança estrutural da Administração Pública, cujos membros, titulares do Poder Público, deverão exercê-lo compromissados com critérios essencialmente técnicos, sem o que os cidadãos viverão sempre a comemorar expectativas efêmeras e a sofrer frustrações eternas.

“A nação não é regida sucessivamente por homens cujo ego não se identifica com ela, mas com partidos”<sup>57</sup>. Se os direitos sociais são direitos, as políticas públicas que visem a instituí-los estão jungidas não ao entendimento político do Executivo e do Legislativo eleitos, mas sim aos institutos jurídicos.

A realização dessas políticas públicas encerra deveres do Poder Público para o atendimento de misteres socioeconômicos e, como tal, independem de considerações políticas para a sua formulação e concretização, necessitando, isto sim, de competência técnica e verbas orçamentárias suficientes. O poder, na acepção da palavra, pode ser exercido de forma subjetiva; mas, quando se apresenta com um conteúdo de dever, eis que compromissado está, opção não há, senão a de ser exercido de forma objetiva.

A fim de se corrigir essa distorção entre o político e o jurídico na atuação do Poder Público, tem de ser encontrada uma nova estrutura cujos titulares tenham funções restritas, porém sejam legítimos titulares desse poder por critérios técnicos que os tornem capazes de compatibilizar de forma harmoniosa seus interesses aos da sociedade. Esse o prisma que se pretende para a legitimidade, que é muito diverso daquele oriundo do voto e de uma eleição.

---

<sup>56</sup> NEVES, Marcelo. Op. Cit., p. 101.

<sup>57</sup> JOUVENEL, B. OP. CIT., P. 162.

### **3. O ESTADO COMO ATOR DE MERCADO: UM ESTADO PÓS-SOBERANO**

#### **3.1 O ESTADO EM CRISE**

A soberania estatal, estruturada sobre instituições de poder centralizadas e hierarquizadas, viu-se capturada a uma armadilha do mercado alavancado pela sanha global neoliberal propagada pelo Consenso de Washington, pelo fim das belicosas disputas ideológicas e pela ascensão das multinacionais. Fronteiras tornaram-se permeáveis, leis flexibilizadas, a autoridade fiscal do Estado reduzida, bem como lhe subtraíram a capacidade de prestar, a contento, educação, saúde, segurança e demais serviços públicos. A balança “público e privado” pendeu em favor deste. Nesse novo mundo, será que público e privado são ambientes distintos ou um só ecossistema?

Os Estados ainda se utilizam dos elementos que caracterizavam a sua soberania, mas suas funções e serviços foram transformados em produtos típicos de mercado: fronteiras são negociadas mediante a criação de blocos econômicos; a emissão de moeda atende a critérios internacionais e seu valor sujeito a um câmbio de mercado; leis trabalhistas, fiscais e previdenciárias são comparadas com as de outros Estados e negociadas em conjunto como um “custo país” para fins de competitividade no mercado internacional; saúde, educação e previdência são complementadas pela iniciativa privada; serviços

públicos são delegados a particulares; empresas estatais privatizadas; e, alguns Estados são geridos como empresas, tais como Singapura e Israel, e são exemplos de sucesso.

Os índices demonstram uma dissociação entre os eixos econômico e social. Em 2012, o Brasil figurava em sétimo lugar dentre as maiores economias, mas se encontrava em octagésimo-quinto lugar em relação ao IDH. Tanto denota forte atuação do país como agente de mercado.

A motivação e os fins das políticas públicas não mais se coadunam com alguma ideologia política. Sua análise é econômica. Este momento destina-se a verificar se há uma total alteração nas relações de poder entre Estado e empresas multinacionais e, sob outra perspectiva, verificar se os Estados agem como novos atores do mercado competitivo global, produzindo políticas públicas em função deste. Seria esse o novo papel do Estado?

O Estado em crise é expressão comum em artigos doutrinários nas Ciências Sociais. Como crise propriamente dita não há, mas sim transformações tanto estruturais como procedimentais, cabe a essas ciências analisar o que efetivamente está a ocorrer. A soberania, calcificada e estruturada sobre instituições de poder centralizadas e hierarquizadas tal como proposto por Weber séculos atrás, viu-se capturada e presa a uma armadilha inexpugnável do mercado alavancado pela sanha global neoliberal propagada, como dito, pelo Consenso de Washington de 1989, pelo fim das disputas ideológicas entre esquerda e direita e pela ascensão das empresas multinacionais. Tais fatores tornaram as fronteiras permeáveis, flexibilizaram as leis e reduziram tanto a possibilidade de o Estado instituir mecanismos fiscais conformes a seus interesses, bem como lhe subtraíram a capacidade de prestar a seus súditos, ao menos a contento, as básicas necessidades em educação, saúde, segurança e demais serviços públicos, os quais foram, em grande parte, delegados ao mercado. A balança entre o público e o privado, ao pender em favor deste último, levou muitos a considerar como reduzidos os poderes do Estado, a atestar o seu encolhimento e a buscar encontrar um novo papel para esse Estado combalido em sua soberania, de molde a trazer maior peso e relevo para o público diante do privado.

Perante esse novo mundo globalizado e de Estados pós-soberanos, será que público e privado são, realmente, ambientes distintos e



separados ou seria correto considerá-los como um único ambiente, um só ecossistema? Será que, ainda que de forma inconsciente ou não planejada, os atores políticos se integraram ao mercado, realizando políticas de governança, não ditadas por esse último, mas segundo seus princípios e valores como a forma única que vislumbram em preencher as funções estatais ínsitas ao contrato social?

Com a devida distância dos debates ideológicos, a prática dos Estados demonstra que os elementos que caracterizavam a sua soberania, suas funções e serviços se transformaram em produtos típicos de mercado, eis que (i) fronteiras são negociadas mediante a criação de blocos econômicos; (ii) a emissão de moeda é controlada por critérios internacionais e seu valor sujeito a um câmbio flutuante, de mercado; (iii) leis empresariais, trabalhistas, fiscais e previdenciárias são comparadas com as de outros Estados, negociadas e avaliadas em conjunto como um “custo do país” para fins de competitividade no mercado internacional, permitindo, inclusive, a sua medição por intermédio do índice editado pela Bloomberg; (iv) saúde, educação, segurança e previdência passam a ser complementados pela iniciativa privada, em maior ou menor grau de um país para outro; (v) os serviços públicos, como transportes, energia elétrica e telefonia são delegados aos particulares; e, (vi) empresas estatais foram vendidas, configurando uma menor intervenção estatal na economia. Ou seja, os Estados lançam no mercado as mercadorias anteriormente elencadas e estão a modificar a sua atuação, afastando-se da condição de autoridade para a de parceiro ou de competidor de mercado em relação a outros Estados, como uma empresa qualquer. Alguns Estados são geridos como empresas, abertamente. Normalmente, são de pequena extensão territorial e sujeitos a grandes dificuldades, tais como Singapura, Israel e os Emirados Árabes Unidos, que são exemplos de sucesso em matéria de gestão econômica.

Os índices ganham relevância na avaliação da atuação dos Estados e, no caso, por exemplo, do Brasil, demonstram uma dissociação entre os eixos econômico e social. Tanto é assim que, em 2012, o Brasil figurava em sétimo lugar dentre as maiores economias, mas se encontrava em octogésimo-quinto lugar em relação ao Índice de Desenvolvimento Humano – IDH. Tanto denota uma forte atuação do país como agente de mercado, especialmente se verificarmos o precitado ranking editado pela Bloomberg para classificar os

melhores países para se fazer negócios, no qual, recentemente, o Brasil galgou vinte e três posições de 2012 para 2013, subindo do sexagésimo-primeiro para o trigésimo-oitavo lugar. A dinamicidade do mercado, porém, é enorme, e, em 2015, o Brasil caiu para o quadragésimo-sétimo lugar, tendendo a cair mais ainda em 2016.

Neste momento, analisando tais resultados, temos de refletir acerca das políticas públicas, pois a sua motivação e seus objetivos, certamente, não se coadunam com fins de alguma ideologia social, havendo nítida e absoluta prevalência de critérios políticos e econômicos como seus ordenadores. De questionar-se, assim, se essas políticas públicas são influenciadas ou até compradas pelo mercado. Uma resposta positiva significaria uma total alteração nas relações de poder entre Estado e empresas multinacionais. Porém, sob outra perspectiva, podemos vislumbrar os Estados, em foco o brasileiro, atuando como um novo ator do mercado competitivo global, produzindo políticas públicas com vistas a assumir novas e preponderantes posições no mercado entre Estados. Seria esse o novo papel do Estado? A pressão que o mercado impõe não é pequena e, para avaliá-la, basta compararmos o Produto Interno Bruto – PIB da Suécia em 2009 com as vendas efetuadas pela gigante do petróleo Exxon. Enquanto esta última obteve US\$ 442 bilhões em vendas, a Suécia teve seu PIB mensurado em US\$ 406 bilhões. Após a redução de seu poder soberano, a fragilidade dos Estados perante empresas transnacionais é flagrante. Não se pode afirmar, porém, que a relação de poder foi alterada e está desbalanceada. É possível que, na atual conjuntura político-ideológico-econômica, a sobrevivência da instituição Estado não mais esteja fundada na autoridade, na hierarquia e na centralização de poder, mas sim no compartilhamento deste e na competição.

Se, há centenas de milhares de anos atrás, o fogo foi instrumento de poder, conseqüentemente, de disputas, o tempo atual tem o seu pomo da discórdia: a informação e as tecnologias nela envolvidas. Os casos recentes de espionagem estatal levados ao conhecimento de todos, tal como praticado pelo governo dos Estados Unidos da América, que acessava correios eletrônicos e ouvia telefonemas de empresas e de outros governos demonstra que a informação é essencial à conquista e à manutenção do poder, contribuindo para a antecipação de decisões num mercado estatal cada vez mais

competitivo. Apesar de a desculpa oficial para essa vigilância indevida ser a segurança do país, os norte-americanos faziam-no com fins comerciais, havendo, inclusive, acusado as demais nações de fazê-lo de igual forma, acusação essa que não foi contestada. Tecnologia e informação conformam o mercado e, resta evidente, que os Estados estão nessa disputa movidos por interesses de ordem mercadológica e no firme intuito de prosperarem suas relações de poder para com os demais.

O que se pretende verificar é que o poder e as relações que o permeiam dirigiram-se para o mercado. Todavia, ao que parece, os Estados não ficaram alijados desse poder, não deixaram de participar de suas relações nem estão num ambiente isolado, dito público, distante e diverso do privado. Pretende-se demonstrar uma interação do público e do privado como um único ecossistema político-econômico, no qual o Estado passou a agir como um novo ator do mercado, valendo-se de sua estrutura e procedimentos para fins de governança econômica, assim como promove suas leis, políticas públicas e serviços públicos como produtos de mercado, portanto, mercadorias. Para uma melhor consecução desses fins, o Estado precisa dominar a informação e as tecnologias que a envolvem, o que o favoreceria nas relações de poder, as quais não mais se caracterizariam como uma relação de imposição de comando e conseqüente obediência, mas sim como uma relação de prevalência ou supremacia econômica.

### 3.2 O ESTADO E SUAS MUTAÇÕES

Comparada a toda a filosofia e estudo que foram dedicados ao que denominamos por “Estado”, seja pelas ciências sociais seja pelo direito, referimo-nos a “Estado”, no cotidiano, de uma forma extremamente simples e com pouco ou quase nenhum comprometimento. Todavia, o cuidado com que devemos tratar a noção de Estado pode ser vista numa simples correlação sua tanto para com o pronome “nós” como para com o pronome “eles”. Melhor se explica essa ambigüidade, primeiro, por que “Estado” pode significar uma sociedade organizada, cujo governo age com autonomia, isto é, nesse caso,

qualificam-se todos como membros do Estado e, portanto, poder-se-ia afirmar que o Estado somos nós. De outra parte, se o foco é desviado para o governo e seus respectivos membros, que esse governo é a expressão da sociedade, dir-se-ia que o Estado equivale a eles.

O jogo de palavras pode parecer lúdico, mas, longe disso, revela-se numa dupla de axiomas que vão determinar uma base de valores, que se ramificarão nas mais diversas teorias sobre o poder, eis que ou o Estado a nós corresponde e é a sociedade que se apodera do Estado e o rege, ou o Estado é subordinado a um elemento de poder chamado de governo, e é este que se apodera da sociedade.

Para definirmos um marco histórico para a formação do Estado, tenha-se em mente a formação do Estado moderno, oriundo da transição havida com o fim do regime feudal, que consistia num sistema policêntrico de poder, que, portanto, gerou profunda tensão para com esse novo sistema que se baseava na concentração do poder numa única mão, ainda que institucional. Por tais características, o Estado tem origem na Europa, uma manifestação moderna e, diga-se por interessar ao presente, capitalista. Toda e qualquer manifestação de poder que precedeu ao Estado jamais conjugou, em pessoas distintas, o domínio econômico e o político. Economia e política seguiriam caminhos diferentes.

Diante dessa opção de natureza ideológica bem posicionada, tem-se, pois, o Estado como um ordenamento político, que visa a organizar o exercício do poder, o que fazia por intermédio do direito. Enquanto as revoluções burguesas deram origem aos Estados, o direito surge como seu irmão siamês. É o direito que conforma o Estado – dá-lhe forma jurídica e organização estrutural, atribuindo-lhes funções, limites e procedimentos para o pleno exercício do poder –, enquanto este último atua no sentido de ampliar o espectro daquele.

A ideia primordial da concepção do Estado teve por escopo a sua criação como um fiel representante dos anseios da sociedade, que, organizada, transferia o exercício do poder para representantes, que exprimiriam as aspirações de seus membros por via de ações. Dentre os contratualistas, destaque-se Rousseau que via a formação do Estado em razão de um contrato social. Espera-se que esse contrato, como qualquer outro,

tenha um equilíbrio entre as partes que o assinam, uma simetria. Caso contrário, haveria uma assimetria contratual, que sempre seria danosa à parte mais fragilizada da relação.

Marx, por sua vez, vislumbrava na existência do Estado por si só mais do que uma assimetria. Via uma opressão, pois o Estado seria um instrumento de dominação de uma classe economicamente subalterna por outra mais favorecida. Tanto só aconteceu por intermédio do Estado, que, segundo essa visão marxista, atua como um terceiro na relação mantida entre os capitalistas do mercado e os trabalhadores. Nessa condição, o Estado seria o instrumento necessário à reprodução capitalista, pois estaria legitimado a garantir, por meio de suas leis e de seu aparato de coerção, a propriedade privada, as trocas mercantis, o trabalho com a exploração de sua mão de obra, criando, também, os sujeitos de direito capazes de contratar e, portanto de consumir, assumir obrigações e estabelecer relações jurídicas, garantindo a existência de exploradores e explorados. Afirmam os marxistas que a reprodução do capitalismo só é possível na divisão e na separação do poder político dos agentes econômicos, tais como os burgueses e até mesmo os trabalhadores.

Ao afastar-se dos agentes econômicos e ao atuar como terceiro, o Estado conduz à dicotomia do privado e do público. Essa distinção favorece ao mercado, que dela se vale para melhor atuar e sempre justificar o afastamento do Estado de seus negócios, o qual se restringe a ser um ente de natureza técnica. Daí não ser rara a crítica dos homens de mercado em relação às decisões do Estado em intervir na economia, pois estariam a desnaturar a sua própria concepção. Em face do tema ora tratado, o Estado como novo ator no mercado, é de se questionar se isso seria possível ou se seria uma contradição em termos. Desde já, partindo-se do conceito de Estados plurais ou de sistema de Estados, que, ao atuar conjunta e reciprocamente, ajudam sobremaneira na reprodução do sistema capitalista, eis que os Estados estariam a representar elementos competitivos entre si, com reflexos no mercado, mas não como agentes do mercado.

O Estado exerceria seus poderes com base na soberania popular, aquela pertencente ao povo. Este, por meio de um processo decisório de escolhas, a delegaria aos membros dirigentes do Estado, os políticos. A partir dessa concepção, o poder seguiria caminhos diversos, passando de uma para

outra instituição, mas sem jamais retornar para seu titular original, o cidadão. Por tal razão, neste estudo, parte-se de uma noção de Estado como “eles” e não como um “nós”.

Bertrand de Jouvenel<sup>58</sup> observa que, ao longo da história, a concentração de poderes original amplia-se em favor do Estado, que exige e subtrai cada vez mais direitos de seus cidadãos, e que passa a não tolerar qualquer forma de poder existente fora do Estado. O Estado tende ao monopólio do poder desde a sua criação, que se traduz na legislação, na organização das forças armadas e da polícia, e na cobrança de tributos.

O que fazia de uma organização política um Estado soberano era a possibilidade de: estabelecer suas próprias leis; fazer valer as suas fronteiras; emitir sua moeda e impor o seu uso; gerenciar suas finanças, gastos e investimentos fixados em seu orçamento; tributar seus cidadãos e empresas situadas em seu território; e, de impor pela força seu ordenamento jurídico internamente e o respeito às suas fronteiras internacionalmente. A tarefa árdua desse Estado seria, talvez, a de convencer o seu cidadão de que ele agia em nome do contrato social. Rousseau, afinal, admitia que a soberania consistia na transferência total e sem reservas dos direitos individuais, que formariam um direito total, pertencente unicamente ao soberano, que seria um direito absoluto. Essa noção, por sinal, é comum a todas as teorias sobre a soberania popular. Rousseau previu, entretanto, a possibilidade de o titular do poder (que denominava por príncipe) apoderar-se da soberania para si, rompendo o contrato social.

JOUVENEL<sup>59</sup> assinala que a soberania deu ao poder um reforço excessivo e perigoso, capaz mesmo de dar origem à nação como um sujeito, o próprio cidadão e seu conjunto, dando margem ao desenvolvimento de um nacionalismo exagerado, cujas consequências são sabidamente nefastas. A soberania associada ao poder de um “eu governamental”, dão origem a pessoas que são superiores às outras. Como afirma JOUVENEL, “o manejo do poder soberano engendra, portanto, um sentimento de superioridade que torna

---

<sup>58</sup> JOUVENEL, B. Op. Cit., p. 297.

<sup>59</sup> JOUVENEL, B. Op. Cit., pp. 73-74.

esses semelhantes do cidadão comum efetivamente seus ‘dessemelhantes’”.<sup>60</sup>  
A soberania popular é, assim, uma utopia.

O Estado viveu, no século XX, época em que foi denominado como de bem-estar social, ao que alguns, como Habermas, denominavam por “estatalização” da sociedade. O mercado perde poder. Rendimentos, trabalho e outros fatores sociais eram preestabelecidos em termos administrativos para fins de uma estabilidade social do sistema. As leis econômicas e do mercado perdem influência e poder e são constantemente contrariadas. Para esse fim, o Estado precisava deter uma forte soberania econômica e impor-se sobre o mercado.

A década de 80 do século passado alterou esse conjunto de forças. A economia foi se liberando e o Estado, de seu tutor, viu-se, de repente, de dominador a dominado, de regulador a avaliado por critérios e índices que classificavam os Estados, conferindo um rating a seus títulos, o que provocava profundas consequências na vida econômica de seus cidadãos.

Essa febre neoliberal adveio das políticas promovidas pelos governos de Ronald Reagan nos EUA e de Margareth Thatcher na Inglaterra. O padrão de desenvolvimento capitalista denominado por fordismo dá lugar a um novo padrão, o pós-fordismo. Vigente até a década de 70, quando entrou em crise, o fordismo tinha a sua base na produção e no consumo em massa e constantes avanços tecnológicos, cabendo ao Estado controle monetário e cambial, preservação da estabilidade financeira, construção de toda a infraestrutura necessária ao desenvolvimento, estabelecimento de normas e estruturas destinadas à proteção social e à regulação.

A vida previsível e de poucas alterações gerada pelo fordismo sofre abalos significativos, em especial com o aumento da circulação global de capitais financeiros, que apontam para uma mudança na história do Estado. Se antes a regulação estatal era um valor máximo da economia, essa política cede passagem aos fluxos monetários especulativos de alta volatilidade. A única regulação a que esses capitais financeiros se submetiam era a do mercado do dia. Decretados foram o fim da rotina cotidiana da economia e a fragilidade de todos os membros da sociedade, que, antes acostumados à estabilidade e ao

---

<sup>60</sup> JOUVENEL, B. *idem*, p. 150.

planejamento, viam-se diante do desconhecido mundo das finanças, que a conduziu ao individualismo e à veneração ao consumo. O Estado também assume posturas diversas, pois não mais encontra os meios de que dispunha para a manutenção da infraestrutura e das redes de bem-estar social, que, com o tempo, sofrerão processos de privatização intensa. Mesmo a sua soberania fiscal é fragilizada e é perceptível a sua incapacidade em tributar os capitais financeiros e de regular seu ingresso e saída do mercado nacional. O capital ganha movimentação global instantânea, passando pelos Estados internacionais, que cedem aos apelos dessa nova realidade neoliberal. O Estado parece ter seus poderes reduzidos, mas, na verdade, como detentor único do direito, foi chamado a garantir uma ampliação das mercadorias. Assim, a natureza, a genética da vida, tecnologia e saberes imateriais ascendem à proteção jurídica, tal como a já atribuída à propriedade privada, enquanto o Estado abria espaços em seu direito positivo para que este se submetesse a regras internacionais capazes de garantir ao mercado de capitais uma segurança jurídica global uniforme. O pós-fordismo e seu neoliberalismo põem fim ao período fordista. Seus princípios foram sedimentados no consenso de Washington, promovido em 1989, que estatuiu dez mandamentos básicos para os estados que pretendessem se inserir no contexto econômico global. Isso permitiu o advento de pluralidade de Estados, numa estrutura facilitadora da reprodução do capital e, por conseguinte, estimuladora do consumo, o que será visto quando, mais adiante, se tratar do encolhimento do Estado. Aliás, seria um encolhimento?

A política neoliberal não preconiza a retirada do Estado da economia. Como visto, o Estado dispõe de ferramentas que lhe são únicas, principalmente no exercício de seus poderes executivo e legislativo. Ao contrário do que se imagina, a presença do Estado na economia é evidente, mas a sua postura local e forma de atuação são outros, por vezes encolhido por vezes expandido, mas a sua atuação é necessária e desejada pelo mercado.

Cumprir frisar que não se pretende nesse texto professar alguma espécie de defesa ideológica, mas de mostrarem-se vertentes diversas em relação ao Estado, que podem auxiliar na melhor compreensão desse fenômeno e de identificar a sua atual posição perante o mercado e seus cidadãos.



### 3.3 A SOBERANIA: UMA RUA DE MÃO INVERTIDA CHAMADA WEBER

*Il y a deux vérités qu'il ne faut jamais séparer en ce monde : la première est que la souveraineté réside dans le peuple ; la seconde est que le peuple ne doit jamais l'exercer.*<sup>61</sup>

Fala-se em Estado soberano, mas soberania é algo que, se não vem, deveria vir do povo. Essa mudança operada na linguagem já indica uma alteração de direção. De fato, a soberania pressupõe uma transferência. Os membros de uma sociedade transfeririam seus direitos individuais a alguém, conformando um direito total que representaria a vontade de todos. Essa transferência pode dirigir-se a um só homem; a um conjunto de homens ou a uma maioria representativa, dando origem às três formas de governo: monárquico, aristocrático e democrático. Em seu contrato social, Rousseau assim vislumbrava a soberania, assinalando a figura do soberano, como aquele a quem os direitos individuais teriam sido transferidos. Seu ponto de vista difere de outros autores da época, na medida em que, para ele, primeiramente, os indivíduos formam um povo para, só depois, darem-se um governo. Nessa medida, ao invés de o povo entregar a soberania no momento de sua criação, para Rousseau, o povo cria a soberania, mas não a entrega, retendo-a em seu poder. Nada mais utópico.

Entre a soberania e o povo há o homem que quer o poder e, ainda que em regimes democráticos, esse homem dispõe do discurso político. Naquela mesma obra, Rousseau previu que o Príncipe (poder) acabaria por subverter a relação da soberania e impor a sua vontade sobre a do povo, o que representaria o rompimento do contrato social.

Diante dessa realidade facilmente constatável na história política, reitera-se a já referenciada advertência de Bertrand de Jouvenel<sup>62</sup>, que vê na

---

<sup>61</sup> RIVAROL, Antoine de. Apud CAPORAL, Stéphane. Citação de abertura do artigo “Le peuple : un souverain sous controle” (O povo: um soberano sob controle), apresentado no VIIe Congrès français de droit constitutionnel – Atelier n°3 : Constitution et pouvoir constituant. Consulta em <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC3/CaporalTXT.pdf>. (Há duas verdades que não podem ser jamais separadas neste mundo: a primeira é que a soberania reside no povo; a segunda é que o povo não deve jamais exercê-la – Tradução livre).

soberania um grande risco, pois “dá ao poder um reforço excessivo e perigoso”. A advertência não é demasiada. Afinal, o que decorre da soberania é o dever de obedecer, cujo descumprimento autoriza ao soberano movimentar a máquina coercitiva do Estado contra o indivíduo que, supostamente, haveria se rebelado contra a vontade de todos violando, o direito total. Pouco antes, já havia observado que:

A obediência é um dever pelo fato de existir, e de sermos obrigados a reconhecer, ‘um direito de comandar em última instância na sociedade’ que se chama Soberania, direito de ‘dirigir as ações dos membros da sociedade com o poder de coagir, direito ao qual todos os particulares são obrigados a submeter-se sem que nenhum possa resistir.

Poder e soberania estão intrinsecamente relacionados. Em nome da soberania, homens exercem o poder e fazem-no como seres superiores aos demais, considerando-se, por força da soberania, autorizados a todos comandarem, enquanto todos teriam o dever de cumprir os seus comandos, pouco importando o seu conteúdo e se com eles concordam ou não. A obediência decorre não da vontade dos indivíduos, mas sim da natureza superior, ou soberana, que possui o titular do poder. Com tais considerações, Léon Duguit assinala que esse sentimento de superioridade do titular do poder soberano, não mais o povo, mas o seu pretense escolhido ou representante, torna os demais cidadão comuns seus “dessemelhantes”<sup>63</sup>.

Apesar de parecer uma boa ideia, a soberania não é capaz de operar o milagre de fazer com que as leis estejam acima dos homens. Rousseau via na supremacia das leis um problema equivalente ao da quadratura do círculo em geometria e, cinco anos após a publicação de seu Contrato Social, enviou correspondência ao Marquês de Mirabeau, comentou sobre o tema e a dificuldade de se fazer as leis operarem num plano superior ao dos homens, lamentando, de certa forma, que:

[...] infelizmente, essa forma não é encontrável, e, confesso ingenuamente, que não acredito que o seja [...]” (apud JOUVENEL, 1998, p. 307). Assim é que “esse Parlamento, concebido como o

---

<sup>62</sup> JOUVENEL, B. Op. Cit. pp. 73 e 49, respectivamente.

<sup>63</sup> DUGUIT, Léon. *Souveraineté et liberté*. Paris: Félix Alcan, 1922, pp. 78-79.

representante da nação, torna-se efetivamente o soberano (MALBERG, 1931, apud JOUVENEL, p. 306).<sup>64</sup>

Se a soberania fosse uma rua, vê-se, claramente, que os detentores do poder teriam invertido a sua direção como um de seus primeiros atos no exercício desse poder. Para exercê-lo, porém, uma estrutura precisava ser arquitetada de modo a que o sistema funcionasse em nível administrativo, fazendo com que os comandos fossem obedecidos e impostos com efetividade. A máquina burocrática administrativa surge com as concepções de Max Weber, que era inspirado no modelo do exército prussiano do século XIX, cuja receita era composta por: uma divisão de tarefas preestabelecidas; supervisão hierárquica e normas e regulamentos bem detalhados. Esse aparato burocrático permite ao Estado fazer valer os seus quereres e a exercer o seu poder de forma aparentemente legítima, mas sempre legal, tudo por intermédio de ações racionais orientadas a fins. O fim, o objetivo principal, seria o exercício do poder e a sua manutenção. A mão da rua chamada soberania é invertida em caráter definitivo, com o Estado dispondo de um aparato eficiente o bastante para manter tudo na direção mais conveniente aos detentores do poder soberano.

### 3.4 O FALSO ENCOLHIMENTO DO ESTADO E A ASCENSÃO DO MERCADO

Como assim, “encolher o Estado”? Afinal, o poder é do Estado ou este funciona como instrumento do poder?

A resposta a essa última indagação é relevante. O Estado não é uma criação original, natural. É uma ficção, obra da mente humana, o que, por si só, impõe seja observado com certa desconfiança. O poder nunca esteve com o Estado, como já visto. Esteve, é verdade, nas mãos de alguma pessoa ou grupo de pessoas que exerceram a sua liderança. Todavia, a noção de que o Estado é um instrumento para o exercício do poder prevalece e é, sem dúvida, a mais correta. Assim, não é necessário que o detentor do poder esteja dentro

---

<sup>64</sup> In JOUVENEL, B. Op. Cit., pp. 306-307.

da estrutura político-administrativa do Estado para que possa exercê-lo. O que é fundamental é que detenha os meios para fazer com que a vontade do Estado traduza os seus desideratos, eis que, sem o Estado, essa tradução careceria de legitimidade e até de legalidade perante os demais membros da sociedade.

A permanência do Estado é, pois, fundamental. Falar em encolhimento do Estado seria falar em mudança profunda dos atuais titulares do poder, que ou o perderiam ou sofreriam uma redução nesse poder que detêm. À evidência, não é isso que o mercado deseja nem é isso que irá fomentar. O Estado é a base da atuação do mercado, que além de direcionar o poder a ele atribuído, acaba por posicioná-lo de formas diversas de acordo com as suas conveniências.

O mercado não precisa de mais ou menos Estado, mas do Estado e de seu poder político. Se o poder não está mais no Estado, se ele cede às vontades de terceiros, funcionando como seu instrumento, o mais correto seria atribuir a esses terceiros, verdadeiros detentores do poder, a soberania. O Estado, na atualidade, seria pós-soberano, seria meramente o Estado instrumental.

De fato, o que perdeu espaço e encolheu foram os benefícios sociais que caracterizavam o *welfare state*, assim como a presença do Estado diretamente na economia, em especial nos setores de infraestrutura e serviços públicos que foram privatizados.

Essas são consequências de uma onda de ideias propaladas pelo neoliberalismo e bem delineadas no Consenso de Washington, que, em novembro de 1989, editou dez mandamentos formulados por instituições financeiras como o Banco Mundial, o departamento de Tesouro dos Estados Unidos e o Fundo Monetário Internacional – FMI. Este último adotou-os como política econômica oficial, impondo-os a diversos países em desenvolvimento para fins de ajuste macroeconômico para superação das dificuldades. Esses dez mandamentos consistiam em: (i) disciplina fiscal; (ii) redução dos gastos públicos; (iii) reforma tributária; (iv) juros de mercado; (v) câmbio de mercado; (vi) abertura comercial; (vii) investimento estrangeiro direto, com eliminação de restrições; (viii) privatização das estatais; (ix) desregulamentação

(afrouxamento das leis econômicas e trabalhistas); e (x) direito à propriedade intelectual.

Como proceder-se a todas essas mudanças sem o Estado ou com o seu encolhimento? O Estado e sua soberania foram mais necessários do que nunca. Sua soberania, diga-se, em relação aos cidadãos comuns, aqueles que têm de ser súditos e cumprir as suas ordens.

O encolhimento do Estado deu-se em relação às suas tradicionais funções – associadas ao bem-estar social. Isso não implica, porém, numa redução de suas funções e, conseqüentemente do papel que desempenha. Trata-se, sim, de uma adaptação e adequação da estrutura estatal, posta à serventia do capital, para que prossiga a cumprir seus objetivos de auxílio à reprodução desse sistema. ROTHKOPF<sup>65</sup> observa de igual modo sobre essa falsa percepção de que o papel do governo do Estado continua a encolher. O que ele precisaria é de uma adaptação às novas realidades do mercado. Afirma que tanto é necessário, pois o:

Balanceamento da força está com os gigantes do setor privado, sendo que os objetivos e a sofisticação dos instrumentos estão muito além do alcance da maioria dos reguladores e dos executores titulares de políticas públicas.<sup>66</sup>

O autor identifica, ainda, a existência de supercidadãos (*supercitizens*) na sociedade atual, os quais, assim denomina por ostentarem vantagens sobre todos os demais que os caracterizam de forma diversa e superior, as quais seriam: a sua imortalidade; a sua habilidade de operar globalmente, independentemente de vínculos nacionais e com grande flexibilidade, mobilidade e influência; sua condição de pessoas artificiais (ficções legais), com responsabilidade limitada. São tidas como “super” em razão de seu tamanho, que lhes permite operar com economia de escala, ter maior competitividade, serem capazes de ir sempre mais longe, levantar capitais, fazer aquisições, investir em pesquisa e desenvolvimento, além de poderem estender seu alcance comercial e político. De mais a mais, essas empresas, muitas das vezes, controlam recursos fundamentais, terras, tecnologias,

---

<sup>65</sup> ROTHKOPF, D. Op. Cit, p. 232.

<sup>66</sup> ROTHKOPF, D. Op. Cit, p. 239.

infraestrutura, sistemas e outras ferramentas que lhes proporcionam influência superior sobre os Estados.<sup>67</sup>

O Estado encolheu, mas encolheu perante esses supercidadãos empresariais, que tomaram para si várias de suas atividades. Todavia, esse mesmo Estado teve de impor aos demais cidadãos um novo modo de comportamento econômico, que, diante da recente crise de 2008, ainda não foi bem assimilado nem era querido pelos titulares, em tese, da soberania.

O Estado pós-soberano tornou-se mais permeável do que nunca aos interesses de alguns cidadãos privilegiados, como esses acima referenciados e permitiu fosse criada uma área comum entre os setores público e privado, que dificulta o traçado da fronteira entre essas esferas, se é que essas fronteiras persistem.

Sem um balanço entre público e privado, grandes problemas surgem para a sociedade. Seu trato em esferas separadas, porém, são fatos do passado. Na atualidade, tem-se de responder se é positivo continuar-se a separar tão rigorosamente o que é público do que é privado e se se deve insistir nessa separação e na metáfora da balança. Talvez seja melhor buscar-se uma figura de união, de fusão entre público e privado, numa coexistência e comunhão de interesses e deveres.

Informação e tecnologias, com o seu pleno domínio e constante inovação, são pressupostos de acesso ao poder e de sua manutenção. Certo é que, esse corpo administrativo weberiano, sobre o qual o Estado ainda se estrutura, não é capaz de concorrer com as estruturas das empresas privadas tidas como supercidadãos. Por tal razão, são elas que impõem suas vontades sobre os Estados, que foram remanejados para uma posição enfraquecida em relação a esse grupo específico de cidadãos privilegiados. Para reagir a esse domínio, o Estado teria que se remodelar e renovar, buscando uma estrutura mais ágil, mais técnica e científica e menos política – beirando a neutralidade – para a consecução de seus fins. Considerado como instrumento, entretanto, o Estado parece refém eterno dos detentores do capital e, como tal, será cada vez mais um Estado instrumental.

---

<sup>67</sup> Idem, p. 304.

### 3.5 ESTADO PÓS-SOBERANO

Pós-soberano foi uma nomenclatura aqui adotada e atribuída, sem que haja no Direito brasileiro ou em qualquer outra ciência referência a essa categoria. Em França, entretanto, a expressão é usada para distinguir do Estado Nação em alguns trabalhos de ciência política<sup>68</sup>. O Estado pós-soberano ainda é uma noção difícil de ser expressa, pois se trata de um novo ente não terminado em sua construção. A crise econômica de 2008 demonstrou-nos isso. Inesperada, importou essa crise numa firme atuação de um Estado perante o mercado tipicamente keynesiano. O governo dos Estados Unidos agiu injetando recursos em bancos privados e salvaguardando, com dinheiro público, o interesse de instituições privadas de grande porte. A decisão do governo norte-americano não está indene de críticas de seus cidadãos contribuintes, mas não se pode negar que a perda dessas instituições, sua possível falência, poderia ocasionar danos maiores e de longo prazo à economia do país. O Estado cede, dá mostras de fragilidade, mas, na verdade, desempenha um papel de agente de mercado na proteção de instituições financeiras transnacionais, que mantêm altos investimentos no país e que garantem, tanto àqueles contribuintes como ao Estado a manutenção de uma posição de destaque no ranking das maiores economias. Seis anos após a crise, a economia norte-americana retoma o crescimento e dá sinais de vitalidade.

Estados em desenvolvimento, como o Brasil, ainda que tenham escapado às maiores ondas da crise mundial de 2008, não dispõem desses instrumentos e de lastro financeiro para esse fim. Valem-se, ainda, de instrumentos conhecidos do mercado, como incentivos fiscais para aumento e direcionamento da demanda, em especial para o crescimento de seu PIB, assim como a compra e venda de dólares americanos para a manutenção do

---

<sup>68</sup> LAROSE, Chalmers. *L'oddisée transnationale: enjeux, acteurs, sites. Une perspective minimaliste*. Québec: Presses de l'Universités du Québec, 2008, pp. 32-33. *"Au-delà de la perennité de l'Etat, on assisterait de préférence à la constitution d'un type d'Etat "postsouverain" dont le rôle principal est d'arbitrer le différents identités, autorités, loyautés politiques qui son devenues incontournables dans le monde moderne"*.

câmbio em patamares convenientes a seu interesse de momento, isto é, a contenção da inflação ou o incremento das exportações. São soluções limitadas, de pouca consistência e curta duração, remédios similares para problemas diversos. Por vezes, até o blefe, típico do jogo de pôquer e do qual, por vezes, valem-se algumas empresas, parece fazer parte desses instrumentos utilizados pelos Estados. Não fosse assim, o recente episódio do vazamento da informação de que os EUA monitoram os correios eletrônicos e escutam conversas telefônicas de grandes líderes internacionais e de dirigentes (CEOS) de empresas transnacionais, por intermédio de sua Agência de Segurança Nacional – NSA, não encontraria eco na comunidade internacional. Todavia, as declarações do ex-funcionário da NSA, Mr. Snowden, causaram enorme incômodo ao governo norte-americano e, sem dúvida, um constrangimento gigantesco dos líderes de outros países, inclusive do denominado G7, que se limitaram a censurar a espionagem informacional dos Estados Unidos, sem, no entanto, adotar medidas de represália mais dura, o que, senão se trata de uma prova incontestável de que também se valem desse artifício, demonstra uma fraqueza própria daqueles que têm algo inconfessável a esconder.

Essas táticas não podem ser tidas como preventivas de conflitos ou guerras. Tratam-se de artifícios empresariais comuns ao mercado. A pergunta é: os Estados podem valer-se desses instrumentos de mercado? Isso é ético ou é um atributo de sua soberania? O fato é que parecem atividades comuns e cotidianas a uma grande parcela de Estados, que atua como um ator de mercado qualquer, mais preocupado com seu bem-estar financeiro e crescimento econômico do que com princípios de ética.

Essas e outras atividades, antes anômalas aos Estados, ao menos à maior parte deles, mostram, porém, que os Estados desempenham um novo papel de protetor não só de sua economia, mas também das empresas financeiramente situadas em seus territórios. Como essas empresas contribuem fortemente para campanhas eleitorais dos políticos eleitos, o questionamento ético volta ao debate. Diante desse fato incontestável, fica difícil ao Estado sustentar que esse conjunto de atuações favoráveis às empresas são medidas que visam promover o bem-estar de seus cidadãos, preservando-lhes seu patrimônio, renda, empregos e benefícios sociais.



Na busca de uma ética mais adequada à nova atuação do Estado Vibert<sup>69</sup> sugere que parte da atuação administrativa do Estado seja atribuída a um conjunto de corpos de não eleitos, ou seja, sugere que uma parcela da atuação do Executivo deixe de ser exercida por políticos eleitos, que, chegam ao poder comprometidos com os que contribuíram para a sua campanha eleitoral, com ideologias ou com conveniências partidárias. Esse corpo de não-eleitos, mais preocupados com princípios técnico-profissionais e mais bem informados, seriam os responsáveis por romper as barreiras entre o Estado e o mercado, exercendo um novo papel do Estado perante esse mercado para além dos critérios técnicos, e conferindo sua máxima atenção, lado a lado com os demais atores do mercado, para assuntos sensíveis que exijam maior avaliação de natureza social ou ética.

Enquanto esse caminho não é trilhado, CASSESE<sup>70</sup> chama atenção para o fenômeno que denomina por mercantilização dos poderes públicos. A Administração Pública segue o princípio da legalidade, estando todo o seu planejamento vinculado às disposições legais. Conforme os exemplos citados, a Administração Pública vem agindo não só de acordo com o disposto em lei, mas valendo-se de técnicas similares àquelas de que se valem os demais atores de mercado. Segundo o jurista italiano, na atualidade, os interesses públicos estariam a responder à lógica da negociação e não à lógica do agir legal-racional, planejada e previamente regulada.

A lógica weberiana de exercício do poder – baseada na centralização, hierarquia, divisão de tarefas para a consecução de fins pré-determinados e conjunto de meios de coerção para assegurar a atuação do sistema – estaria a ser deixada de lado pelo Estado, que estaria a adotar um “agir econômico e racional”, consistente, como dito por Weber<sup>71</sup>, em “satisfazer exigências de determinadas prestações de serviço, de modo racional em relação ao objetivo”, mediante contratos de comércio, e perante situações de mercado.

O risco desse caminho é evidente, pois o Estado estaria a trilhar um caminho onde eficiência, economicidade e lucro são os principais objetivos, abandonando a sua via original pavimentada pela ponderação de valores, que

---

<sup>69</sup> Op. cit., p. 167.

<sup>70</sup> CASSESE, Sabino. A crise do Estado. Campinas: Ed. Saberes, 2010. p. 108.

<sup>71</sup> *Apud* CASSESE. Op. Cit., p. 86.

conduzem a uma interpretação de princípios – como esses da eficiência e da economicidade – carregada de conteúdo social e humano. Um Estado distanciado do social e do humano não é nem um “nós” nem um “eles”, mas sim um verdadeiro estranho e um potencial algoz.

Essa assimilação de métodos próprios do mercado pelo Estado é bem percebida por CASSESE<sup>72</sup>, que assevera que “se, tradicionalmente, estado e mercado são contrapostos como modelos de ação, observa-se aqui, ao contrário, uma assimilação, por parte do primeiro, dos modos de agir do segundo”. Entre outros exemplos, CASSESE<sup>73</sup> traz o caso do casal Bryde e sua empresa Centros. Cidadãos dinamarqueses e residentes na Dinamarca, os Bryde verificam que, pela lei de seu país, a criação de uma *private limited company* custava duzentas vezes mais a título de depósito de capital social mínimo do que se viessem a criá-la na Inglaterra (200mil Coroas dinamarquesas contra 100 Libras esterlinas – equivalentes a mil Coroas). Diante dessa constatação, o casal criou a empresa Centros na Inglaterra e solicitou à Dinamarca o registro de uma sua sucursal no território dinamarquês. A Direção Geral do Comércio e das Empresas do reino da Dinamarca negou o registro, classificando a montagem da empresa como uma simulação, pois, em verdade, a sede principal funcionaria, de fato, na Dinamarca e não na Inglaterra, cuja legislação estaria sendo utilizada para redução de custos empresariais. A questão chegou à Corte de Justiça da Comunidade Europeia, que, com fundamento nos arts. 43 e 48 do Tratado da União Europeia, decidiu em favor do casal Bryde, considerando como vedado aos Estados-membros a negativa de registro de uma sucursal de outro Estado-membro, tendo por base a licitude da busca de normas menos severas pelos particulares negociantes.

O exemplo refere-se a um microuniverso, porém, a sua aplicação ganha em amplitude para significar que o ordenamento jurídico de um estado ganhou um relevo muito maior do que aquele que possuía e que dizia respeito aos seus cidadãos. Atualmente, o ordenamento jurídico de um estado é submetido ao juízo do mercado, como um objeto, uma mercadoria sobre uma prateleira. Restou consignado que a busca pelo ordenamento jurídico menos severo ou o mais conveniente é um direito de escolha da empresa. Isto é, poderíamos

---

<sup>72</sup> CASSESE, Op. Cit., P. 91.

<sup>73</sup> Idem, pp. 123-126.

assim vislumbrar a imagem das empresas como consumidoras, buscando, no mercado de Estados, os produtos que lhes forem mais adequados e, por conseguinte, migrar de um para outro Estado. Tanto está a obrigar os Estados a difundirem os seus produtos, tais como câmbio, regulações ou ausência de regulação econômica e ordenamento jurídico, por intermédio de canais de mídia com requintes de marketing. De se imaginar, também, que os Estados, se desejarem ter sucesso nessas investidas de mercado, estão obrigados a realizar pesquisas para saber que medidas deverão adotar para estarem *up to date* com os melhores e mais adequados produtos à disposição das empresas do mercado mundial, ficando estabelecida uma profunda concorrência entre estados no mercado global.

O ingresso do Estado no mercado – consciente ou inconscientemente, por vontade própria ou por imposição – é constatada por CASSESE<sup>74</sup>, que salientando estarem os vários ordenamentos jurídicos em competição, “no mercado é possível até mesmo comprar o direito mais conveniente”. E conclui, que “as administrações estatais são, assim, colocadas no mercado, de modo a ser possível verificar a mais conveniente para comprar”. A sociedade de consumo expande-se e chega, assim, às relações interestatais, às políticas públicas e ao direito. Um risco enorme se medidas não forem adotadas à humanização dessas relações e à preponderância do cidadão sobre o consumidor.

Esse caminho do Estado em direção aos métodos e à lógica econômica do mercado não significa, repita-se, uma redução do papel do Estado, mas uma mudança significativa em seu posicionamento em relação ao mercado e a outros Estados, com os quais passa a interagir valendo-se de métodos de mercado como os de concorrência. Tanto, certamente, trará mudanças, também para o próprio mercado. Os motivos alegados para a formação do contrato social de Rousseau continuam e sempre continuarão a existir na sociedade. O Estado não pode, simplesmente, renegar a sua origem e transformar-se num instrumento frio do capital. A participação do Estado como ator do mercado é querida e fomentada pelas próprias empresas transnacionais. Como em toda relação, trocas haverá e, portanto, parte dos

---

<sup>74</sup> *Ib idem*, pp. 126 - 135

valores estatais deverá ser absorvida pelos demais atores do mercado. O elemento humano persiste e, mais cedo ou mais tarde, impor-se-á na construção desse Estado pós-soberano, que atua como um novo ator perante o mercado e cujos paradigmas serão postos em debate perante os vários ramos das ciências sociais e das econômicas.

Em síntese, não é possível, diante do atual desenho socioeconômico global, buscar-se uma distinção entre a fauna e a flora da praça e do jardim, metáfora de que se valeu Nelson Saldanha para distinguir o público do privado. Existe uma nítida interpenetração das esferas, uma nova pangeia, que dá origem a um novo e único ecossistema, constatação que se dá independente da posição política que se pretenda adotar, por que a realidade não se submete a convicções nem às ideias, mas, sim, aos fatos. Em relação a esses fatos e em face desse novo ecossistema que tende a unir o público e o privado, em que Estado e empresas coexistem, todos os conceitos doutrinários merecerão revisão, desde o próprio conceito de Estado e soberania, até o de direito e, talvez, o de cidadania.

Conclui-se, em sentido de advertência (ou conselho), que esse Estado pós-soberano, que ainda carrega sobre seus ombros os ônus do contrato social, não pode permitir uma total assimetria desse contrato, isto é, que as empresas dominem informação e tecnologia com prevalência sobre os órgãos estatais, sendo capazes de influenciar e ditar os rumos da sociedade, ficando isentas de um controle maior. Para uma melhor consecução de seus fins, o Estado precisa dominar a informação e as tecnologias que a envolvem, o que o favorecerá nas relações de poder, as quais não mais se caracterizariam como uma relação de imposição de comando e conseqüente obediência, mas sim como uma relação de prevalência ou supremacia econômica.

Essa ideia de um novo Estado é melhor expressa por MAZZUCATO, que o examina sob o ponto de vista de um possível empreendedorismo de sua parte, aproveitando-se dessas novas condições globais que influenciam a sua conduta e o direcionam, necessariamente, a proceder como ator global em meio a uma ordem econômica extremamente competitiva e dinâmica e, contra a qual, não pode opor a sua soberania:

Em vez disso (escolher vencedores), o que temos é um caso de Estado direcionado, proativo, empreendedor, capaz de assumir riscos e criar um sistema altamente articulado que aproveita o melhor do setor privado para o bem nacional em um horizonte de médio e longo prazo. É o Estado agindo como principal investidor e catalisador, que desperta toda a rede para a ação e difusão do conhecimento. O Estado age como criador, não como mero facilitador da economia do conhecimento.<sup>75</sup>

O Estado acima referenciado é distinto do que é considerado como regulador. Vai além da mera regulação da economia. MAZZUCATO chama esse Estado de “empreendedor” pois ele participa da economia, buscando, principalmente, inovações. Há leis no Brasil que regulamentam a inovação e os incentivos estatais nesse sentido. Raros, porém, os trabalhos jurídicos que ousam pensar o Estado como ator do mercado o que acaba por obliterar essa transformação no Brasil. Houvesse maiores investimentos estatais nessa área e, certamente, o desenvolvimento sustentável seria não mais uma expectativa, mas uma certeza.

O Estado precisa atuar no mercado e buscar receitas além das tributárias. Precisa, também, e é necessário imaginar-se essa possibilidade, ser empreendedor em setores considerados como geradores de prejuízos, como saúde e, pasme-se, educação, em especial e em relação a essa última, a promoção de formação de técnicos e universitários qualificados. Não se pode restringir a utilização do vocábulo empreendedorismo ao campo do econômico. Por quê não se falar em Estado empreendedor social?

Ações em saúde e educação são preventivas, preparatórias e assecuratórias do desenvolvimento econômico, contribuindo para a sua sustentabilidade por motivos óbvios. Essa restrição pode ser superada, desde que as políticas públicas, tanto as da área econômica – como a do estímulo a projetos de inovação – como as da área dos direitos sociais passem do fomento à ação, libertando-se do seu caráter político-partidário, razão por que são usualmente utilizadas mais para a geração de votos do que para a geração de riquezas.

Normalmente, o Estado é concitado ao fomento de atividades econômicas. Todavia, a conjuntura atual convida-o a mudar essa postura contida e a participar ativamente, não obstante haja uma nefasta postura

---

<sup>75</sup> Op. cit., p. 48.

neoliberal no mercado, que continua a recomendar o encolhimento e consequente enfraquecimento do Estado, apesar de o contrário – crescimento – ser propalado pelos cultores dessa teoria.

Por conta dessa acepção, em nosso assentir, equivocada, serviços públicos têm sido terceirizados, orçamentos são contingenciados, a liberação de verbas para atividades econômicas do Estado são controladas por uma burocracia desestimulante, com a cessação de investimentos estatais. Trata-se de um erro de direção que vem sendo cometido por entes públicos em geral, que confundem maus investimentos realizados por políticos de carreira com atuação efetiva na economia e no social, que pode vir a ser praticada pelo Estado brasileiro, inclusive de forma empreendedora, por entes autônomos especializados em certas áreas de atuação, sejam econômica, social ou cultural, conforme autorizam e recomendam os arts. 218 e 219 da Constituição da República.

#### **4. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DE ESTRUTURAS ADMINISTRATIVAS COMPOSTAS POR NÃO ELEITOS PARA A EXECUÇÃO E O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

##### **4.1 UMA VISÃO CRÍTICA**

A partir da análise das antigas instituições da democracia representativa, composta por membros eleitos pela via do sufrágio, intenta-se, neste ponto, debater a legitimidade democrática das novas instituições que têm sido mundialmente criadas, com independência e neutralidade, com denominações e sob formas legais variadas, e que exercem funções múltiplas próprias dos Poderes do Estado, apesar de serem constituídas por não-eleitos titulares de mandatos, verificando se a realização de políticas públicas, ao menos aquelas consubstanciadas na realização de direitos fundamentais por tais instituições, que exercem as três funções típicas do Estado – administrativa, legislativa e jurisdicional – podem ser tidas como um novo paradigma para a democracia e uma proposta válida à revisão do princípio da separação de poderes.

As preocupações acerca do que caracteriza ou não um regime como efetivamente democrático não são poucas e o debate é extenso. Exponente da literatura portuguesa, José Saramago propõe a reinvenção da democracia, observando que:

O problema central hoje é a democracia, porque da sua reinvenção depende o nosso futuro como cidadãos. Se a democracia não for reinventada, continuaremos nessa farsa eleitoral periódica.”<sup>76</sup>

Objeto não raro da retórica, a democracia recebeu acepções das mais variadas ao longo de mais de dois milênios de história desde a sua concepção na Grécia antiga. Seu envolvimento e íntima ligação para com o político, fez com que a democracia se vestisse ou se associasse a parâmetros que fossem convenientes ao discurso retórico da vertente político-ideológica da vez. Assim, quanto ao momento histórico, foi tida como antiga, moderna, contemporânea; e, quanto ao conteúdo político e ao escopo econômico, denominada por liberal, popular, socialista, totalitária, entre outros, dada a gama de autores que buscavam visitar o instituto e conferir-lhe novos contornos.

A multiplicidade de usos e conceitos ampliou sobremaneira a noção de democracia como elemento recorrente de todo e qualquer discurso, impingindo a essa o considerável risco de, na medida de tudo significar, ter por destino nada ser, o que, por se tratar de instituto tão caro a diversos povos e referente

---

<sup>76</sup> SARAMAGO, J. Semanario Universidad, São José, Costa Rica, 30 de junho de 2005, entrevista a Vinicio Chacón. In: AGUILERA, Fernando Gómez (Org.). As palavras de Saramago. São Paulo: Cia das Letras, 2010, p. 389.

ao exercício do poder, faz seu estudo merecer um cuidado extremado e delimitador de parâmetros bastantes a evitar a indevida e exacerbada utilização do termo “democracia”. Apesar dessa aposição de limites – tendo-se por base a gênese grega da democracia, alguns dos debates havidos àquela época por seus idealizadores, bem como a intensa retomada de seu estudo e prática a partir do século XVIII –, não se pode pretender formular um conceito estanque e definitivo nem dissociá-la dos fenômenos sociais, políticos e econômicos, que são circunstanciais, mutáveis e seus determinantes ou, por vezes, obstáculos intransponíveis à sua implementação. São esses fenômenos que atribuem à democracia a sua dinamicidade e as suas variáveis legítimas.

A legitimidade, aliás, é um dos requisitos à aferição da existência ou não de um regime democrático. O surgimento de um fenômeno social, político e econômico, portanto, não bastaria por si só a autorizar uma nova concepção da democracia. A legitimidade desse fenômeno deve ser devidamente aferida. Na atualidade, novas instituições com denominações e formas legais variadas têm sido criadas em âmbito nacional, regional e global, para o estabelecimento e desenvolvimento de políticas públicas, de molde a desafiar a legitimidade democrática, eis que seus dirigentes, a par de serem titulares de mandatos, não foram eleitos. De questionar-se, pois, se essas instituições ostentam legitimidade e se são um novo paradigma ou, ao contrário, representam um risco à democracia?

A proposta, neste momento do trabalho, é trazer a debate essa indagação, analisar algumas das razões que levaram à criação dessas instituições de não eleitos para a elaboração de políticas públicas, que, por muitas vezes, já não são implementadas pelos corpos legislativos nem pelos Chefes e órgãos do Executivo, omissão essa que dá azo à substituição daqueles Poderes pelo Judiciário, cujo conjunto de decisões que de alguma forma seriam pertinentes àqueles outros Poderes veio a ser denominado por ativismo judicial.

Essas novas instituições compostas por não eleitos, em sua maioria, exercem atividades de natureza tanto administrativa como legislativa e jurisdicional. Fácil é verificar que o tema em debate envolve o exercício das funções tradicionais distribuídas entre os diversos Poderes e que, por



consequente, tendem a interferir no vetusto princípio de separação de poderes consagrado no art. 2º da Constituição da República.

Acima transcrita, a sensibilidade de um escritor como Saramago, que é um observador não jurista, foi bastante para, como cidadão, perceber incoerências entre o discurso, a retórica democrática e a sua prática, propondo a sua “reinvenção”. Tanto dá pistas da dinamicidade da democracia e de sua possível desconexão com princípios aparentemente incontestáveis do Estado democrático de direito, como o do sufrágio. “Para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo”<sup>77</sup>. Assim, o que se propõe não é a reinvenção da democracia, mas, a partir da legitimidade dessas novas instituições compostas por não eleitos, avaliar se essa proposta é válida para uma revisão daquele princípio da independência e harmonia dos poderes.

A questão ascende em importância na atualidade frente à constitucionalização dos diversos ramos do Direito, especialmente no Brasil e em referência ao Direito Administrativo, onde os direitos e garantias fundamentais passaram à condição de direitos albergados em sede constitucional. Além de direitos propriamente ditos, os princípios jurídicos também ganharam sede na Constituição da República. Sua juridicidade “passa por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista”<sup>78</sup>. Nessa última e atual fase pós-positivista, BONAVIDES<sup>79</sup> conclui que Constituições como a brasileira passaram a expressar “a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos sistemas constitucionais”. Por sua vez, o Estado não é um mero garantidor desses direitos, ostentando, sim, a condição de titular do dever jurídico em prestá-los, conforme inúmeras decisões judiciais que vêm sendo proferidas pelos tribunais brasileiros.

Esse ativismo judicial não é natural nem pode ser tido como uma função típica e originária do Judiciário. Certamente é consequencial, advindo de ação ou omissão do Estado. Trata-se de uma espécie de atuação do Judiciário que

---

<sup>77</sup> BOBBIO, N. O futuro da democracia. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 19.

<sup>78</sup> BONAVIDES, P. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 259

<sup>79</sup> BONAVIDES, P. *Op. Cit.*, p. 264.

remete ao personagem do Juiz Hércules, imaginado por DWORKIN<sup>80</sup>, como aquele dotado de “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”, que, conjugando esses princípios jurídicos e valendo-se de seus saberes, é capaz de resolver os casos mais difíceis. Que ação ou omissão estatal levaria à exigência da atuação do “Juiz Hércules”? A resposta está no âmbito dos direitos e garantias fundamentais constitucionais e nas correspondentes políticas públicas adotadas ou não para a sua realização.

Após questionar se as instituições de “não eleitos” constituem ou não um risco à democracia e de salientar que o alarme já soou para o crescimento e a proliferação dessas instituições como um passo atrás perante a democracia, VIBERT<sup>81</sup> relaciona a criação dessas instituições para com a realização de políticas públicas e indaga acerca das razões que levam os cidadãos a entregar e a confiar a pessoas não eleitas esse encargo. A seguir, assevera que a sociedade tem de melhor conscientizar-se sobre as implicações que decorrerão dessa sua maior dependência dos “não eleitos”.

Talvez, correta esteja a observação de MEDINA<sup>82</sup> de que há um crescente ceticismo capaz de gerar a “desintegração da confiança cidadã” em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, o que estaria a favorecer o já identificado fenômeno do ativismo judicial, tudo com fulcro em uma espécie de “retórica constitucional”, como também a criação desses entes compostos por não eleitos.

De uma ou de outra forma, percebe-se haver uma tendência ao surgimento de instituições compostas por não eleitos, as quais seriam responsáveis pela realização de políticas públicas e por assegurar, a todos os cidadãos, os direitos e garantias fundamentais previstos em princípios e normas constitucionais. Tanto poderia (ou poderá) representar uma ameaça à democracia ou uma transformação natural dessa? Uma crise na democracia? Ao invés de crise, assim como BOBBIO, prefere-se, aqui, denominar-se a hipótese por transformação, pois, como bem pondera o jusfilósofo italiano,

---

<sup>80</sup> DWORKIN, R. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 56.

<sup>81</sup> VIBERT, F. The rise of the unelected: democracy and the new separation of Power. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 1.

<sup>82</sup> MEDINA, D. E. L. Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latino-americana. Legis: Bogotá, 2012, p. 411.

“crise nos faz pensar num colapso iminente”<sup>83</sup>, o que não é o caso, muito embora seja imperioso investigar-se que impactos essa transformação da democracia é capaz de produzir em relação às suas instituições, ao sistema representativo e ao princípio da separação de poderes.

Enfim, em síntese introdutória justificadora da indagação formulada, no sentido de sempre ser possível, especialmente diante de uma conjuntura de fatos concretos, renovar-se a forma pela qual percebemos a democracia, cite-se a lição de GOYARD-FABRE<sup>84</sup>, “por que, no terreno político em que surgiu, a democracia seja desde sempre objeto de pesquisas incessantemente renovadas e de juízos indefinidamente recolocados em questão”. Questionar-se a democracia, o que é e o que não é democrático é, portanto, uma missão eterna e permanente inerente à própria democracia.

## 4.2 A DEMOCRACIA E SUAS TRANSFORMAÇÕES

A partir do século V a.C., no seio do povo grego, ideias surgiram no sentido de um “sistema político no qual os participantes consideram uns aos outros como politicamente iguais, são coletivamente soberanos e possuem todas as capacidades, recursos e instituições de que necessitam para governar a si próprios”<sup>85</sup>. Essa pretensão grega, tão bem enunciada por Robert Dahl, veio a dar origem a uma das maiores criações da humanidade, que influenciou e influencia inúmeras culturas. Esse mesmo autor define-a como “um processo sem igual para a tomada de decisões coletivas e vinculativas”<sup>86</sup>. De forma próxima, BOBBIO, embora advirta não existir uma definição clara, compreende-a, “primariamente como um conjunto de regras de procedimentos para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> BOBBIO, N. Op. Cit., p. 19.

<sup>84</sup> GOYARD-FABRE, S. O que é democracia?. Martins Fontes: São Paulo, 2003, P. 11.

<sup>85</sup> DAHL, R. A.. A democracia e seus críticos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 1.

<sup>86</sup> DAHL, R. A. Op. Cit., p. 7.

<sup>87</sup> BOBBIO, N. Op. Cit., p. 22.

Das duas definições, extrai-se em comum tratar-se de um conjunto de atos, um processo de escopo decisório, cujo procedimento conta com a participação de uma coletividade.

Essa democracia originária foi concebida para a *polis* grega, pequenas cidades se comparadas às cidades e Estados atuais, onde a participação se dava diretamente e por uma população mínima de cidadãos, homogêneos tanto etnicamente como em termos de objetivos, os quais tinham na política uma atividade natural do cotidiano. Resumam-se as seis condições suscetíveis à democracia grega estabelecidas por Robert Dahl: (i) interesses harmoniosos entre os cidadãos, o bastante para compartilhar um sentido forte de um bem geral que supere seus interesses pessoais; (ii) cidadãos homogêneos “no que tange às características que, de outra forma, tenderiam a gerar conflito político e profundas divergências quanto ao bem comum”, tais como semelhança em seus recursos econômicos, tempo livre, religião, língua, grau de educação e similar pertencimento a raças, culturas ou grupos étnicos; (iii) corpo de cidadãos bem pequeno a fim de evitar a heterogeneidade, a inclusão de pessoas de línguas, religiões, história e etnias diversas, e, facilitar aos cidadãos valerem-se de sua experiência, observação e debate constante a fim de conhecer sua cidade e seus concidadãos, de molde a permitir-lhes “compreender o bem comum e distingui-lo de seus interesses privados ou pessoais”. Por fim, a reunião desses cidadãos em assembleia era facilitada pelo tamanho reduzido da comunidade, que era “essencial para que os cidadãos se reunissem em assembleia de modo a servir como governantes soberanos de sua cidade”; (iv) os cidadãos aptos a reunirem-se e “decidir, de forma direta, sobre as leis e os cursos de ação política”; (v) participação ativa dos cidadãos na administração da cidade; e, (vi) autonomia da cidade-Estado, com pouca ou nenhuma dependência de outras cidades, salientando DAHL, que:

Com efeito, ela deve possuir todas as condições necessárias para uma boa vida. Mas para evitar uma dependência muito forte do comércio exterior, uma boa vida seria, necessariamente, uma vida frugal. Dessa forma, a democracia estava ligada às virtudes da frugalidade e não da afluência.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> DAHL, R. A.. Op. Cit., p. 26.

Historicamente, pois, a democracia teve sua gênese de forma circunstancial. Essas condições ou requisitos enunciados por Dahl, além de resumirem o momento histórico de seu desenvolvimento inicial, traz-nos duas conclusões: primeira, a de que a transformação da democracia é inerente à evolução que ela própria permite, pois, num Estado mais bem organizado e mais justo, o crescimento demográfico assim como a diversidade cultural são consequências inevitáveis; e, segunda, a de que a sobrevivência da democracia exige a sua transformação e adaptação às circunstâncias vigentes. Esta última verifica-se facilmente na última condição no que respeita à relação entre democracia e frugalidade, própria de seus momentos iniciais de existência. Na atualidade, prevalece a afluência de direitos e de bens de consumo, afluência mesmo do público para o privado, enquanto a frugalidade, por vezes e por alguns juízos de valor pós-modernos, pode afrontar a dignidade. Transformações e ajustes foram, são e sempre serão imprescindíveis ao processo democrático.

A expansão da cidade-Estado para o Estado nacional deu ensejo ao desenvolvimento de uma democracia aliada a uma república, onde um dos cânones da democracia, a participação direta do cidadão, teve de ceder em favor de um sistema compatível para com a dimensão extraordinariamente maior desse novo Estado, composto não mais por cidadãos homogêneos, mas por um povo dividido em aristocracia e um restante conformador da camada popular, cada qual com seus interesses. Nesse momento, os interesses dos cidadãos passam a conformar não mais o interesse comum para tornarem-se fonte de conflitos. O processo democrático teve de perseguir soluções viáveis a transcender para esse novo modelo de Estado que a modernidade apresentava e sublimar aquela fonte de conflitos em potencial.

No século XVIII, na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos, uma nova república surgia, onde a ideia de uma norma capaz de criar um bom governo apto a defender os interesses do povo dos elementos mais temidos – aristocráticos e oligárquicos – vicejava sob a ideia de uma Constituição, “que possa, de alguma forma, superar a tendência inevitável à preponderância de uns poucos déspotas, ou de apenas um, e de seus agregados”<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> DAHL, R. A.. Op. Cit., p. 38

O governo por representação ganha força e começa a ser aceito e difundido por doutrinadores da época, como o próprio Montesquieu que, em seu *Espírito das Leis*, já reconhecia ser impossível ao povo de um Estado de grandes proporções reunir-se como um corpo legislativo. Forte foi a influência do autor francês Antoine Destutt de Tracy em seu *Commentaire sur l'esprit des lois de Montesquieu* (1806), como defensor do sistema representativo, tendo como um de seus tradutores para o inglês o editor e federalista norte-americano Thomas Jefferson. Uma nova visão da democracia surge, assim, contrariamente aos antigos princípios. O conflito passa a ser considerado como parte construtiva do processo democrático, deixando, portanto, de ser tido como elemento destrutivo e perturbador dessa mesma ordem.

A fim de limitar o exercício do poder e não o deixar nas mãos de um único homem ou órgão, a doutrina engendrou não só um sistema de divisão de funções, classificando-as em legislativa, executiva e jurisdicional, cujo exercício seria distribuído entre três poderes correspondentes àquelas funções, como também arquitetou um sistema de freios e contrapesos para evitar a prevalência de um poder sobre outro. Ao citar Herbert Croly e sua opinião sobre o tema, VILLE bem resume o escopo desse princípio de divisão de poder, primeiro, não como uma forma de mutilá-lo, mas como meio de moralizá-lo; segundo, transcrevendo palavras daquele autor, acentua que o:

Estado dividiu-se em partes porque não se pode requerer a nenhum homem ou grupo de homens, de maneira segura, que exerça a totalidade de suas funções, porém dentro dos limites de uma separação de poderes necessária e desejável, em que uma reunião parcial poderia ser permitida e útil (VILLE, 2007, p. 305).<sup>90</sup>

A separação de poderes de forma extremada já havia sido tentada na França aos moldes propostos por Rousseau e, tal era a harmonia que exigia entre os poderes, que o exercício de um governo tornou-se impossibilitado. Todavia, o temor de um retorno da aristocracia ou da nobreza ao poder levou os franceses a recusar o sistema de freios e contrapesos, que era por eles associado a um sistema de privilégios.

---

<sup>90</sup> VILLE, M. C. J. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 305.

Nos Estados Unidos, ao contrário, esse sistema era a regra, uma vez que, lá, a aristocracia e a monarquia tiveram fim com a revolução, além do que, boa parte da população de homens ricos e esclarecidos foi cooptada e participou da revolução, o que os levou a adotar o sistema tal como pugnado por Montesquieu e Blackstone.

No início do século XIX, Benjamin Constant buscou reconciliar a democracia com a monarquia na França e criou uma teoria da monarquia constitucional, combinando todos os elementos que Sieyès tentava conciliar: (i) a separação de poderes; (ii) barreiras efetivas ao abuso de poder; e, (iii) a unificação e a harmonia do exercício da autoridade estatal. Propunha que a cooperação entre poderes era tão importante quanto a separação, e desenhou um sistema de divisão/separação e controle/conexão, de forma a que o executivo e o legislativo não sofressem qualquer espécie de fusão.<sup>91</sup> Guizot, também no limiar daquele século, concluiu sua obra “*Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France*”, que se transformou numa das principais obras de referência à democracia representativa, estruturando o governo em ministérios.

Alguns dos elementos incorporados ao processo democrático nesses últimos séculos permanecem até os dias atuais e podem ser vistos no Direito brasileiro, tais como a separação de poderes, o sistema de freios e contrapesos, o sufrágio e os meios de controle do governo, além do sistema representativo.

Todavia, uma análise histórica é suficiente para vislumbrar-se que esses elementos não bastaram para evitar que houvesse preponderância de um poder sobre outro em diversas fases da história, que um patronato político dominasse o corpo de representantes políticos sem participar diretamente da política e que a corrupção corroesse todos esses sistemas, independentemente da forma que tenham adotado. Problemas esses que os séculos e todos os estudos e empenhos éticos não foram capazes de conferir solução até o presente momento.

---

<sup>91</sup> VILLE, M. C. J.. Op. Cit., p. 228.

### 4.3 CRÍTICA AO SISTEMA REPRESENTATIVO

O sistema representativo, embora guarde uma lógica considerável, não ficou imune a críticas. Observando que há uma grande discrepância entre os resultados legislativos e os desejos dos eleitores e que as leis, na interpretação pluralista, são uma espécie de mercadoria, SUSTEIN<sup>92</sup> destaca duas causas dessa discrepância: primeira, referente ao gasto financeiro havido na campanha; segundo, seriam os custos de transações destinadas ao exercício de influências políticas, que inibem ou impedem que grupos desorganizados postulem seus direitos e exerçam a devida influência perante o corpo legislativo. A crítica é similar a que foi levada a efeito anteriormente, ao que denominamos de poder comprometido em virtude de relações espúrias com as grandes empresas do mercado.

Esse defeito não passa despercebido a BOBBIO<sup>93</sup>, que, entretanto, prestigia a democracia, assinalando que:

Enquanto a presença de um poder invisível corrompe a democracia, a existência de grupos de poder que se sucedem mediante eleições livres permanece, ao menos até agora, como a única forma na qual a democracia encontrou a sua concreta atuação.

Todavia, se assim reconhece, resta claro que a democracia representativa deixou de cumprir o sonho humano de eliminar o chamado poder invisível e dar vida a um governo “cujas ações deveriam ser realizadas publicamente”.

Numa sociedade pluralista, um consenso majoritário pode levar a um processo decisório aparentemente democrático, mas que está distante de atender aos interesses de grupos minoritários. Por conseguinte, a fim de atingir seu desiderato de igualdade, o processo democrático tem de agregar soluções contramajoritárias para que os interesses dessas minorias sejam atendidos e seja mantido o equilíbrio social. Todavia, isso não será atingido pelo consenso.

---

<sup>92</sup> SUSTEIN, C. Constituciones y democracias: epílogo. In. ELSTER, J.; RUNE, S. Constitucionalismo e democracia: estudos introductorio de Alejandro Herrera M. Trad. Monica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, cap.11. p. 350.

<sup>93</sup> BOBBIO, N.. Op. Cit., pp. 21-41.



MOUFFE<sup>94</sup> percebe esse caráter excludente em potencial e anota que, “por ter como postulado de viabilidade um consenso sem exclusão, o modelo de uma democracia deliberativa é incapaz de dar forma a um pluralismo liberal-democrata de modo apropriado”.

O sistema político-partidário articulado para possibilitar esse sistema democrático representativo, por seu turno e ainda que livre do mal da corrupção, leva para o poder homens, cujo governo não estará indene de ser permeado por suas paixões e convicções pessoais, políticas e, ainda pior, partidárias. Como salienta GOYARD-FABRE<sup>95</sup>, esse transporte para a esfera pública dos conflitos e das paixões humanas, ao invés de trazer a esperança da liberdade e da igualdade, acaba por suscitar as “ameaças da desrazão”. São as instituições democráticas diversas que vão criar antídotos para essa “desrazão”, desde a organização constitucional desses poderes, as garantias de legalidade e igualdade de todos perante a lei, a independência dos tribunais e a proteção jurídica dos direitos fundamentais.

SUSTEIN<sup>96</sup>, no artigo precitado, defendeu a democracia plural como forma de superar essas “patologias” que afligem e “que se associam a uma ou outra concepção da democracia”. Essa seria uma espécie de democracia que não é voltada à disputa pelo poder, a ditar o que é o bem-comum e distribuí-lo. Na democracia plural, o grupo político procuraria o poder para usar os escassos recursos sociais em seu benefício e de acordo com seus interesses.

Esse distanciamento da democracia representativa daquela pensada nos seus primórdios dá ensejo a oito consequências enumeradas por DAHL. A primeira delas, à evidência, a própria representação, onde representantes substituíram as assembleias de cidadãos. A segunda consiste na “expansão ilimitada” possibilitada pela representação, que passou a permitir o aumento da extensão territorial e populacional. A terceira consequência é a limitação da democracia participativa, decorrência inerente à representatividade, reduzindo a possibilidade de algum cidadão querer participar da vida política do Estado. A expansão associada ao desenvolvimento dá ensejo à quarta consequência, que é a diversidade, consubstanciada na heterogeneidade e na pluralidade

---

<sup>94</sup> MOUFFE, C. *The democratic paradox*. Londres; New York: Verso, 2000, p. 49.

<sup>95</sup> GOYARD-FABRE. *Op. Cit.*, p. 13 e 278.

<sup>96</sup> SUSTEIN, C.. *Op. Cit.*, p. 344.

populacional com o fim ou redução significativa de uma população unida por traços comuns. Esta consequência, em nosso assentir e na medida em que fizeram surgir processos inclusivos e um “amplo leque de direitos e liberdades pessoais” como expresso por Robert Dahl, começa a dar vida ao controle das políticas públicas e à transformação do que antes eram expectativas em políticas públicas em direitos fundamentais por todos exigíveis. A quinta consequência advém dessa diversidade que dá origem a um número maior de “conflitos”, que passam a ser tidos como parte integrante do processo de formulação de políticas públicas. Esse caldeirão exigiu a formação de instituições políticas que dão os contornos da moderna democracia, distinguindo-a de outras formas de governo atuais e de democracias antigas. A sexta consequência, portanto, é o que DAHL denomina por “poliarquia”, definindo-a como “um conjunto de instituições necessárias ao processo democrático em grande escala”. Pluralismo social e organizacional constituem a sétima consequência, isto é, “a existência, nas poliarquias, de um número significativo de grupos e organizações sociais que são relativamente autônomas umas com relação às outras e também no que diz respeito ao próprio governo”. Por fim, dentro dessa poliarquia, vislumbra como oitava consequência a expansão dos direitos individuais, inclusive da própria cidadania extensível a praticamente toda a população adulta de um governo poliárquico.<sup>97</sup>

Mais proximamente, interessa aos propósitos aqui delineados essa nova configuração que conta, de um lado, com a expansão e a constitucionalização dos direitos fundamentais e, de outro, com o incremento dos deveres do Estado em relação aos cidadãos. Indaga-se a razão de, apesar de as antigas expectativas políticas terem sido erigidas à condição de direitos constitucionais, permanecerem a ser submetidos aos desígnios políticos dos titulares de mandatos nos Poderes Executivo e Legislativo, cujas proposições ou omissões sobrepõem-se a determinações constitucionais pelo simples fato de aqueles mandatários ostentarem a condição de vencedores daquele conflito que, se nos primórdios era tido como nocivo à democracia – a representatividade –,

---

<sup>97</sup> DAHL, R.. Op. Cit., p. 340.

agora é considerado como parte integrante e legitimadora do processo democrático.

#### 4.4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO DIREITOS: O PAPEL DOS NÃO-ELEITOS E A SEPARAÇÃO DE PODERES

O tema políticas públicas transcendeu ao âmbito político e ganhou juridicidade, passando a ter assento em sede constitucional. Muitas vezes são ali previstas e estabelecidas como responsabilidade e dever do Estado, bem assim como direitos individuais ou coletivos, além do fato de admitirem concretização mediante um exame de princípios que não só norteiam como também conformam a atuação estatal. Sob a óptica do Direito constitucional, BARCELLOS<sup>98</sup> anota que:

Neste passo, é possível aludir que (i) como a Constituição estabelece a promoção dos Direitos Fundamentais como um dos seus fins essenciais; (ii) como as políticas públicas são os meios pelos quais os fins constitucionais podem ser realizados de forma abrangente e sistemática; (iii) como as políticas públicas envolvem o gasto de dinheiro público; (iv) como os recursos públicos são limitados; e (v) como é impositiva a realização de escolhas, denota-se que a Constituição vincula as escolhas em termos das políticas públicas e do dispêndio de recursos públicos”.

As políticas públicas passaram, assim, à condição de atos vinculados às normas constitucionais. Em princípio, caberia às próprias instituições políticas do poder a sua realização. Sucede que, invariavelmente, Executivo e Legislativo omitem-se em levar à esfera do concreto o debate sobre determinados temas sensíveis ao eleitorado. Com frequência, o Supremo Tribunal Federal tem sido instado a pronunciar-se sobre esses temas, dando os contornos jurídicos ao exercício de certos direitos que não foram tratados e concretizados por aqueles demais Poderes, conforme os exemplos já citados. Embora interessantes, relevantes em interesse e de alta envergadura social, as

---

<sup>98</sup> BARCELLOS, A. P. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, 2005, n. 240, p. 91.

questões por vezes tratadas pelo Judiciário eram estranhas ao exercício da função jurisdicional.

Outros vários exemplos mais simples e do cotidiano de tribunais inferiores podem ser conferidos, como o caso de decisões que: (i) determinam a internação de pacientes em hospitais particulares sob a responsabilidade financeira do poder público, que não dispunha de leitos vagos na rede pública hospitalar; (ii) fixam prazo e determinam a realização de concurso público e nomeação para cargos de professores, médicos e enfermeiros da rede pública; (iii) determinam a construção de presídios, hospitais e escolas públicas; e, (iv) estipulam que espécie de medicamento deve ser concedido, gratuitamente, pelos entes federados a pessoas que não dispõem de meios financeiros para adquiri-las no mercado, entre outros. Hipotéticos ou concretos, os casos propostos são de potencial ocorrência no direito brasileiro e significam uma ingerência do Judiciário, composto por não eleitos, na realização de políticas públicas.

O direito constitucional brasileiro passou, assim, a admitir o controle jurisdicional de políticas públicas. “A Administração Pública no Estado Democrático de Direito possui um ônus argumentativo maior para demonstrar a legitimidade de sua atuação para o verdadeiro dono do poder: o povo (art. 1º, parágrafo único da CRFB)”<sup>99</sup>. Complementaríamos a assertiva para acrescer, além da atuação, a omissão do poder público em praticar certo ato e, por conseguinte, deixar de atender a algum interesse dos cidadãos. Essa atividade do Judiciário, embora louvável e de encontrar supedâneo constitucional, não lhe é própria na origem e só é exercida por alguma falha precedente do sistema, seja essa falha desejada ou não.

De toda a sorte, verifica-se que o Judiciário é o primeiro corpo de não-eleitos a definir e a exigir a concretização de políticas públicas, por vezes mesmo realizando-a, possuindo, entretanto, indiscutível legitimidade constitucional para fazê-lo.

O ativismo do Judiciário, porém, não é o tema principal deste estudo. Serve, sim, de exemplo para ilustrar e demonstrar a flagrante insatisfação do

---

<sup>99</sup> OLIVEIRA, R.; CARVALHO, R. Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 109.

povo para com os membros eleitos do Legislativo e do Executivo, como também em relação a todas as demais instituições da poliarquia, na medida em que se socorrem do Judiciário para a obtenção e consecução de direitos que lhes são negados pelo exercício equivocado ou pela omissão na realização de políticas públicas. Sobre o controle das políticas públicas, BARROSO comenta que:

A questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre os investimentos de recursos e as opções política a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas.<sup>100</sup>

Essa ampliação do controle jurisdicional das políticas públicas dá-se por uma mudança de concepção e de sua inserção no mundo do Direito, muito além do seu pertencimento político. A proposição das políticas públicas pode ser vista na atualidade de uma forma diversa à daquela prevalecente até o final do século XX. Àquela época, o conteúdo político permeava as soluções voltadas à consecução de interesses econômicos e sociais, envolvendo disputas entre classes sociais ou entre o capital e os trabalhadores, o que justificava a elaboração das políticas públicas unicamente por representantes eleitos que representassem e refletissem aqueles interesses. É o que ressalta VIBERT, salientando que, “em contraste, as disputas por alocação de recursos nas democracias contemporâneas dá-se na base de reivindicações de direitos”.<sup>101</sup>

Tudo indica que há uma mudança de perspectiva. As políticas públicas demandadas pelos cidadãos não necessitam mais de um político que as implemente segundo concepções políticas forjadas em interesses partidários relativamente ao econômico e ao social, que conduziram à sua eleição. Tanto acabava por premiar uma formatação majoritária do Estado. Por essa nova

---

<sup>100</sup> BARROSO, L. R. Op. cit.

<sup>101</sup> VIBERT, F.. Op. Cit., p. 1.

perspectiva, os cidadãos exigem a implementação de direitos por intermédio de políticas públicas e não mais de “interesses” destituídos de força coercitiva contra o Estado, o que está a dispensar corpos políticos para a sua formulação e concretização. Essas políticas públicas poderiam e podem ser levadas a efeito por corpos neutrais não eleitos, compostos por pessoas de elevado conhecimento na área e sujeitas a permanente controle social.

Ao verificar-se que os órgãos não eleitos estão sendo criados em diversos países, vislumbra-se o surgimento de uma democracia e de um novo sistema de separação de poderes, suscitando uma questão formulada pelo próprio Vibert: representariam esses órgãos de não eleitos um risco para a democracia? Ao que tudo indica, esses organismos vieram fortalecê-la e colaborar para a concretização dos direitos e garantias fundamentais estatuídos em sede constitucional. A sua ausência no Direito brasileiro talvez seja um dos motivos do fenômeno da “judicialização” e do enfrentamento de inúmeras questões políticas no âmbito do Poder Judiciário, que, em síntese, acaba por exercer funções que, em princípio, caberiam ao Legislativo e ao Executivo. São indagações e constatações que merecem pesquisa para fins de configuração desse novo modelo de Estado e de uma nova concepção de democracia, tão criticada por seu uso indiscriminado a significar qualquer coisa, que, na atualidade, não passaria de “um vago endosso de uma ideia popular”.<sup>102</sup>

Necessário se faz um conceito de políticas públicas, tal como o oferecido por BREUS, que as consideram como “um dos mecanismos centrais de atuação da Administração Pública brasileira voltada à efetivação dos Direitos Fundamentais, sobretudo dos direitos sociais, econômicos e culturais”.<sup>103</sup>

As políticas públicas eram formadas em bases ideológicas e não derivavam de uma dádiva ou de um direito. Como simples dádivas do Estado, e se a tanto se restringissem os interesses por elas perseguidos, seria utópico imaginar-se a sua prestação como políticas públicas, ao menos de forma equânime e destituídas da ideologia ou interesse conveniente do titular do poder. Como direito, passa à condição de dever do Estado e, como tal, é

---

<sup>102</sup> DAHL, R.. Op. Cit., p. 3.

<sup>103</sup> BREUS, T. L. Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 21.

possível questionar-se a razão de essa política pública dever ser prestada única e exclusivamente por um político eleito e mesmo de manter essa denominação, que lhe confere uma falsa acepção distante de sua real natureza jurídica, pois, se direito fundamental é, objeto de manejo político não pode ser.

Além do Judiciário, a criação de instituições erroneamente denominadas por autoridades administrativas independentes na França, *quasi-autonomous non-governmental organisation* (QUANGO) na Inglaterra ou por agências reguladoras, tanto no Brasil como nos Estados Unidos, têm sido medida adotada para a regulação da prestação de serviços públicos, por exemplo. Saliente-se, também, a existência de outras instituições autônomas reguladoras do mercado, como as antitruste e os bancos centrais. Tais instituições não foram identificadas por Robert Dahl em sua esquematização da poliarquia, mas o conceito pugnado pelo autor parece permitir as suas inclusões àquela. De fato, essas novas instituições são criadas para, com fulcro na maior eficiência, resolver os problemas que a politização (de natureza partidária) e a burocratização do Estado não pareciam mais aptas a resolver por intermédio de suas instituições tradicionais.

Essa “resolução de problemas” configurados em direitos exigíveis pelos cidadãos é, segundo VIBERT<sup>104</sup>, uma vantagem dessas instituições de não-eleitos, mais preparados em termos de informação e técnica do que aqueles outros membros eleitos, que não se mostravam capazes de atender a um conjunto de mudanças altamente dinâmicas da sociedade e de assegurar-lhes os direitos fundamentais constitucionalmente previstos no tempo e condições adequados. Essas novas instituições podem ser um freio ou ao menos uma redução ao ativismo judicial, não por impedi-lo, mas por que essas instituições moldadas como autoridades constitucionais independentes prestam, asseguram e concretizam aqueles direitos fundamentais. Fazem-no efetivamente e consoante preceitos técnicos e objetivos, fundadas na neutralidade política. Na medida em que se compara esse novo arcabouço institucional para com o fundado apenas na legitimidade da representação pelo sufrágio, aquele de não-eleitos afigura-se como de grande vantagem para os cidadãos e como um relevante ganho democrático. Por ora, no Brasil, os

---

<sup>104</sup> VIBERT, F. Op. Cit., p. 102.

direitos fundamentais ainda continuam por aceder aos desígnios políticos de instituições compostas ou lideradas por pessoas eleitas ou por estas indicadas em confiança e lealdade político-partidária, o que provoca uma maior atuação do Judiciário na correção de políticas públicas e na supressão de omissões.

Inegavelmente, essas instituições de não-eleitos exercem funções múltiplas outrora próprias dos poderes originários. Representam, de certa forma, a reunião de várias funções nas mãos de um grupo de pessoas, o que contrariaria um dos vetustos princípios democráticos. Todavia, viu-se precedentemente que a evolução da democracia representou, por diversas vezes, a ruptura para com axiomas dos que lhe eram mais caros, como o próprio sufrágio direto. Essa constatação permite afastar críticas quanto à falta de legitimidade desse grupo de não-eleitos, que, muitas das vezes, insistem em caracterizá-los como parte integrante do Executivo, do qual, a bem da verdade e para a consecução legítima de seus fins, devem afastar-se.

Como bem evidencia CASSESE:

Questiona-se o princípio da democraticidade dos ordenamentos, já que os componentes das autoridades não são colocados sob o controle dos eleitores, mas, como no caso de sacerdotes, estudiosos, especialistas e juizes, recorremos a seus conhecimentos e valores. Prossegue o mestre italiano para, tratando desses entes compostos por não-eleitos, em sua crítica aos detratores de sua legitimidade democrática, assinalando que quem acredita na distribuição dos poderes entre os aparelhos – como os críticos norte-americanos das agências na progressive era, que se recusavam a reconhecer a existência de um quarto poder – chega à fácil conclusão de que as autoridades independentes fazem parte do aparelho executivo, integram a administração pública. Dessa forma, comete-se o erro de atribuir às autoridades a um dos três poderes, aceitando o dogma de que tudo o que não é jurisdição e legislação é administração. Um equívoco que se encontra refletido na própria expressão de origem francesa, 'autoridades administrativas independentes'.<sup>105</sup>

Enquanto VIBERT<sup>106</sup> entende que essas novas instituições de não-eleitos ou autoridades independentes devem ser estudadas, assim como os demais ramos de poder, como se fossem parte do sistema de freios e contrapesos e como um ramo por si só, onde repousaria a sua própria legitimidade, CASSESE<sup>107</sup> é peremptório em inseri-las no Direito Constitucional

---

<sup>105</sup> CASSESE, S. A crise do Estado. Saberes: Campinas, 2010, p. 15.

<sup>106</sup> VIBERT, F.. Op. Cit., p. 15.

<sup>107</sup> CASSESE, S.. Op. Cit., p. 36.



como alternativa ao governo econômico, categorizando-as “entre os poderes estatais em nível constitucional, representando uma atenuação daquilo que no século XIX era definido como monstruoso conúbio de democracia e centralização”.

#### 4.5 ENTES AUTÔNOMOS.

Essas autoridades independentes como quer CASSESE, composta por membros não-eleitos, afiguram-se como possíveis e legítimas integrantes da poliarquia, constituindo-se numa proposta viável à revisão do axioma da separação de poderes, não sendo justo, sob uma perspectiva histórica, acoimarem-se essas autoridades independentes como instituições não democráticas. Como bem pondera VIBERT, todo ramo de poder pode representar um risco à democracia do seu próprio modo, pois seu exercício pode representar um abuso ou estar destinado a fins nefastos. As funções dessas novas instituições são extremamente específicas e sofisticadas em termos tecnológicos e socioeconômicos. Assim, conclui VIBERT<sup>108</sup>, que:

A ascensão dos não-eleitos representa tanto um risco como um benefício para um sistema democrático de governo. Se o novo ramo segue os princípios corretos e os procedimentos adequados que legitimam a sua atividade, e se os outros ramos de poder adaptam as suas próprias funções nessa nova separação de poderes de molde a chamá-los à responsabilidade, serão os benefícios que irão prevalecer.

O maior impacto, a despeito de essas autoridades independentes exercerem um conjunto de funções que são inerentes à consecução de seu escopo, dar-se-á no âmbito do Poder Executivo. Vislumbra-se que o político cede à funcionalização do Direito, que chega à Administração Pública e transforma-a no sentido de adotar um modelo policêntrico de exercício do poder, criando-se entes especializados, neutros e autônomos, administrativa e financeiramente, para atuarem como gestores e garantidores dos direitos fundamentais.

---

<sup>108</sup> VIBERT, F.. OP. CIT., P. 182.

O fenômeno já pode ser percebido com a fragmentação da Administração Pública, cujas:

Entidades, estruturas, formas de agir e atuar, atividades e decisões, encontram-se divididas, dispersas, fragmentadas. E, diante desta constatação, pode-se dizer que o próprio reconhecimento de planos de fragmentação e, conseqüentemente, do fenômeno da fragmentação administrativa do Estado e de sua gestão administrativa, já se apresenta como estímulo a uma análise doutrinária que não apenas se dedique a classificar e fracionar a Administração Pública, mas, sim, que passe a vislumbrar uma Administração Pública orgânica e funcional fragmentada [...].<sup>109</sup>

Ser funcional, aplicar o Direito com liberdade bastante a propor, elaborar e implementar políticas públicas, destituídas de conteúdo político e que guardem adequação para com as expectativas dos cidadãos a que se destinam, demanda profissionalização e enorme capacidade técnica, além de reunir num só organismo ou ente funções além das meramente administrativas. O princípio e o fim desses entes deve estar centrado nas pretensões dos cidadãos e não na proposta eleitoral do atual poder centralizador. A respeito e nesse sentido, pugna BACELLAR FILHO, com fundamento em princípios como o da dignidade da pessoa humana apreciados em face dos serviços públicos:

No atendimento a esses fundamentos centra-se a função administrativa que, como temos sustentado, encontra seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual, quanto coletiva.<sup>110</sup>

Todavia, por exigir uma reconfiguração da distribuição de funções entre os diversos poderes, o tema transcenderá ao Poder Executivo, repercutindo perante os demais. A revisão da teoria da separação de poderes, aparentemente, merece ser reavaliada quanto à sua propalada imprescindibilidade à democracia.

Embora no Brasil, essas autoridades independentes e outras de possível criação não tenham, ainda, assento na Constituição, verifica-se uma tendência à aceitação dessa tese – sua inclusão dentre as instituições constitucionais – máxime do sucedido com os Tribunais de Contas e o próprio Ministério Público.

---

<sup>109</sup> FREITAS, D. B. A fragmentação administrativa do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 86.

<sup>110</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões sobre direito administrativo. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 47.

Como suas funções vão além do controle, tal como estão se desenvolvendo as chamadas agências reguladoras no Direito brasileiro, que implementam, inclusive, políticas públicas – ou direitos, como acima definidos – essas instituições, aglutinadoras de funções administrativas, normativas e jurisdicionais, desde que submetidas a permanente controle e participação social, poderão se constituir numa democracia de não-eleitos e numa proposta de revisão do princípio da separação de poderes, desde que venham a se traduzir em entes constitucionais autônomos, sujeitos ao controle dos demais Poderes.

#### 4.6 EM BUSCA DE UM SISTEMA TÉCNICO-NEUTRAL NA ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE, EDUCAÇÃO E DEMAIS SERVIÇOS PÚBLICOS

O que se pretende demonstrar são as vantagens da criação de um sistema de decisão técnico-neutral independente e em substituição ao de decisão político-partidária, atualmente prevalente. O profissionalismo é pressuposto para a irrefutável aquisição da técnica, cujo domínio é imprescindível à eficiência. De outra parte, a independência política, administrativa e financeira é pressuposto inexorável à neutralidade. Estabelecidas e verificadas essas premissas, pode-se vislumbrar a transcendência do modelo atual de mera técnica de descentralização administrativa para outro modelo de instituição constitucional cuja natureza se consubstancie numa tríade funcional: administrativa, legislativa e jurisdicional. BACELLAR FILHO corrobora a tese de que a profissionalização é um pressuposto para a legitimação da Administração Pública, em nosso assentir, de maior relevo e importância do que aquele obtido por meio de um conjunto de votos obtidos de forma discutível e incapaz de conferir o tirocínio necessário ao bem administrar. Assevera que:

A profissionalização da função pública constitui instrumento de legitimação da Administração Pública brasileira perante o povo: (i) primeiro, para garantir a observância do princípio da igualdade na escolha de seus agentes a partir de critérios que possibilitem a aferição daqueles mais preparados para o exercício da profissão, e não mais um status atribuído em razão de um direito de nascença ou pela proximidade pessoal com os governantes; (ii) segundo, para dar cumprimento ao princípio da eficiência, de uma Administração capacitada a responder aos anseios coletivos mediante a prestação de serviços adequados.<sup>111</sup>

Essa profissionalização, pela composição desses entes constitucionais autônomos por pessoal especializado no ramo da saúde, da educação e nos demais serviços públicos traria, à evidência, chances muito maiores de eficiência. Infelizmente, o conceito de serviço público está longe de ser uma unanimidade no Direito Administrativo. Para os fins do presente, toma-se por empréstimo o conceito formulado por BANDEIRA DE MELO, que bem oferece os três elementos que o compõem, segundo o qual:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.<sup>112</sup>

Os três elementos básicos seriam: (i) a presença da figura do Estado como Administração Pública (subjetivo); (ii) a sujeição a um regime de direito público (formal); e, (iii) a finalidade de atendimento de interesses da coletividade (material).

Para agregar-se à tese aqui esposada, ARIÑO ORTIZ traça notas que formulam um conceito de serviço público, onde observa e registra o fato de que sua prestação ou gestão não demanda a titularidade de poderes soberanos:

Primeira, trata-se de uma atividade estatal, isto é, assumida em sua titularidade pelo Estado; segunda, trata-se de uma atividade destinada ao público, para a fruição dos cidadãos; terceira, trata-se de uma atividade de reconhecida necessidade indispensável para a vida social o que é diferente de se dizer que seja uma atividade

---

<sup>111</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da Função Pública no Brasil. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, 12:9-17, abr/jun. 2003.

<sup>112</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 650.

necessária para a vida do Estado: para a vida do Estado não é necessária); quarta, trata-se de uma atividade cuja gestão não supõe o exercício de poderes soberanos.<sup>113</sup>

Essa consideração de que a gestão dos serviços não pressupõe o exercício de poderes soberanos, retira eventual crítica de subtração de poderes próprios e inviáveis de serem subtraídos do Executivo, adequando a tese no sentido de que não há violação ao princípio da separação dos poderes.

De acrescer-se que outro doutrinador já chancelou a possibilidade de entes reguladores autônomos passarem à condição de entes constitucionais. Como proposto por JUSTEN FILHO:

O universo institucional passaria a contar com entes (denominados “órgãos reguladores”) com dignidade semelhante a outros seres constitucionais, aos quais a lei poderia atribuir competências extremamente extensas. Essa concepção pode desaguar no reconhecimento, inclusive, de competências legiferantes e jurisdicionais às duas agências previstas constitucionalmente.<sup>114</sup>

Essa regulação em nível constitucional professada por Marçal Justen Filho não precisa estar necessariamente jungida àquelas duas agências reguladoras previstas em sede constitucional, nem somente aos serviços e outros misteres atribuídos às atuais e existentes agências reguladoras. Outros serviços públicos como a saúde e a educação podem ser objeto de entes reguladores e, como direitos fundamentais previstos na Constituição da República, estariam guarnecidos da devida garantia. A ver que características esses entes devem ter para cumprir a sua missão com proficiência e em sua plenitude, reduzindo o ativismo judicial, assunto a ser tratado a seguir, previamente ao exame das dificuldades e para a implementação no país de um sistema regulatório, não só no nome, mas em sua natureza jurídica.

---

<sup>113</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Significado actual de la noción el Servicio Público. In: El nuevo Servicio Público. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 544. “*Recapitulando las consideraciones hechas más arriba y a la vista de la tipificación legal que se recoge en nuestro ordenamiento pueden, quizá, deducirse hasta ahora las siguientes notas definitorias: primera, se trata de una actividad estatal, esto es, asumida en su titularidad por el Estado; segunda, se trata de una actividad destinada al público, a la utilidad de los ciudadanos; tercera, se trata de una actividad de reconocida necesidad indispensable para la vida social (lo cual es distinto a decir que sea actividad necesaria para la vida del Estado: para la vida del Estado no es necesaria); y cuarta, se trata de una actividad cuya gestión no supone el ejercicio de poderes soberanos.*” Tradução livre.

<sup>114</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras. Op. cit., p. 393.

## **5. A FRAGILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DO SISTEMA POLÍTICO-ADMINISTRATIVO WEBERIANO**

### **5.1 BUROCRACIA E ATIVISMO JUDICIAL**

A constitucionalização dos direitos e a elevação destes ao *status* de direitos fundamentais conduziram ao questionamento de omissões legislativas e de políticas públicas perante o Judiciário, que, ao proferir decisões corrigindo essas últimas e suprimindo aquelas primeiras, foi acusado de ativismo e de exacerbação de suas funções. O objetivo desta parte do estudo é, sob a óptica da atuação do Poder Judiciário, assim denominada por ativismo, e da necessidade da sociedade civil em socorrer-se desse Poder para fins de consecução de direitos fundamentais, verificar se tais direitos são fortes ou frágeis, não por sua materialidade em sede constitucional, mas em razão e sob a perspectiva de o Estado Democrático de Direito persistir a adotar um modelo político-administrativo weberiano incapaz de assegurar a concretização dos direitos fundamentais, o que seria dificultado ainda mais por um sistema de divisão funcional do poder em três esferas que, por conveniências político-eleitorais, omitem-se no cumprimento dessas funções e retardam a consecução de direitos fundamentais pelos cidadãos, que se vêm obrigados a recorrer a demorados processos judiciais. Isto é, não se pretende analisar se o

Judiciário usurpa ou não competências de outros Poderes, mas ter essa atuação como um sintoma de que a democracia representativa e a separação de poderes sofrem uma pressão irresistível de fatores outros como o mercado e a informação, o que impende reavaliação desses dogmas da estruturação do Estado.

Neste escopo, busca-se uma proposta de reestruturação legislativa e administrativa para fortalecer os direitos fundamentais, que, sem subtrair funções ao Judiciário, torne a atuação desse Poder conformada e restrita à aplicação da lei, sem ter de criá-la suprindo omissões legislativas e políticas públicas defeituosas.

O exército da Prússia e sua reorganização por Frederico O Grande foram a fonte de inspiração para os trabalhos de Max Weber sobre as organizações e a burocracia requerida para o seu sucesso. O “bureau” foi a base de sua teoria e o responsável pela organização das funções administrativas nas indústrias. Precisão, rapidez, transparência, regularidade, confiabilidade e eficiência eram as qualidades esperadas daqueles atores responsáveis pela consecução dos melhores resultados para um determinada empresa ou organização. Essas deveriam seguir a receita de Weber: uma divisão fixa de objetivos, supervisão hierárquica e normas e regulamentos bem detalhados. Isso nos conduz ao princípio da segurança jurídica, que é internacionalmente reconhecido como o ponto central do princípio do devido processo legal.

Como é dado perceber, a segurança jurídica e o devido processo legal são princípios valiosos até o momento, uma vez que se prestam como base de várias sociedades ao redor do mundo, criando solo fértil para o mercado e para os ideais econômicos do liberalismo, para os quais a previsibilidade e um Estado limitado por normas nacionais e internacionais são fundamentais ao alcance de seus objetivos. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) define o devido processo legal como o princípio que “primeiro e acima de tudo busca enfatizar a necessidade de se estabelecer uma sociedade baseada na lei, no interesse da segurança jurídica e da previsibilidade”.

A burocracia consiste num modo racional de organização baseado em leis e regulamentos, que, ao tempo de Weber, deram fim às decisões

arbitrárias e às formas de trabalho de então. Esse modelo, aplicado à Administração Pública, legitimou a autoridade pública, protegida pela crença na natureza inviolável da rotina administrativa e na certeza e previsibilidade das atuações de todos os elementos do aparato público. Dessa forma, Weber perseguiu a máxima objetiva no processo decisório, dando total independência para o poder político, fixando, ao mesmo tempo, uma estrutura disciplinar. Sua burocracia racional era fundada em quatro princípios:

- (i) a divisão do trabalho com o fim de aumentar a produtividade;
- (ii) a estrutura hierárquica, que deveria ser imposta a cada organização, estabelecendo, nessa, diferentes níveis de autoridade, a forma e o caminho pelos quais a informação percorreria, bem como quando e para quem seria divulgada; e, por último, o papel a ser desempenhado por cada membro da organização;
- (iii) a comunicação vertical como meio para a disseminação da informação, respeitando a hierarquia do topo até o mais inferior dos níveis; e,
- (iv) a disciplina da informação por escrito – como normas internas, procedimentos e memorandos – a fim de evitarem-se casos de má interpretação.

A organização burocrática não é nem um privilégio nem um defeito da Administração Pública ou um esquema de sucesso de grandes empresas. A burocracia tornou-se uma característica das sociedades ocidentais, racionalizando seus procedimentos, a despeito de suas naturezas econômica, política, administrativa, social ou cultural, no escopo de ser mais eficiente. Para Weber, o tipo ideal de servidor público é aquele racionalmente orientado para a consecução de objetivos pré-estabelecidos.

Essa organização burocrática deveria ser orientada de forma a que os Estados ocidentais e suas máquinas administrativas ficassem totalmente previsíveis para atender aos reclamos capitalistas. A conexão entre a teoria de Weber e a teoria do capitalismo é de clara cumplicidade. Isso traz à tona uma questão relacionada com a noção do Estado pós-moderno: mais pluralista, mais complexo, menos centralizado do que o Estado burocrático moderno, cujas instituições deveriam estar aptas para assegurar aos cidadãos os denominados direitos fundamentais e, apesar de tudo isso, apresentam-se com



perda de parte de sua soberania e incapazes de fornecer e preencher as expectativas de seus cidadãos advindas do contrato social, para o que, em tese, os Estados foram feitos.

As questões que se põem são: o exército prussiano é uma fonte confiável para assegurar-se os direitos fundamentais dos cidadãos? E, dessa forma. O sistema político-administrativo proposto por Weber dispõe das ferramentas certas para endossar os direitos fundamentais ou está a faltar alguma coisa?

Existe íntima relação entre a burocracia e o exercício do poder. GALBRAITH<sup>115</sup> descreve a existência de um sistema em que associa o poder à organização, ou seja, à burocracia pública e privada. Esse poder, na sociedade industrial vigente à sua época, não é exercido pelo capital, mas pela organização; não pelo capitalista, mas pelo burocrata da indústria.

A constitucionalização dos direitos fundamentais é um fenômeno recente que impacta no Estado organizado, política e administrativamente, nos moldes propostos por Weber, porquanto esses direitos eram, antes, inseridos no texto constitucional, sem serem regulados pelo Executivo e pelo Legislativo, que os tratava como normas programáticas. Não obstante, o impacto desses direitos constitucionalizados passou a ser percebido quando o Judiciário emitiu decisões garantindo a fruição desses direitos, apesar de não estarem regulados na lei ou previstos em políticas públicas expressas pelo Executivo.

Previsibilidade, segurança jurídica e devido processo legal passaram a ostentar uma nova perspectiva e até mesmo a separação dos poderes, com sua estrutura proposta séculos atrás, foram sacudidas. Parece também relevante sublinhar-se que muitos desses direitos fundamentais vieram à luz por meio de princípios e valores. É o tipo de norma evitada pelo sistema weberiano, cujos princípios são direitos explícitos e fundados no positivismo. Enquanto essas espécies de direitos não admitem uma vasta gama de interpretação, do outro lado, princípios e valores dão um papel em branco para ser desenhado e colorido pela interpretação de alguém, não-eleito, vinculado ao Poder Judiciário.

---

<sup>115</sup> GALBRAITH, John Kenneth. O novo Estado industrial (Adendo sobre o método econômico e a natureza do debate social). São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1983, p. 9.

O processo decisório por meio do Poder Judiciário segue uma rota diversa e, desde que passou a prolatar sentenças que, ao dar densidade a princípios referentes a direitos fundamentais, esse Poder passou a ser acusado de ser “ativista” e exacerbador de suas funções e limites, à medida em que as suas decisões corrigiam as políticas públicas ou supriam omissões da Administração Pública, adequando a conduta desta à lei e à Constituição. Afirmou-se que o Poder Judiciário, ao seguir esse caminho, estava a invadir competência pertinente às esferas do Legislativo e do Executivo.

Considerando-se esse ativismo judicial como uma função pouco usual desse Poder e ao se verificar que a sociedade civil tem necessitado socorrer-se desse Poder para o propósito de obter seus direitos fundamentais, precisamos refletir e questionar se o problema realmente está no Judiciário e se o seu processo decisório mudou e avançou sinais ou se as raízes dessa necessidade dos cidadãos em confiar no Judiciário para a obtenção e fruição daqueles direitos está localizada em algum outro lugar. É fácil observar uma árvore e descrever suas folhas e galhos, pois todos podem vê-los, mas estudar e dizer as pessoas como são as suas raízes abaixo do solo, a sua forma de alimentação e como realiza a fotossíntese demanda pesquisa e a remoção de alguns obstáculos. Debates sobre a correção ou não da conduta do Judiciário nessa hipótese pode ser um simples obstáculo, que em nada contribui para que encontremos como esse sistema, que é indesejado – qualquer meio de realização de direitos de forma transversal o é – se retroalimenta.

Daquele mesmo jeito, é fácil examinar as decisões judiciais e, como se demonstrou, classificá-las de um ou de outro jeito, sem que se proceda ao mais complicado, que é saber o motivo pelo qual essas decisões vão se multiplicando. Podemos nunca encontrar as verdadeiras razões para essas decisões tidas como ativismos se formos para além do debate do processo em si. Torna-se necessário voltar ao passado, ao tempo que precedeu a propositura da ação para que possamos descobrir que situações causaram essa distorção de funções, considerada legítima pela maioria da doutrina.

Entender o que está acontecendo requer uma longa jornada, desde o exército prussiano, no século XIX, passando pela teoria de Weber e a constitucionalização dos direitos fundamentais, podendo-se, mesmo, pegar um desvio para uma análise da separação de poderes, a democracia

representativa e as eleições, até que finalmente possamos atingir nossos objetivos: o julgamento do Judiciário, reputado como ativista.

## 5.2 UM BREVE RETORNO À SEPARAÇÃO DE PODERES E À ATUAÇÃO DEMOCRÁTICA PROMOVIDA POR UM CORPO DE NÃO ELEITOS

A tirania era a grande vilã que levou o homem a pensar sobre uma separação de funções, evitando o acúmulo de funções nas mãos de um só para o exercício do poder. As funções executivas, legislativas e jurisdicionais deveriam ser atribuídas entre diferentes pessoas, distribuídas essas em ramos específicos de poder, que deveriam ser devidamente criados para esse fim. Sobre o tema, pronunciou-se James Madison Jr. – o quarto Presidente dos Estados Unidos – roborando o que foi dito:

A acumulação de todos os poderes, legislativo, executivo e jurisdicional,, nas mesmas mãos, ainda que de um só, de alguns ou de muitos, e se hereditária, tomados pelo próprio ou por via de eleição, pode ser simplesmente pronunciado como a definição de tirania.<sup>116</sup>

Isso significa que, se há um sistema onde todos esses poderes são atribuídos para um ser humano ou para um corpo institucional, esse sistema seria considerado como um sistema tirânico, razão por que essa observação cria um liame entre a separação de poderes e a democracia.

Contudo, a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos não eram princípios que gozavam de unanimidade. Para os parlamentaristas, a acumulação de funções num gabinete não transforma o exercício do poder de democrático em tirânico, enquanto, para os presidencialistas, aquele sistema de freios e contrapesos era um grande equívoco, eis que não era necessário, era contrário à democracia e tornava o governo ineficiente.

---

<sup>116</sup> HAMILTON, Alexander., e MADSON, James Madison, *The Federalist*, ed. Mead Earle (New York: The Modern Library, Random House [1937]), 47, p. 313. “*That means, if there is a system where all these powers are attributed to one human-being or even to only one institutional body, that system would be a tyrannical one. Therefore, that also links separation of powers with democracy.*” Trad. livre.

A origem da ideia de divisão dos poderes governamentais data dos escritos medievais, onde os conceitos de funções de governo e de um governo misto e balanceado estavam a ser desenvolvidas. A ideia ganhou corpo no século XVII (1642-1660) durante o período da guerra civil inglesa, quando se tornou uma “resposta à necessidade para uma nova teoria constitucional, quando um sistema de governo baseado numa mistura de rei, ‘lordes’ da nobreza e cidadãos comuns parecia não ser mais relevante”<sup>117</sup>.

De fato, o poder e o seu exercício estavam no centro do debate e contribuindo para desenvolver essa teoria. Como assevera VILLE, um conjunto de valores conforma a nossa sociedade política, tais como a justiça, liberdade, igualdade, a sacra propriedade que favoreceram a separação de poderes. Ao final de seu livro, VILLE adicionou à sua lista original a conversão desses princípios em justiça, democracia e eficiência, mas o mais significativo de todos os valores do século XX seria o da justiça social.<sup>118</sup>

A fim de estabelecer um conceito que baliza a separação de poderes, afirma VILE:

Uma doutrina pura da separação de poderes deveria ser formulada do jeito seguinte: é essencial para o estabelecimento e a manutenção da liberdade política que o governo seja dividido em três ramos ou departamentos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Para cada um desses três há uma função de governo identificável, legislativa, executiva ou judicial. Cada uma dessas funções tem de ficar confinada ao exercício pelo poder que a detém, e não se admitindo seu exercício por outro que usurpe essas funções dos demais ramos. Além disso, as pessoas que compõem essas três agências de governo têm de permanecer separadas e serem distintas, não se admitindo nenhum indivíduo seja ao mesmo tempo participante de mais de um ramo. Desse jeito, cada um desses ramos poderá fiscalizar os outros e nenhum grupo singular de pessoas conseguirá controlar a máquina estatal.<sup>119</sup>

Cada ramo deveria ter seus próprios procedimentos, nos quais estariam incrustados valores e a representação de uma gama de interesses. Falando-se sobre o comportamento humano como representante político, podemos considerar seus atos administrativos ou legislativos como sendo, sempre, em favor dos cidadãos? Afinal, esses ramos podem editar seus próprios

---

<sup>117</sup> VILLE, M. J. C.. *Constitutionalism and the separation of powers*. (2nd ed.) (Indianapolis, Liberty Fund 1998), p. 7.

<sup>118</sup> Op. cit., p. 6.

<sup>119</sup> Op. cit., p. 14.

regulamentos, definido seu poder legal, como também adotar as suas próprias decisões administrativas e realizar o processo legislativo em seu próprio benefício. Que tipo de interesses e valores prevalecerá e dará contorno a seus atos? Pode um juiz analisar esse quadro e avaliar valores tais como legitimidade e justiça social, pretendendo anular os efeitos e o próprio ato? Ou isso levaria esse juiz a ser acusado de ativismo excessivo?

Não é pretensão, aqui, prosseguir no estudo da separação de poderes, encontrando respostas para essas questões. Entretanto, a teoria foi a primeira a organizar o Estado, tal como o compreendemos em dias atuais. Certamente, isso foi construído sobre a base de um grupo de valores acima mencionado, que são também valores fundamentais ao capitalismo. Entretanto, representatividade, democracia e justiça social foram alçadas pelo princípio da separação de poderes e precisam ser investigadas por nós para verificar se os cidadãos alcançaram e alcançam a justiça social, considerada por Ville como o principal valor do século passado.

Enquanto consideramos os direitos fundamentais como uma via necessária para atingir a justiça social, temos de questionar se a separação de poderes e a democracia representativa só nos permitem pequenos degraus para obtê-los ou se, ao contrário, se elas funcionam como obstáculos à sua consecução. Outra questão a ser suscitada diz respeito ao denominado ativismo judicial e se ele pode ser considerado como uma função usual do Judiciário ou se este Poder está usurpando função de outros.

Originalmente, a democracia consistia na participação direta dos cidadãos na vida política de sua comunidade. A representação nunca foi considerada como possível à democracia. Àquela época, era mais fácil às comunidades composta por poucas pessoas, que guardavam entre si peculiaridades e viviam de forma harmônica e autônoma em relação às demais, como propalado por DAHL em lição já transcrita anteriormente. Essa autonomia era fundamental para assegurar uma vida boa a seus cidadãos, pois depender de outras cidades ou comunidades diminuiria o seu padrão de vida, que deveria ser elevado. Para afastar uma dependência muito forte do

comércio exterior e para garantir a dignidade – como diríamos em dias atuais – para seus cidadãos, a vida econômica deveria ser frugal.<sup>120</sup>

Em conclusão, a virtude da frugalidade ligava-se à democracia, que poderia ser ferida de morte por uma vida intensa voltada para o consumo. A visão atual da democracia é exatamente a contrária. A Ciência Política tenta conciliar representação com democracia e consumeirismo social com dignidade de todos os cidadãos. A participação direta e a frugalidade parecem que desapareceram há muito tempo atrás. Será que temos, efetivamente, governos democráticos no século XXI? Em face desses conceitos dos antigos, a democracia seria possível num governo neoliberal?

Uma vez que as eleições custam uma grande soma de dinheiro, alguns acusam os governos de se socorrer ao mercado o custeio de suas campanhas, curvando-se aos interesses das grandes empresas, que tentam traduzir esses interesses em leis e políticas públicas em detrimento mesmo de interesses da sociedade. Além dessa questão, vivenciamos uma sociedade da informação, onde expertise e capacidade de obter, processar e absorver informações, adotando decisões em segundos constituem-se em obrigações para qualquer espécie de empresa ou Administração Pública. O sistema burocrático político proposto por Weber não é capaz de oferecer uma resposta consentânea a essa atualidade e novas instâncias, condenando a Administração Pública a ser anacrônica, lenta e ineficiente, permanecendo vários degraus atrás dos atores privados da economia.

A democracia representativa pode ser o único processo disponível, mas já não representa a solução efetiva desejada pelos cidadãos, que clamam pela realização de seus direitos fundamentais. Corporações e leis que dispõem acerca da economia, ajustes financeiros do Estado, tributos, e favoráveis ao livre mercado, têm inegavelmente maior prevalência do que qualquer outro princípio constitucional ou lei de qualquer Estado. Diante de uma crise econômica, as barreiras são quebradas, ainda que para tal uma constituinte tenha de ser convocada, a despeito de os inventores da crise serem, na medida do sempre, os atores políticos e sua má gestão do interesse público. A democracia representativa está sendo questionada, pois, em todo o mundo e

---

<sup>120</sup> DAHL, R. A.. Op. Cit. p. 26.

há um número crescente de corpos de não-eleitos aparecendo no horizonte. VIBERT considera esses corpos de não-eleitos uma espécie de nova separação de poderes, que poderia ser integralmente responsável pelas políticas públicas, uma vez que ostentam expertise, são bem informados e sabem como tomar decisões efetivas e rápidas sem tendências políticas de qualquer espécie. A ter-se essa teoria como mais adequada – melhor – do que a tradicional, há de se ter em vista a necessidade de restringir e remodelar as funções dos Poderes Executivo e Legislativo.

No Brasil, apesar do fato de que os membros do Poder Judiciário constituírem um corpo de não-eleitos, as pessoas estavam, alguns anos atrás, esperançosas de que o então Presidente do STF assumisse o cargo de Presidente do país. Que tipo de fenômeno tem lugar no país e o que leva a essa tendência tão paradoxal de querer no lugar de alguém eleito pelo povo uma outra pessoa que a nada se candidatara?

Pesquisa para a eleição presidencial em 2014 indicava o Presidente do STF, Ministro Joaquim Barbosa, como o primeiro colocado na preferência do povo brasileiro. É a primeira vez na história do país, que um membro da Suprema Corte liderava uma pesquisa eleitoral, sendo espontaneamente nominado, pois candidato não era. O voto saiu dos grupos políticos tradicionais, indo ao encontro de alguém cuja biografia não registra nenhum tipo de envolvimento político e que não figurava dentre os candidatos. Dois anos depois, é provável que outro magistrado fosse indicado em pesquisa semelhante.

Esse fenômeno não pode ser analisado por si mesmo. Ele precisa ser considerado dentre vários outros fatores de natureza social, econômica e histórica. A instância jurídica, entretanto, não pode ser posta de lado. Desde 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil expressa que nenhuma espécie de questão pode fugir à apreciação do Judiciário, se a esse for submetida o que fortaleceu esse Poder para a tomada de decisões sobre omissões legislativas e administrativas, valendo-se de princípios e valores e da constitucionalização dos direitos fundamentais, a despeito de esses direitos continuarem a ser redigidos sob a fórmula de normas programáticas.

Por certo, a credibilidade do Legislativo e a do Executivo decresce, enquanto a do Judiciário cresce. Podemos, também, examinar o assunto sob a

perspectiva do relacionamento entre os Poderes do Estado. De fato, Legislativo e Executivo não retiram nem contestam o Poder Judiciário. Independência e harmonia entre os Poderes do Estado continua ser um princípio fundamental na Constituição da República (art. 2º). Por esse princípio, é errado atribuir-se ao Judiciário qualquer prevalência sobre os demais. Muitos países ao redor do mundo fizeram reformas constitucionais que amplificaram o papel do Judiciário, permitindo-lhe uma interpretação ampliada da lei, por intermédio de princípios e valores para fundamentar as suas decisões. Contudo, não houve uma revisão global do princípio da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos, assim como os direitos fundamentais não foram retirados do papel para a vida real, automaticamente. Esse papel continua a figurar entre as funções do Executivo e Legislativo – trazer os direitos fundamentais à vida real –, mas as omissões que os impedem de se tornar realidade apresenta-se como lugar comum.

A constitucionalização dos direitos e o reconhecimento da “judicial review” são amplamente aceitos e considerados como um novo caminho para o prosperar da sociedade, mas, em realidade, há uma longa e ampla estrada a ser percorrida, eis que os direitos fundamentais se apresentam como programas, enquanto as normas econômicas são bem definidas. Numa finalidade pejorativa, ao adequar esse descompasso, uma espécie de assimetria do contrato social, o Judiciário é acusado de ativismo, embora “a caracterização de uma decisão como ativista dependa do posicionamento político da pessoa que faz essa caracterização, sendo o ativismo judicialmente, algo pejorativo e destituído de sentido”.<sup>121</sup>

Dentro dessa sua estrutura, fundada na teoria político-administrativa de Weber, os Estados são incapazes de assegurar os direitos fundamentais, que acabam prejudicados por um sistema de divisão funcional do Poder entre três esferas, constantemente direcionados por conveniências políticas e eleitorais, que emperram a sua discussão. Isso contribui para que tais funções não sejam eficientes, gerando atrasos consideráveis no trato de questões que são, por vezes, emergenciais. Tanto conduz os cidadãos às portas do Judiciário, que

---

<sup>121</sup> SHERRY, Suzanna, Why We Need More Judicial Activism (February 6, 2013). Constitutionalism, Executive Power, and Popular Enlightenment, 2014 Forthcoming; Vanderbilt Public Law Research Paper No. 13-3. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2213372>, p.2.



chegam a sujeitar-se a longos processos para obter direitos fundamentais, que nunca seriam concedidos em sua sede original.

Isso é um sintoma de que a democracia representativa e a separação de poderes podem estar a contribuir e muito para com o chamado ativismo judicial, até porque sofrem pressões irresistíveis de outros fatores como o mercado e a informação, que estão, assim, a exigir uma reavaliação desses dogmas acerca da estrutura ideal de Estado, tal como a proposta de se criar uma ente autônomo composto por pessoas bem formadas e profissionais, que exerceriam mandatos, embora não houvessem participado de uma eleição.

### 5.3 O ATIVISMO JUDICIAL

O termo ativismo judicial apareceu pela primeira vez num artigo publicado em 1947 em *Fortune* por Arthur Schlesinger Jr. versando sobre a justiça na Corte Suprema, e, inicialmente, tinha o propósito de taxar alguns juízes como liberais. O ativismo judicial não é uma função, em princípio, esperada da parte do Judiciário e também não é a sua função principal. Porém, ela tornou-se comum de ser encontrada, tamanho os equívocos do Legislativo e do Judiciário. Ativismo? Se as pessoas não obtêm seus direitos fundamentais diretamente do Estado, outro recurso não há senão socorrer-se, lutando por eles perante o Judiciário. O teor dos debates judiciais levados a efeito no Brasil, muitos dos quais ganharam a mídia, como os já mencionados em oportunidade pretérita, é possível vislumbrar-se a razão desse ativismo judicial de tamanha intensidade.

O ativismo judicial é visto mais claramente quando os juízes elevam suas decisões acima daquelas que foram adotadas por outros relevantes atores constitucionais, em circunstâncias em que um modelo de lei dispõe, inclusive, de outra forma.<sup>122</sup> Definições de ativismo judicial e de “Judicial review” são tantas quanto o número de autores que têm escrito sobre o tema.

---

<sup>122</sup> YUNG, Corey Rayburn, *Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts* (January 14, 2010). *Northwestern University Law Review*, Vol. 105, No. 1, 2011; 5th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1434742>,

SHERRY oferece um conceito que engloba ambos:

Ativismo judicial ocorre sempre que o Judiciário desfizer uma ação dos demais Poderes, seja estadual ou federal, legislativa ou executiva. O “judicial review”, em outras palavras, produz um de dois resultados possíveis: se a corte invalida uma ação do governo, trata-se de “judicial review” e está sendo ativista, se ela chancela a ação, não se trata de ativismo.<sup>123</sup>

De outra parte, mundo afora, o ativismo judicial tem sido estudado como um fenômeno pós-moderno e os jusfilósofos têm conferido grande importância a esses estudos. Isso não é diferente no Brasil, ao que podemos acrescentar que, somente recentemente, os direitos fundamentais foram alçados a nível constitucional. Os juristas brasileiros são, de alguma forma, tentados a considerar essa influência estrangeira e global, juntamente com a novidade neoconstitucional, como a razão para que o Judiciário tenha passado a intervir em instâncias onde, até um passado recente, aquele Poder consideraria a si próprio impossibilitado de decidir sobre assuntos de natureza política e afetados à esfera de conveniência e oportunidade do Executivo.

Ran Hirschl desafia essa sabedoria convencional. HIRSCHL faz uma investigação na origem política e nas consequências legais da recente revolução constitucional no Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul. Os políticos não estão comprometidos com essa tendência em direção à constitucionalização dos direitos. A par de seus discursos antes da eleição, os políticos raramente agem em favor da democracia, da justiça social ou dos direitos universais. Como observado por HIRSCHL, os membros eleitos do Legislativo e do Executivo produzem leis e políticas públicas mais comumente como “um produto de um conluio estratégico entre os hegemônicos, porém ameaçados, membros da elite política, acionistas majoritários de grande

---

p.47. “Judicial activism is seen most clearly when judges elevate their own judgment over that of other constitutionally significant actors, in circumstances where a formal model of law would predict otherwise.”

<sup>123</sup> SHERRY, Suzanna. Op. cit., p. 4. “*Judicial activism occurs any time the judiciary strikes down an action of the popular branches, whether state or federal, legislative or executive. Judicial review, in other words, produces one of two possible results: If the court invalidates the government action it is reviewing, then it is being activist; if it upholds the action, it is not.*” Trad. livre.

influência e líderes judiciais”.<sup>124</sup> O discurso político já incorporou os direitos fundamentais e a justiça social, mas ainda temos de olhar adiante na esperança em testemunhar leis e políticas públicas produzidas efetivamente em favor da justiça social, sem manchas do interesse político-eleitoral ou econômico das elites.

O ativismo judicial tem um fundamento democrático, na medida em que desempenha um significativo papel contramajoritário. Assim, são fáceis de perceber as razões dos ataques que o Judiciário vem sofrendo da maior parte das elites e seus representantes no Poder Legislativo, cujo discurso encerram motivos com o escopo de suprimir das Cortes jurisdicionais o exame da Constituição, dando-a, dizem, de volta ao povo e a seus representantes mandatários do poder. Em verdade, eles lutam indevidamente por uma democracia pura, que não se importe com minorias e não reconheça a sociedade como plural. Ao contrário, SEIDMAN contesta esse discurso oportunista eleitoral, argumentando que uma Constituição “inquietante ajuda a construir uma comunidade fundada no consentimento por atrair a parte derrotada para o debate continuado”.<sup>125</sup>

A pretensão, aqui, não é nem a de arguir em favor do ativismo judicial nem contra esse, mas responder à indagação sobre ser o ativismo judicial necessário aos cidadãos no sentido de obter o seus direitos fundamentais. Como foi perceptível, o Poder Judiciário age de maneira contramajoritária para assegurar uma democracia constitucional, que nos conduz a uma conclusão favorável sobre esse ativismo e sua importância. Todavia, ele continua a ser uma função anômala e deveria ser evitada por uma simples mudança de comportamento dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo. Afinal, a palavra ativismo pode ser associada a sua antítese “passivismo”. Tal constatação linguística leva a uma conclusão de que, enquanto o Judiciário está sendo “ativista”, o oposto indica que tanto o Legislativo como o Executivo têm se comportado como atores passivos, ou melhor, omissos na execução de

---

<sup>124</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press: 2007. “*Product of a strategic interplay among hegemonic yet threatened political elites, influential economic stakeholders, and judicial leaders*”. Tradução livre.

<sup>125</sup> SEIDMAN, Louis Michael. *Our Unsettled Constitution: A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*. Yale University Press (December 11, 2001). ‘unsettling’ constitution helps to build a community founded on consent by enticing losers into a continuing conversation” Trad. livre.

suas funções, advindo dessa omissão a razão de ser e raiz do denominado ativismo judicial.

#### 5.4 À GUISA DE CONCLUSÃO

Ao estudar sobre o ativismo judicial, será difícil ou mesmo impossível de se encontrar uma decisão envolvendo objetivos econômicos, que não estivesse devidamente regulado pelos demais Poderes. O ativismo judicial é útil para assegurar direitos fundamentais, que restariam para sempre esquecidos debaixo de uma prateleira empoeirada de leis indesejadas.

O atual sistema político-administrativo funciona de forma similar àquele proposto por Weber há mais de cem anos atrás. Esse sistema autoritário e hierárquico, aliado a uma democracia defeituosa baseada numa representatividade falsa, que ignora o pluralismo, não permite que nossa sociedade alcance as suas legítimas aspirações em exercer os seus direitos fundamentais. Trata-se do tipo de problema que um acionista majoritário não tem, eis que é fácil para essa casta de cidadãos exercer direitos e privilégios, que se encontram bem protegidos pela segurança jurídica e a previsibilidade.

Seria uma grande mudança no sistema burocrático sugerido por Weber se a Administração Pública se tornar permeável a esses princípios e valores, que transformariam certezas em dúvidas. Os membros desse sistema estão familiarizados com uma gama de decisões pré-determinadas, que podem ser por eles utilizadas ao serem questionados, tentando, assim, obedecer ao poder central. Como disse Saint-Pierre, o sistema weberiano o típico “conhecimento esterilizado por seus valores cegos”.<sup>126</sup> Em desejando essa mudança no processo de decisão administrativa, temos de transformar esse conhecimento esterilizado num solo fértil, que permita ao sistema assimilar e ter como úteis os novos princípios e valores constitucionais.

A fragilidade dos direitos fundamentais resta evidenciada em face desse sistema weberiano, consistindo o ativismo judicial na forma pela qual os

---

<sup>126</sup> SAINT-PIERRE, Héctor Luis. Max Weber entre a paixão e a razão. Campinas: UNICAMP Ed., 2004, p. 120.

cidadãos conseguem tirar seus direitos do papel para a vida real. É injusto acusar o Judiciário de usurpação de funções de outros Poderes ou de ser mais do que ativista. O judicial ativismo é uma garantia às minorias contra a tirania da maioria e protege os cidadãos contra os grupos bem informados de políticos preocupados com uma eleição, cujos objetivos reais nem sempre são confessáveis. O excesso de ativismo judicial não é uma exacerbação arbitrária do poder, mas um sintoma da fragilidade dos direitos fundamentais, não sendo uma cura para essa espécie de doença, causada por um sistema administrativo anacrônico, onde o tempo parece ter parado.

Em comparação com os direitos de um acionista majoritário, os direitos fundamentais são frágeis e não podem ser exercidos sem o auxílio do Judiciário, cujo ativismo denota essa fragilidade em face do sistema político-administrativo weberiano. Democracia, separação de poderes e estrutura administrativa precisam ser repensados, conferindo novas e adequadas ferramentas para a consecução dos direitos fundamentais pelos cidadãos de forma direta, sem a necessidade de se valer do Judiciário. Seria um degrau gigantesco para a Administração Pública, comparável à passagem das fileiras do exército prussiano no século XIX para a sociedade da informação do século XXI. Em outras palavras, enquanto os direitos econômicos são atualizados e vivenciam a sociedade informacional, os direitos fundamentais ainda estão a viver na sociedade industrial.

Caberia tentar-se a criação dos já mencionados entes constitucionais autônomos com vistas a superar instâncias hierárquicas e questionamentos político-partidários, que retardam indefinidamente ou impedem a concretização de direitos fundamentais. Seria um ar novo na máquina administrativa weberiana, que teria instrumentos mais sofisticados e precisos para atender aos direitos dos cidadãos e às tentativas de manipulação do Estado por agentes inescrupulosos de mercado.

O sistema jurídico ganharia e muito com a existência de um organismo dotado de autonomia e poder decisório a ser exercido por um corpo técnico especializado, que portanto, saberá aproveitar, com o passar do tempo, a possibilidade de adaptar as soluções jurídicas à realidade socioeconômica e tecnológica do momento, eis que a justiça é uma realidade cambiante perante o Estado democrático de Direito, que consagra, para tal fim, um sistema

jurídico aberto, que admite a evolução da interpretação de suas normas em face da realidade dinâmica da atualidade, que muda, rapidamente e não pode ficar constricta a um sistema jurídico estruturado, incapaz de adaptações, tal como o que era vigente à época de Max Weber e do apogeu de suas ideias.

## **6. A ATIVIDADE REGULATÓRIA**

### **6.1 A FRACASSADA EXPERIÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL COMO LIÇÃO A SER APREENDIDA**

#### **6.1.1 Por quê as agências deixaram de funcionar a contento?**

O vocábulo “fracasso” pode ser um pouco forte para exprimir o resultado de pouco mais de vinte anos da existência de agências reguladoras no Brasil, mas o excesso – a palavra é a tinta do escritor – serve para realçar os desvios que houve na prática administrativa em relação a essas autarquias, subtraindo-lhes, com o passar dos anos, toda a autonomia administrativa e financeira que, em princípio, gozariam, sem nunca ter-lhes conformado como órgãos ou entes sofisticados em razão de possuírem uma eminência técnica insuperável.

Ao final de duas décadas, o artigo subscrito por GRAU<sup>127</sup> ganhou tons de profecia cumprida, à medida em que, logo no título denominou as agências, pejorativamente, como “repartições públicas”, algo próximo do que,

---

<sup>127</sup> GRAU, Eros. As agências, essas repartições públicas. In “Regulação e Desenvolvimento”, SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.), São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 25 e seguintes.

efetivamente, vieram a tornar-se. Lançou tintas fortes, próprias do jurista que, sem se desapegar da doutrina, tem na vivência prática um parâmetro indissociável para ponderar e emitir as suas opiniões com uma certeza insopitável.

A constatação é triste, pois, excepcionados os cultores do Poder Público vestidos com a toga da supremacia do interesse público e da postetade pública, a alteração ímpar e profunda na estrutura da Administração Pública brasileira, a ponto de criar um novo canal para com a sociedade, em tese mais flexível, ágil e eficiente, eis que a regulação, por maior proximidade para com o Direito Econômico, tem por mérito a possibilidade de subverter as normas de subsunção e de adotar soluções para tornar o serviço mais adequado à dinamicidade social, econômica e tecnológica, conferindo um serviço mais seguro, eficiente e de maior qualidade aos usuários, tal como preceituado pelo inciso I do art. 6º, da Lei nº 8.987/95.

Embora haja agências reguladoras de outras espécies, interessa ao tema aquelas destinadas a regular os serviços públicos, razão da referência a dispositivos da Lei nº 8.987/95. Na prática, as agências reguladoras têm sido vítimas de um uso político-partidário por parte dos governos, o que as tem desnaturado. Pessoas são nomeadas para os mais altos cargos sem que detenham a qualificação técnica especializada para a sua ocupação. Longe da profissionalização, qualidade técnica e sofisticação na realização de sua atividade regulatória, que deveria apresentar alto grau de expertise por seus integrantes e não por terceiros contratados.

Como uma espécie de banco de cargos para atender às coalisões partidárias e aos amigos de campanha, a atividade regulatória foi reduzida a uma atividade meramente fiscalizatória, onde o velho carimbo em autos de infração é objeto de maior uso da repartição. Sem conhecer sequer o que é regulação, Diretores e Conselheiros de agências reguladoras resumem seu cotidiano laboral a impor multas por falhas nos serviços.

Trata-se de uma perda significativa para a Administração Pública brasileira, que perde importantes autarquias especiais, que poderiam contribuir e muito para o desenvolvimento tanto da Administração Pública, que se qualificaria com esse serviço mais atualizado e técnico de alta expertise, como

para o desenvolvimento de uma nova cultura em prol do interesse público, da relação para com os usuários e da melhoria dos serviços públicos.

BINENBOJM destacou, à época em que as agências ainda estavam a cumprir ou lutar por cumprir a sua missão de produtora de atos regulatórios autônomos e neutros, como um ponto de inflexão na história da Administração Pública brasileira, eis que tiravam do âmbito político debates que, até então, eram-lhe inerentes. Afirma, a partir de sua observação, haver uma nova composição na Administração Pública, dizendo, então:

as autoridades ou agências independentes quebraram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, eis que a sua atividade passou a situar-se em esfera jurídica externa à da responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de recondução direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um desenho piramidal para uma configuração policêntrica.<sup>128</sup>

As agências reguladoras surgem em função das privatizações e do afastamento do Estado da prestação direta de certos serviços que, antes, cabiam-lhe, com exclusividade, deixando a condição de provedor para assumir a posição de regulador. Assim, afirma BARROSO que tais privatizações tiraram do Estado o seu “lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias. É nesse contexto que surgem, como personagens indispensáveis, as agências reguladoras”.<sup>129</sup> Ou seja, as agências eram tidas como indispensáveis para os fins pugnados durante esse período de privatizações da década de 90 do século passado. O que deu errado, então? Por quê não funcionam a contento?

Teoricamente, as agências reguladoras foram bem estruturadas, embora não dispusessem de uma natureza jurídica apropriada no Direito brasileiro. Alternativa que resta é a de verificar se, na prática, os requisitos próprios das agências foram atendidos.

---

<sup>128</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 22.

<sup>129</sup> BARROSO, Luís Roberto. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. In Revista Trimestral de Direito Público: São Paulo, n. 25, 1999, p. 77.



O estudo das agências reguladoras interessa-nos mais proximamente em razão de se tratarem de órgãos técnico-neutrais, que deveriam ser livres de ingerência política, o que se pretende para os denominados entes constitucionais autônomos. Interrompa-se essa análise das características das agências já neste ponto, ao que retornaremos mais adiante, pois, por ser um ponto nevrálgico e fundamental para o seu pleno e eficaz funcionamento.

Como ente técnico de trabalho refinado, as agências demandariam mão de obra e direção altamente profissionalizados. Residia nas agências uma possível mudança de cultura administrativa, no sentido de criar-se um ambiente capaz de atrair os melhores profissionais de determinada área para o serviço público a fim de que os melhores resultados possíveis viessem a ser atingidos.

Nesse assentir, o da busca por melhores resultados, não se pode olvidar a necessária formação dos integrantes do quadro de pessoal dessas novas agências reguladoras. BACELLAR FILHO lança fundamental assertiva, repita-se, no sentido de que:

A profissionalização da função pública constitui instrumento de legitimação da Administração Pública brasileira perante o povo: (i) primeiro, para garantir a observância do princípio da igualdade na escolha de seus agentes a partir de critérios que possibilitem a aferição daqueles mais preparados para o exercício da profissão, e não mais um status atribuído em razão de um direito de nascença ou pela proximidade pessoal com os governantes; (ii) segundo, para dar cumprimento ao princípio da eficiência, de uma Administração capacitada a responder aos anseios coletivos mediante a prestação de serviços adequados.<sup>130</sup>

A expectativa era, pois, grande no sentido da nomeação dessas pessoas, o que, no início e em algumas agências, chegou a ocorrer. Todavia, as notícias que a mídia trazia davam conta de outra realidade muito mais grave.

Em 21 de agosto de 2013, o jornal “O ESTADO DE SÃO PAULO”, abaixo da manchete em *headline*, “PMDB e PT retomam loteamento de cargos nas agências reguladoras” publicou a seguinte notícia:

Nomeação de petista para a ANVISA ficou quatro meses no “limbo” até afilhado de peemedebista ter o nome aprovado por comissão.

---

<sup>130</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da Função Pública no Brasil. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, 12:9-17, abr/jun. 2003.

Oito meses após o escândalo envolvendo a ex-funcionária da Presidência em São Paulo Rosemary Noronha e as suspeitas de tráfico de influência nas agências reguladoras, recomeçou a guerra pelo controle de cargos de diretoria nessas instituições. PT e PMDB acabaram de travar uma disputa nas Agências Nacionais de Vigilância Sanitária (Anvisa) e de Saúde Suplementar (ANS), em que interesses partidários ditaram o rumo desses órgãos.<sup>131</sup>

A notícia traz dados sobre as nomeações, onde afilhado de casamento, militante partidário, investigado em processo perante a comissão de ética e outras qualidades dessa espécie compõem o currículo dos indicados aos cargos máximos de direção dessas agências reguladoras, além de demonstrar como os cargos foram usados para fins de barganha de interesses partidários. E vai além, para falar em corrupção e tráfico de influência. Isso demonstra como a representatividade e a democracia resumida ao voto, não resistem a uma visão pragmática, que é capaz de verificar, em segundos, a ingerência e prevalência de interesses outros alheios ao público.

Como ter como efetivo e eficaz um organismo, que deveria ter na conduta ilibada de seus membros a sua construção institucional; que deveria ter na cultura e formação profissional refinada de seus membros a edificação da credibilidade institucional; e, que deveria ter na neutralidade e distância das searas política e empresarial a seriedade de seus laudos e decisões.

Outro destino não poderiam ter as agências, senão o de fragilidade institucional, o de perda da credibilidade e o da desconsideração dos seus membros para com a sociedade. Nada pode funcionar a contento com um quadro dessa espécie.

Essa constatação não é o principal motivo para o insucesso das agências reguladoras. Há critérios técnicos e requisitos jamais respeitados, que, por melhor que fosse o corpo da agência, a atividade regulatória acabaria por ser comprometida. Por isso, a notícia serve para os fins desse trabalho a fim de comprovar o mal que advém de uma democracia onde o poder é exercido somente por fontes humanas de eleitos por um sistema partidário, que acabam por querer realizar seus interesses pessoais e partidários, pouco importando-lhes o interesse público envolvido.

---

<sup>131</sup> <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pmdb-e-pt-retomam-loteamento-de-cargos-nas-agencias-reguladoras,1066107>

### 6.1.2 Os desafios jamais atingidos pelas agências

As agências foram pensadas à época do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, oportunidade em que um de seus Ministros, Bresser Pereira, que presidiu o Conselho de Reforma do Estado, que editou a execução do chamado PND – Plano Nacional de Desestatização, instituído pela lei nº 9.491/97, para reestruturar a Administração Pública, cujos incisos do art. 1º continha os seus objetivos: (i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (ii) contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através do perfil e da redução da dívida pública líquida; (iii) permitir a retomada de investimento nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; (iv) contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; e, (v) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.

Esse último estaria adequado à concepção da presente tese, na medida em que se propõe uma nova figura administrativa para cuidar de alguns assuntos, sempre turbulentos, como saúde e educação, eis que mais tempo haveria para o Executivo cuidar de afazeres outros.

Referido Conselho de Reforma propôs uma nova Administração Pública com as seguintes características:

1. Descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais;
2. Descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos;
3. Organização com poucos níveis hierárquicos em vez de piramidal;

4. Pressupostos de confiança limitada e não da desconfiança total;
5. Controle por resultados, a posteriori, em vez de controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e
6. Administração voltada para o atendimento do cidadão, em vez de auto-referida.

Os pontos destacados para mudança significavam uma tendência a romper com o modelo weberiano, em especial ao estabelecer poucos níveis hierárquicos, com administração menos burocrática de caráter gerencial. O sistema regulatório, seguindo linha similar, deveria ser criado com a observância dos seguintes princípios:

Esse novo sistema regulatório brasileiro deveria seguir cinco princípios básicos, segundo o Conselho de Reforma do Estado<sup>132</sup>:

1. Autonomia e independência decisória;
2. Ampla publicidade de normas, procedimentos e ações;
3. Celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores;
4. Participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares em audiências públicas; e
5. Limitação da intervenção estatal na prestação e serviços públicos aos níveis indispensáveis à sua execução.

Coube aos administradores da época fixar as características ideais que uma agência reguladora deveria apresentar. Primeiramente, tinha-se por fundamental a autonomia tanto administrativa como financeira dessas agências. “Auto nomos” significa ditar as suas próprias normas e seguir seus regulamentos. Por esse critério, a agência não poderia estar vinculada a algum órgão do poder central, nem subordinada a seus comandos. Suas decisões deveriam ser respeitadas e mantidas, sem que fosse possível a sua revisão em outro âmbito da Administração Pública. Para atuar com independência, suas finanças deveriam estar separadas dos demais entes da Administração Pública

---

<sup>132</sup> MARE. Construção do marco legal dos entes reguladores: recomendação de 31 de maio de 1996. Conselho de Reforma do Estado. Cadernos MARE de reforma do Estado, nº 8, Brasília: MARE, 1997.

e sua utilização haveria de ser indene ao poder central, pois seu orçamento deveria ser bastante não só ao custeio como ao aprimoramento de seus serviços.

A direção das agências deveria ser realizada por um órgão colegiado, cuja presidência seria meramente representativa e de atuação limitada aos assuntos, cuja deliberação, o próprio colegiado haveria de definir como passível de se dar por via de decisão monocrática. Os membros desse colegiado gozariam de algumas proteções maiores para o exercício de suas funções, porém, deveriam ter qualidades diferenciadas para o desempenho de suas funções com inequívoco refinamento técnico. Isto é, os membros deveriam ser dotados de grande profissionalismo e expertise incontestável no campo do serviço a ser regulado. Sua indicação caberia ao Chefe do Executivo, mas sua nomeação só se daria após a aprovação do Senado. Esse aspecto demonstrou-se, como visto anteriormente, ineficiente e passível de burla, que conduziu ao que a imprensa precitada denominou por “loteamento de cargos de direção”, lançando as agências reguladoras ao descrédito.

Esses membros da direção das agências deveriam emitir as suas decisões com absoluta neutralidade, isto é, sem que pudessem ser influenciados por razões de ordem política, partidária ou empresariais. A fim de proceder com essa neutralidade, esses dirigentes teriam de estar protegidos de atos de exoneração sumária ou de revides por parte do poder central, garantindo-se a eles o livre exercício de suas funções. Isso só poderia ser atingido se esses dirigentes, ao invés de ocupar cargos comissionados em confiança, fossem considerados como se estivessem no exercício de mandatos. Essa formatação recebeu diversas críticas num país onde a democracia representativa deita seu fundamento unicamente no voto e no processo eleitoral. A doutrina jurídica esforçou-se por validar esses mandatos, sobre os quais sempre pairou dúvida acerca de sua constitucionalidade.

O que é certo é que, sem a proteção de um mandato para o dirigente de uma agência reguladora, os requisitos de neutralidade e autonomia jamais poderiam ser atingidos. São requisitos interdependentes, onde um não existe sem outro. Havia quem pugnassem pela não coincidência desses mandatos, o que não ocorria em algumas agências reguladoras estaduais. Esse comando, em nosso entender, parecia uma boa ideia para evitar que um único Chefe de

Poder Executivo nomeasse toda a composição do corpo colegiado de uma agência e, portanto ser capaz de aparelhá-la em prol de seus projetos políticos. Todavia, essa norma, por si só, reconhece que haverá influência política na nomeação, sempre. O que está errado não é a nomeação ou a coincidência temporal dos mandatos, mas sim a possibilidade de critérios políticos nortear a nomeação. A nomeação de parceiros políticos e de apaniguados, como verificado na notícia jornalística acima registrada, tem de ser proibida. Critérios de mérito e de carreira, tanto no serviço público como no ambiente privado, precisam ser criados para fixar parâmetros objetivos às nomeações para cargos de direção em agências reguladoras. A captura dos membros das agências, em especial pelo governo central, passou a ser um emblema das agências reguladoras brasileiras.

A Recomendação pugnava, ainda, por sistema regulatório do qual participassem todos os interessados, realização de audiências públicas e um sistema de recursos de tutela das decisões restrito aos aspectos de legalidade. A ausência de eleições levou os mentores das agências a buscar suprir um eventual déficit democrático por intermédio de um sistema o mais aberto possível à participação dos usuários e destinatários do objeto regulado. Foram incentivadas as participações de associações desses grupos, como também todas as leis contemplavam a necessidade de realização de audiências públicas previamente à adoção de certas decisões. De fato, as associações não cumpriam a sua missão, enquanto as audiências públicas tornaram-se momentos de debates técnicos de conteúdo inexpugnável pelos maiores interessados: os destinatários do serviço, que não tinham formação técnica para discutir esse tipo de critérios.

Os recursos das decisões das agências reguladoras deveriam ser direcionados e ter um fim dentro da própria agência, pois se estaria diante de uma decisão técnica, proferida pela mais elevada e competente corte sobre o tema. Tanto não ocorreu e recursos hierárquicos impróprios interpostos chegaram ao sistema burocrático do governo central para revisão da decisão da agência.

Além desses desvios, que desnaturaram as agências reguladoras, houve ainda decisões outras que lhes subtraíram toda a autonomia. Assim é que o poder central alocou representantes da Advocacia Geral da União em

cada agência reguladora para pronunciarem-se sobre os atos daquela, determinou a celebração de contratos de gestão, que permitiam constante fiscalização dos trabalhos das agências e direcionamento de suas atividades, como também promoveu o contingenciamento de suas verbas, reduzindo o seu orçamento ao que ele, poder central, entendia ser o suficiente. Gravíssima foi a vinculação das agências a Ministérios, o que representava um atentado contra a sua autonomia e contra a proposta de descentralização. A autonomia administrativa e financeira foi, assim, revogada na prática do dia a dia. Aliás, essa prática destruiu o sistema regulatório brasileiro e a proposta de descentralização formatada na década de 90.

Não bastasse o fato de o próprio Poder Executivo ser incapaz de entender o sistema regulatório e de promover ingerências indevidas de forma continuada, órgãos de controle externo como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, por vezes, ultrapassaram os limites, pretendendo rever e controlar a atividade regulatória em si.

Em razão desse conjunto de fatores, os objetivos pretendidos de conferir maior segurança jurídica aos investidores e usuários de serviços regulados, com maior perenidade das políticas pública, não se concretizaram

### **6.1.3 A inadequação do modelo autárquico**

Como visto, toda a estrutura das agências reguladoras foi preparada para que pudessem agir como entes dotados de autonomia e para que restassem infensos à atuação dos políticos da vez no exercício do poder público.

Restou, porém, um único flanco, ou melhor, faltou encontrar no direito brasileiro uma blindagem apropriada para a contenção desses ataques estruturais, o que se deveu à natureza jurídica adotada. Sem encontrar roupagem mais apropriada, as agências foram criadas como autarquias especiais.

Duas agências chegaram a ter previsão constitucional, mas o modelo não evoluiu nesse sentido. Apenas a ANATEL e a ANP têm esse assento

constitucional, conforme a utilização da expressão “órgão regulador” utilizada pelos arts. 21, XI, e 177, 2º, III, da Constituição da República.

Em princípio, o modelo autárquico não foi rechaçado pela doutrina, como se percebe em MOREIRA NETO:

a descentralização autárquica, depois de um certo declínio, ressurgiu restaurada, como a melhor solução encontrada para conciliar a atuação típica de Estado, no exercício de manifestações imperativas, de regulação e de controle que demandam personalidade jurídica de direito público, com a flexibilidade negocial, que é proporcionada por uma ampliação da autonomia administrativa e financeira, pelo afastamento das burocracias típicas da administração direta e, sobretudo, como se exporá, pelo relativo isolamento de suas atividades administrativas em relação à arena político-partidária.<sup>133</sup>

A roupagem parecia adequada e temor não havia, em princípio, quanto ao fato de as agências se tornarem palco maior de disputas partidárias ou serem seus membros vítimas do fenômeno da captura, o que veio a se mostrar como falso mais adiante.

Note-se que, até então, a natureza jurídica de autarquia especial era comumente atribuída às universidades, que tinham respeitadas a sua autonomia, tudo levando a crer que a conduta em relação às agências se repetiria.

O modelo das agências tal como fora estruturado está absolutamente correto, porém, a condição de autarquia para um ambiente que lida diária e diretamente com políticas públicas das mais variadas, inclusive todos os serviços relacionados à infraestrutura, que impactam fortemente na economia e que interessam muito proximamente ao mundo político acabaram por elevar os ânimos e, provavelmente, a levar os políticos que sucederam no poder o governo que as criou a questionar a razão de prestigiar mandatários não-eleitos em cargos estratégicos de gestão, sem que qualquer relação possuíssem com os partidos políticos vencedores das eleições.

A primeira tentativa de extinguir as agências ocorreu com a edição de um Projeto de lei, o de nº 3.337 de 2003, que literalmente desnaturava suas estruturas e extinguia a regulação no país. Destaca-se, assim, a falta de uma cultura política no país que bem compreendesse as mudanças e aceitassem-

---

<sup>133</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 147.



nas. Esse descompasso entre o político brasileiro e as mudanças propostas para a Administração pública foi percebido por CUELLAR já logo no começo da história das agências:

A experiência brasileira demonstra, também, que a alteração legislativa não foi acompanhada pelo administrador. Ou seja: o administrador continua pensando e agindo como antes, olvidando os novos pressupostos e parâmetros que devem reger a atividade estatal e a própria regulação exercida por agências independentes.<sup>134</sup>

A bem da verdade, além dos fortíssimos interesses econômicos que passaram a ser tratados pelas agências reguladoras, numa mudança de eixo no trato dessa matéria, antes afeta exclusivamente ao poder central e, portanto ao alcance das mãos dos partidos políticos cujos integrantes estivessem no exercício do poder público, as políticas públicas sempre foram do máximo interesse desses políticos. A partir delas discursos são construídos e candidaturas são postas, além do que permitiam, também, o manejo das já mencionadas legislações álibi. Há uma disputa entre ideais políticos ou partidários e o próprio interesse público. O tema não escapou a BOBBIO “os ideais são apenas um meio de enganar as massas crédulas quando está em jogo o poder e são infalivelmente traídas assim que o poder é conquistado”.<sup>135</sup>

A criação das agências reguladoras sob a forma autárquica acabou por trair a confiança dos juristas mais crédulos. Por ironia, as agências tinham por escopo, dentre outros, conferir maior segurança jurídica a investidores e usuários, protegendo-os do humor do político da vez, eis que, a alternância do poder é consequência inevitável e sujeita está ao resultado de eleições “democráticas”. Sem a proteção devida, a carapaça de autarquia não foi bastante para proteger as próprias agências reguladoras do denominado “político da vez”, ou seja, as agências foram vitimadas por aquele a quem competia-lhe vigiar e conter suas ações. Sob a forma de autarquia especial, sua independência era de papel e não de fato.

---

<sup>134</sup> CUELLAR, Leila. Introdução às agências reguladoras brasileiras. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 139.

<sup>135</sup> BOBBIO, N. O futuro da democracia. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 92.

Sem autonomia de fato, o exercício da atividade regulatória é inviabilizado. ARIÑO ORTIZ equaciona a questão, tendo a autonomia como imprescindível às funções das agências:

para que a regulação possa cumprir as funções anteriormente expostas, é condição indispensável ao estabelecimento de um novo tipo de autoridade regulatória dotada de independência e estabilidade, cuja função consiste em assegurar o bom funcionamento do mercado no setores privatizados.<sup>136</sup>

As agências reguladoras no Brasil foram compreendidas por seus criadores da última década do século XX. Porém, a praxis política das últimas duas décadas não respeitou essa autonomia em sua prática e valeu-se da fragilidade da condição autárquica para tomar para si a palavra final sobre as questões que lhe fossem convenientes, a despeito de, em princípio, estarem sujeitas à regulação.

ARAGÃO parece ter razão ao anotar. Em síntese, que não houve novidade alguma na Administração Pública brasileira a partir da criação das agências. O que era novo, novidade não trazia. Após sublinhar que muito se tem falado das agências como “instrumento de modernização da Administração Pública”, sustenta ARAGÃO que:

O termo, no entanto, em si, é vazio de conteúdo (não existe um lequadro das “agências”), e a mera denominação de um órgão ou entidade como tal, sem que a medida venha acompanhada da disciplina jurídica que lhe assegure efetiva autonomia, nada significa.<sup>137</sup>

A opinião acima coaduna-se com a aqui esposada no sentido de que as agências reguladoras demandavam, para ser uma novidade perante a Administração Pública brasileira e para poder exercer a regulação de fato e de direito, de uma natureza jurídica que melhor a protegesse das malfadas ingerências políticas.

---

<sup>136</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico. Op. cit., p. 642. “Para que la regulación pueda cumplir las funciones anteriormente expuestas, es condición indispensable El estbelecimiento de un nuevo tipo de autoridad reguladora, dotada de independencia y estabilidad, cuya función consiste en assegurar El buen funcionamiento del mercado en los sectores privatizados”. Tradução livre.

<sup>137</sup> ARAGÃO, A. S. Curso de Direito Administrativo. Forense: Rio de Janeiro, 2013, p. 214.

#### 6.1.4 A atividade regulatória

Ao falar-se em regulação levada a efeito pelo Estado, o jurista há de relacionar o tema à economia. Em princípio e até o presente momento, o Estado regulador é tido pela doutrina em referência a uma relação entre aquele (Estado) e agentes econômicos, inclusive os estatais, segundo ARAGÃO.<sup>138</sup>, de quem se toma o conceito de regulação, em relação à economia, como:

O conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis.”

A atividade regulatória, como decorrente da regulação deve dirigir-se, pois a agentes econômicos segundo os conceitos prevalecentes. Inicialmente, há de se destacar que a atividade regulatória, diversamente de outras áreas de atuação da Administração Pública sujeitas ao pálio exclusivo do Direito Administrativo, é melhor examinada quando submetida ao olhar amplificado do Direito Econômico. A observação é fundamental para que se possa compreender a lógica de solução de problemas a ser utilizada pela regulação, que será diversa daquela tradicionalmente utilizada pelo Direito. Visto sob o prisma de seus ramos tradicionais, o Direito era enunciado com vistas à relação jurídica havida entre o titular do direito subjetivo e o titular do dever jurídico correspondente. As causas e as consequências próprias de uma relação jurídica eram examinadas de forma intrínseca a esta relação numa lógica própria do primado da individualidade. Neste sentido, a lógica de imputação quando da verificação de uma lesão de direito replicava e aplicava a norma do tipo “Se A é, B deve ser”.

---

<sup>138</sup> ARAGÃO, *Op. cit.* pp. 212-213.

FERRAZ,<sup>139</sup> tendo por base o Direito Econômico, ensina que aspectos extrínsecos à relação jurídica são relevantes para este ramo, engendrando uma lógica própria e diferenciada. Assim, o Direito Econômico traz uma lógica própria e inovadora, diversa daquela há muito estruturada pelos demais ramos do Direito, inservíveis, em muitos aspectos, à realidade atual da sociedade em sua extrema dinamicidade socioeconômica. Isto é, resta assim justificado que entes reguladores podem conceber as normas em seus aspectos macrológicos para fins de compor os conflitos que lhes são submetidos, abstraindo, até certo ponto, os direitos individualmente considerados, compondo a sua decisão em consideração ao todo do ambiente regulado, levando em conta os aspectos sociais e econômicos, indo muito além daqueles exclusivamente contratuais.

A potestade pública cede, assim, a uma relação de direção, que, a par de ainda conter o controle, admite novos conceitos como de flexibilização com a flagrante revisão do papel do próprio Estado, eis que, considerada a característica das agências reguladoras, haveria de se submeter às decisões por essas emitidas, sob pena de, em não o fazendo, haver uma total subversão da noção de regulação. Nesse assentir, a relação entre agências reguladoras e regulados pode envolver o controle, mas também a busca de soluções a conflitos, ao admitir a flexibilização e a observância macrológica do fato em face das normas legais e contratuais, passando a resolver as disfunções contratuais que importem falhas na prestação do serviço com uma multiplicidade de instrumentos e não apenas com a simplória imposição de sanções. Ao invés de serem reprimidas com medidas sancionatórias, são eliminadas mediante a adoção de medidas corretivas, frequentemente informais.<sup>140</sup>

Essas constatações demonstram o forte impacto do Direito Econômico sobre a atividade regulatória, que, para melhor atender à dinamicidade das relações sociais atuais e aos quase que cotidianos avanços tecnológicos, num mundo em constante mutação e pautado por heterogeneidades interdependentes, deve preferir emitir decisões que melhor atendam à

---

<sup>139</sup> FERRAZ, Roberto. A macrológica do direito econômico. In Revista de Direito Mercantil n. 142, 2006, p. 85.

<sup>140</sup> GIANINNI, Massimo Severo. Diritto Pubblico dell'a Economia. Ed. Il Mulino, 1995, p. 299.

realidade posta do que a um conjunto de normas fechado e criado em face de um arquétipo ultrapassado, incapaz de atender a anseios presentes.

Essa conclusão denota o caráter funcional da regulação, que a coloca perante as modernas correntes que pugnam pela funcionalização do próprio Direito. Mais do que produzir atos de composição de conflitos, normativos ou de fiscalização, a atividade regulatória tem um escopo permanente de amoldar a prestação do serviço público regulado a um determinado momento socioeconômico, cuja dinamicidade é indiscutível na atual sociedade da informação. Nesse desiderato, a regulação vale-se do Direito para fins de funcionalizar as suas normas perante um determinado e momentâneo contexto socioeconômico. A atividade regulatória transcende, pois, ao Direito Administrativo e sua lógica normativa, estampando fortes traços econômicos, de molde a adentrar num campo de subjetivismo ao valer-se, como não pode deixar de ser ao se falar em sua funcionalização, da Sociologia. Vê-se, desta sorte, que não se pode transcender àquela lógica estrutural do Direito Administrativo e passar-se a uma lógica funcional sem que se busque uma contribuição inequívoca da Sociologia, tal como assinala BOBBIO<sup>141</sup>, dizendo que “nunca, tanto quanto hoje, a ciência jurídica sentiu a necessidade de estabelecer novos e mais estreitos contatos com as ciências sociais”, ou seja, o agente regulador tem de “sair do seu casulo” para que possa enfrentar o problema do Direito na sociedade.

A atividade regulatória é eminentemente jurídica porque regulada por lei, mas é, de forma vanguardista, a sede primeira da funcionalização do Direito e, portanto, conjuga não só a aplicação estruturada de normas, em seu conjunto de regras e princípios jurídicos, mas, acima de tudo, conjuga-as com normas e diretrizes técnicas, com conceitos e princípios econômicos, bem como com análises sociológicas. Importa, aqui, que a regulação seja coerente para com todo esse contexto principiológico multidisciplinar.

Para a consecução de sua funcionalização, o verdadeiro ato regulatório é multidisciplinar, transcende o jurídico, mas traz para o jurídico o conteúdo econômico, sociológico, antropológico e o tecnológico, entre outros possíveis. O ato regulatório tem, pois, uma gama de elementos científicos metajurídicos,

---

<sup>141</sup> BOBBIO, N. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Barueri – SP, Manole: 2007, pp. 34 e 37.

que comporão a sua razão de ser e que têm de ser examinados por aqueles que se propuserem a aferir a razoabilidade, a proporcionalidade, a moralidade, a eficiência, a economicidade e a impessoalidade desse ato. O ato regulatório vai além de uma perspectiva da análise econômica do Direito ou de sua legalidade.

Ou seja, trazer para a regulação a velha classificação dos atos administrativos em discricionários e vinculados não traria qualquer contribuição ao exercício da atividade regulatória, que estaria limitada à prática de atos estritamente previstos em lei ou ao exame de motivos de conveniência e oportunidade perante fatos indiferentes à lei. Diante de uma falha no serviço público objeto da regulação, o ente regulador pode e deve ter uma atuação bem mais complexa e ampla do que essa consignada nos antigos manuais de Direito Administrativo, buscando ser mais científica, multidisciplinar e refinada perante o poder concedente, concessionário e usuários, proferindo decisões em função de um serviço público adequado.

Dentre todas as funções propostas às agências reguladoras, qual seria a que se caracterizaria como atividade regulatória propriamente dita. A qualidade de agência reguladora pressupõe o exercício simultâneo das funções administrativa, jurisdicional e normativa a fim de que possa bem regular um serviço público privatizado.<sup>142</sup> A agência promove funcionários, organiza seus serviços, compra bens e serviços por intermédio de processos licitatórios, edita regulamentos e expede deliberações, por exemplo, mas todos esses atos traduzem atos administrativos exercidos para a consecução de sua atividade-fim, que é a de regular o serviço. A natureza regulatória é exclusiva do ato produzido em razão do exercício de uma função própria e exclusiva da agência, isto é, aquele destinado à consecução de sua atividade-fim, o que obriga o jurista a identificar as funções que são típicas das e exclusivas das agências reguladoras.

BRITTO<sup>143</sup>, distinguindo funções, competências e atribuições, explica função como a “atividade típica de um órgão”. Atividade que põe o órgão em movimento e que é a própria justificativa imediata desse órgão (atividade-fim,

---

<sup>142</sup> MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Atlas, São Paulo, 2003, p. 100.

<sup>143</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*, Org. Alfredo José de Souza et al. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 67.

portanto)”. O escopo maior de uma agência reguladora de serviços públicos é o de promover e manter a adequação desse serviço. Sendo assim, todos os atos produzidos para esse fim específico têm natureza regulatória.

Dúvida que surge refere-se às sanções porventura impostas às concessionárias como sendo ato regulatório típico ou não. Note-se que uma sanção pode consistir tanto numa multa pecuniária como na realização de um investimento que incremente o serviço. Uma pergunta sobressai: qual a utilidade da multa para a melhoria do serviço? O que cumpre ressaltar é o caráter fundamental da autonomia em relação aos entes reguladores e, por conseguinte, ao ato regulatório. Isto é, a imposição ou não de uma multa seria ato obrigatório para o órgão deliberativo da agência, quando expressamente prevista por uma cláusula de contrato ou estaria sujeito ao exame de sua utilidade e benefício para a regulação do serviço? Uma coisa é certa, só há verdadeira regulação estatal onde autonomia houver, sendo indispensável que a autoridade reguladora seja dotada de independência e estabilidade para a prática do ato.

Enquanto a criação de autarquias visa a atender uma técnica de descentralização administrativa, é fundamental ressaltar que a criação de agências reguladoras visa algo além, pois a autonomia surge como garantidora da neutralidade, do exercício de poderes normativos e decisórios com plena independência e equidistante de interesses, sejam do Estado, dos concessionários ou dos usuários.

A atividade regulatória é exercida a bem do serviço público e não em função de uma política partidária ou de um desejo econômico-financeiro empresarial e tem, na autonomia e na neutralidade, a sua base institucional. Ou seja, a atividade regulatória pressupõe, além da autonomia, a neutralidade ou exercício de função neutral. Melhor explicando, o exercício dessa função neutral, passa por agentes reguladores, que não ostentem uma relação partidária, que atuam em espaços legalmente definidos e determinados e que contemplem “conhecimentos técnicos e jurídicos específicos, necessários para a satisfação de demandantes requisitos da aplicação da juridicidade”.<sup>144</sup> Vislumbra-se, pois, haver um elemento subjetivo a caracterizar a atividade

---

<sup>144</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado. *Op. cit.*, p. 51.

regulatória, qual seja, aqueles conhecimentos técnicos e jurídicos específicos por parte do sujeito incumbido de realizar essa atividade, tal como sublinhados acima e extraídos das lições de MOREIRA NETO.

Atividade regulatória no âmbito dos serviços públicos seria, assim, a atividade-fim e multidisciplinar produzida por um ente regulador, por intermédio de sujeitos dotados de notórios conhecimentos técnicos e jurídicos específicos, com vistas à manutenção da adequação desse serviço ou o seu aprimoramento, demandando a sua plena implementação do reconhecimento de sua maior expertise, autonomia e neutralidade, sem os quais não seria possível a sua prevalência seja perante o poder concedente, os concessionários ou os usuários.

A atividade regulatória é eminentemente jurídica porque regulada por lei, mas é, de forma vanguardista, a sede primeira da funcionalização do Direito e, portanto, conjuga não só a aplicação estruturada de normas e princípios jurídicos, mas, acima de tudo, conjuga-as com normas e diretrizes técnicas, com conceitos e princípios econômicos, bem como com análises sociológicas. Nesse sentido, CALANDRI<sup>145</sup> observa que “a regulação pode ser analisada dos pontos de vista da lei em termos de uma função, única perspectiva capaz de lhe assegurar uma coerência”. Uma coerência, claro, em função do serviço público regulado e de sua pretendida adequação nos termos da lei.

## 6.2 PROFISSIONALIZAÇÃO E EXPERTISE EM SAÚDE E EDUCAÇÃO

Seria viável imaginar-se uma atividade regulatória recaindo sobre serviços de saúde ou de educação, uma vez que não ostentam o conteúdo econômico de um serviço público como o de fornecimento de energia elétrica? Essas áreas possuem orçamento próprio e sua execução poderia, ao menos em tese, ser atribuída a um conselho ou ente dotado das mesmas características das agências reguladoras para fins de gestão profissional e destituída de critérios político-partidários desses recursos ditos “carimbados”.

---

<sup>145</sup> CALANDRI, Laurence. Recherche sur la notion de regulation en droit administrative français. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 40.



Existe, de fato, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que é destinada a fins outros que não o de produzir atos regulatórios incidentes sobre o serviço de saúde prestado pelas diversas esferas de governo da federação. Não há nenhuma agência reguladora da educação. Há o Conselho Nacional de Educação, órgão vinculado ao Ministério da Educação, que tem por missão a busca democrática de alternativas e mecanismos institucionais que possibilitem, no âmbito de sua esfera de competência, assegurar a participação da sociedade no desenvolvimento, aprimoramento e consolidação da educação nacional de qualidade.

É desnecessário comentarem-se os serviços de saúde e de educação do país. Exatamente em relação a esses, o ativismo judicial tem sido profícuo em produzir decisões que tendem a corrigir suas inúmeras e grosseiras falhas. Em ambas as hipóteses, o Poder Público já buscou alternativas à prestação direta desses serviços, tais como, na área da saúde, com a criação de fundações, parcerias com as chamadas Organizações Sociais de Saúde, contratação de terceirizados e até a privatização dos serviços de hospitais levadas a efeito no Estado do Rio de Janeiro na década de 90. Na área da educação, a edição de regulamentos, mudança de normas, má formação de professores e descaso para com o conteúdo didático são marcas incontestáveis da gestão pública. Os resultados do chamado Programa Internacional de Avaliação de Alunos ou *Programme for International Student Assessment*– PISA são bastantes para a verificação de que o gerenciamento do serviço de educação no país é, além de ruim, um dos piores do mundo, uma vez que o Brasil é um dos últimos colocados

Recentemente, o Ministério da Educação lançou uma proposta de “base nacional comum curricular - BNC”, que foi submetido, inclusive, à consulta pública para oferta de sugestões, possibilitando uma participação democrática, ao menos em tese. Em momentos como esse, a consulta com a efetiva participação popular, são fundamentais para que o conteúdo programático proposto a esse currículo comum do ensino não seja infirmado por posições partidárias ou político-ideológicas de eventuais detentores do poder. Como visto anteriormente, Jovenel tem a educação como forma de o poder ser assegurado e mantido por seus detentores, no escopo de propagação e

reprodução social de suas conveniências ideológicas. As conveniências e convicções político-partidárias têm de ficar restritas ao âmbito político, sem jamais sobrepor-se aos objetivos do ensino, da educação e da cultura. Ou seja, como se mencionou anteriormente, a educação é uma arma perigosa nas mãos dos políticos, sendo vantajoso atribuir as decisões nesses campos a profissionais com extremo tirocínio na área.

Nunca se buscou a maior profissionalização dos gestores de ambas as áreas, nem se lhes permitiu trabalhar com autonomia e neutralidade. Tratam-se de políticas públicas presentes em todos os discursos eleitorais, onde as promessas são profícuas e a verdade esconde-se envergonhada.

A respeito da profissionalização, já destacamos o mister de se proceder em relação a todo o serviço público, mas essas áreas são fundamentais ao desenvolvimento tanto social quanto econômico. SILVEIRA, além do fulcro em princípios, considera a profissionalização do servidor público como um direito deste:

Assim sendo, o servidor público precisa ser visto, além de ser humano, como trabalhador, sujeito de direitos e obrigações, com função social insubstituível. Daí a necessidade de se reconhecer como fundamento da profissionalização da função pública a valorização social do trabalho (art. 1º, IV, , da Constituição da República).<sup>146</sup>

É interessante como se dissociam saúde, educação e direitos sociais, da economia, e se lhes imputa a condição de partes da mão esquerda do Estado, que só implicam em gastos. O Direito, até aqui, jamais se preocupara em buscar uma solução mais adequada e profissional para essas áreas sociais, mas cujo desempenho repercute no desenvolvimento econômico do país, que, sem profissionais bem formados, não consegue sustentar o seu desenvolvimento.

Como referenciado anteriormente, no item 3.5, o Estado não pode agir passivamente diante de uma economia globalizada e dinâmica, financeirizada, onde o dinheiro flui de um país para outro na velocidade de um toque na tela. Economia essa da qual o Estado não tem como se recusar a participar. Nitidamente, porém, percebe-se no dia a dia da Administração Pública, tal

---

<sup>146</sup> SILVEIRA, R. DIAS DA. Profissionalização da Função Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 79.

como pode ser testemunhado por todos que buscam informação na mídia jornalística, que o Estado não dispõe de uma equipe técnica suficientemente gabaritada para o enfrentamento dessas variáveis econômicas de constante mutação. Não raro, a receita da equipe econômica restringe-se a isenções tributárias, aumento de juros e estímulo ao crédito. Comentar-se e sugerir um Estado empreendedor perante os sujeitos da economia brasileira é, ao que parece, uma tarefa hercúlea, para não se afirmá-la impossível.

No meio econômico e mesmo no jurídico é muito difícil encontrar-se uma voz que defenda o desenvolvimento social em concomitância ou logo após êxitos econômicos parciais. Economista e filósofo, GALBRAITH enaltece a vantagem dos objetivos econômicos:

Anota outra vantagem dos objetivos econômicos, pois não se pode mensurar o que é subjetivo e seu respectivo desfrute, como a qualidade de vida, progresso cultural e estético, desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, a felicidade humana, o benefício auferido por respirar certa quantidade de ar puro ou por trafegar por ruas desatravancadas. Diz, “o Produto Nacional Bruto e o nível de desemprego, por outro lado, são objetivos e mensuráveis”.<sup>147</sup>

Não se pode censurar a concepção acima, especialmente pela época em que a opinião foi emitida. De toda a forma, o objetivo econômico deve ser prestigiado, mas desde que não olvide eternamente o objetivo social.

Encontrar quem defenda uma proposta de regulação de áreas sociais com o afincado dedicado à área econômica é uma raridade. TOURAINE<sup>148</sup> associa o “desenvolvimento auto-sustentado” à existência de muitos investimentos bem direcionados; à fruição por toda a sociedade dos frutos do crescimento; e, à regulação política e administrativa das mudanças econômicas e sociais, seja em âmbito nacional seja em regional. Após dar relevo à transformação da economia de mercado em desenvolvimento, o autor declara a importância de sua relação com os três componentes da democracia: a cidadania, a representação dos interesses com redistribuição dos resultados e a conseqüente integração nacional, e ao desenvolvimento e industrialização, consagrador da liberdade. A democracia é um sistema de gestão política da

---

<sup>147</sup> Op. cit., p. 293.

<sup>148</sup> TOURAINE, A. O que é a democracia? Petrópolis: Ed. Vozes, 1996, p. 213.

mudança social; por seu lado, o desenvolvimento é um conjunto de relações sociais, ao mesmo que contempla uma política econômica.

Assim, só há democracia onde houver, como consequência do desenvolvimento econômico, desenvolvimento social, devendo ambos serem prospectados de forma sustentável. A democracia não se resume, pois, ao sufrágio e aos corpos de eleitos, devendo ser buscadas outras vias que tragam os resultados democráticos, ainda que obtidos por pessoas que não foram previamente submetidas ao crivo das urnas.

Na medida em que só se persegue a regulação econômica e a criação de instituições ou normas que a protejam, afastando-a do alcance das variáveis nuances políticas, os direitos sociais, ainda que reputados como fundamentais, ficam sujeitos unicamente àquele Estado de configuração weberiana, cujo aparato hierárquico e centralizado, se prenehe de ideologias políticas ou de fisiologismo pessoal ou partidário, acabará por impor as suas convicções, independentemente de serem ou não eficazes na busca pelo desenvolvimento social.

Essa regulação pretendida para as áreas de saúde e educação, em verdade, são blindagens a esses desvios, que acabam por impedir o crescimento sustentável do Brasil. Entes autônomos e neutros, extremamente profissionalizados, responsáveis pela gestão orçamentária dos valores atribuídos às áreas de saúde e educação, pela formulação e execução de políticas públicas corretas e adequadas, certamente produzirão um ensino e um atendimento à saúde melhores do que os atuais.

A criação desses entes nunca será pacífica, eis que é dado aos atuais gestores reconhecer apenas a incompetência de seus antecessores. Apesar do serviço público ser ruim, os setores da saúde e da educação ainda são uma máquina proficiente em produzir voto e resultados nas eleições. TOURAINE, embora não sugira a criação desses entes, anota que a integração do econômico com o social não advirá espontaneamente, devendo ser provocada:

A integração dos atores sociais e econômicos do desenvolvimento não é espontânea; chega mesmo a ser ameaçada pela lógica característica de cada um deles que corre o risco de entrar em conflito com a lógica dos outros e desarticular a sociedade. A manutenção, em conjunto, dos componentes do desenvolvimento compete à democracia porque esta dá ao sistema político um papel

de mediação entre os atores sociais e entre estes e o Estado. O desenvolvimento não é a causa, mas a consequência da democracia.<sup>149</sup>

Saúde e educação são áreas que demandam a criação de um ente ou organismo normatizador próprio capaz de impor as suas regras e regular a atuação do Estado na prestação desses serviços públicos, cuja criação há de ser perseguida pelos próprios membros da sociedade, uma vez que não é do interesse dos detentores do Poder Público deixar de atuar como ordenadores desses setores, a despeito de as chamadas políticas públicas dessas áreas consubstanciarem-se em direito. Desta sorte, motivo não há para saúde e educação permanecerem circunscritas a órgãos cujas decisões são adotadas com base em premissas políticas, conquanto, repita-se, qualquer decisão nessas áreas há de ser adequada ao Direito. Atualmente, é evidente, aqueles que se sentem lesados podem socorrer-se do Judiciário. Porém, sem que pessoal técnico especializado esteja à frente dessas decisões, mesmo aquelas proferidas pelo Judiciário poderão não ser as mais adequadas.

Preocupado com o desenvolvimento sustentável e o empreendedorismo tanto privado como por parte do Estado, BLANCHET traz importante contribuição e situa-se dentre aqueles que são exceção no Direito brasileiro ao produzir artigo intitulado por “O princípio constitucional da reciprocidade como pressuposto do desenvolvimento sustentável”. Começa a desenvolver suas ideias asseverando que a garantia do desenvolvimento nacional é um dos objetivos fundamentais da nação, estabelecida logo no inciso II do art. 3º da Constituição da República, e, considerando-se que desenvolvimento pressupõe trabalho, aquele estaria albergado dentre os Direitos sociais do art. 6º daquela mesma Constituição. O princípio da reciprocidade adviria da comunhão de preceitos constitucionais, estando a significar que ninguém pode obter direito patrimonial sem o esforço correspondente. Desenvolvendo essa linha de raciocínio, ao final, BLANCHET<sup>150</sup> chega a relacionar os institutos tratados: empreendedorismo, desenvolvimento sustentável, princípio da reciprocidade e

---

<sup>149</sup> TOURAINE, A. Op. cit. p. 214

<sup>150</sup> BLANCHET, L. A. “O princípio constitucional da reciprocidade como pressuposto do desenvolvimento sustentável”. Constituição, economia e desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba: 2010, pp. 32-55.

a eficiência pública, a qual tem por uma espécie de empreendedorismo do Estado, concluindo:

A Constituição não aponta para a formação de um grupo de agentes empreendedores, mas para uma sociedade harmônica e solidária de pessoas produtivas, na qual as riquezas não são simples e sumariamente “distribuídas”, mas multiplicadas pelo empreendedorismo privado e pela eficiência pública.

Na multiplicação, na criação de novos bens, nasce o desenvolvimento e repousa a sustentabilidade.

A visão empreendedora é rara, especialmente quando se busca quem a tenha associado com direitos sociais. Todavia, se ganho direto não houver em razão da promoção de atividades dessa espécie de empreendedorismo social, retornos futuros, certamente, serão colhidos e produzirão efeitos que repercutirão no desenvolvimento econômico e em sua manutenção.

## **7. CONCLUSÕES E PROPOSTAS**

Há muito admitiram os economistas serem essas questões ou algumas delas importantes; livros-texto, professores e economistas, em altos postos regularmente advertem que julgamentos econômicos não são o julgamento total da vida. Feita essa advertência, a economia rotineiramente faz então a prova final da política pública. A taxa de aumento da renda e produção na Renda Nacional e no Produto Nacional Bruto, juntamente com o número de desempregados, permanece a medida por assim dizer exclusiva da

realização social. Essa é a moralidade moderna. Supõe-se que São Pedro apenas pergunte aos candidatos ao paraíso o que fizeram para aumentar o Produto Nacional Bruto.<sup>151</sup>

O texto jocoso do genial filósofo e economista John Galbraith serve como uma paródia do cotidiano político-econômico, da mão direita e da mão esquerda de Bourdieu, mas não se pode deixar os Direitos sociais ao relento constitucional, nem que as políticas públicas jamais cheguem àqueles seus destinatários. Diferentemente da época de Galbraith, o modelo constitucional hoje vigente suscita um sistema de proteção judicial, que, descumpridas as “promessas” – como gostariam muitos dos políticos no exercício de funções de administração pública – exsurdirá, se provocado o Judiciário, uma demanda reparadora de um ato administrativo ou política pública, que será chamado por ativismo judicial.

De observar-se que esse ativismo tem um custo para o Estado, não só por movimentar o Poder Judiciário no sentido de prolatar uma decisão e pronunciar-se sobre os diversos recursos que irão, com certeza, advir, como também gera um custo maior reflexos de condenações sofridas pelo Ente Público apontado como violador de algum direito fundamental.

Os políticos, a fim de reduzir ou terminar com o ativismo, não devem criticar o Judiciário por eventual exorbitância de suas competências, mas sim cumprir as suas próprias competências de acordo com os princípios e normas constitucionais, que conformam o direito judicialmente pleiteado.

Se para esses direitos serem atendidos de forma autônoma e espontânea pelo Poder Executivo, dispensando a ação heterônoma do Judiciário, restar como mais proficiente a criação de um Executivo com centros de poder variados, a única hipótese seria a criação de uma nova estrutura em sede constitucional, como a dos aqui propostos entes constitucionais autônomos, que, como visto, poderiam seguir uma ordem similar à das agências reguladoras, tal como proposto pelos responsáveis por sua criação na última década do século passado.

Os juristas não podem, ao estudar os diversos institutos jurídicos, deixar de proceder ao exame dos fatos da história recente da Administração Pública,

---

<sup>151</sup> GALBRAITH, John Kenneth, *Op. cit.*, p. 293.

nem deixar de lado o estudo da Ciência Política, da economia e da Sociologia, especialmente em áreas sensíveis como as do Direito Público. Elementos como (i) a forma pela qual o poder é utilizado, o sistema de legislações que buscam não o cumprimento de suas responsabilidades, mas se prestam como meios de, dessas, evadir-se (legislação *álibi*); (ii) as composições político-partidárias com criação de órgãos, cargos e nomeações sem critério relacionado ao interesse público; e, (iii) até a facilitação da corrupção, não podem ficar ao relento das teses doutrinárias, as quais têm de enfrentá-los.

No caso das agências reguladoras era previsível que a roupagem autárquica se demonstraria insuficiente mais cedo ou mais tarde, assim como a forma de acesso a seus cargos de direção, por mãos políticas, acabaria por impedir o pleno exercício de sua atividade regulatória. Assim, razão não havia para o encantamento dos doutrinadores para com a nova instituição, que, no fundo, nada mudou no cenário da Administração Pública brasileira, nem no seu relacionamento para com o poder central, que acabou por sagrar-se vitorioso diante do grave problema verificado em relação às agências reguladoras: onde a doutrina jurídica enxerga autonomia, o titular do poder central vê insubordinação; onde aquela doutrina viu avanços em favor do interesse da sociedade e de investidores, o poderoso viu perda de oportunidades; e, onde juristas sustentavam haver um mandato a ser respeitado, o político eleito viu a injustificada, perigosa e fiscalizatória permanência no poder de parte do *staff* que fora derrotado nas eleições.

Mais uma vez, o poder derrotou a doutrina jurídica, senão nos livros e na academia, o fez na prática política, relegando eventuais questionamentos éticos ao plano dos comentaristas políticos de plantão, que não produzem sequer moossa em seus objetivos eleitorais.

O poder, visto sob a óptica ética e compromissado para com o mercado e para com os cidadãos, jamais se valeria de expedientes para desnaturar ou aparelhar (ou ainda ambos) uma instituição que tem por objeto cuidar de direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros e atrair investimentos nacionais e internacionais, na medida em que o país se mostra sério, ético e respeitoso às leis, podendo ofertar, por conseguinte, a tão esperada segurança jurídica.

O Estado perdeu em soberania, mas ganhou em atribuições internacionais, que impõem à autoridade máxima de cada qual uma plêiade de



novas preocupações e funções para com o mundo e a economia, num constante crescer em importância da política externa, capaz de influenciar sobremaneira cada nação, internamente. É impositivo, pois, que, diante desses novos paradigmas, o Estado passe o bastão da administração de alguns afazeres internos para outros órgãos, em princípio, relacionados para com o Poder Central, cuja característica centralizadora está mantida.

Todavia, é de pouca ou nenhuma inspiração valer-se dessa estrutura político-administrativa vetusta para fins tão nobres e imprescindíveis ao desenvolvimento econômico sustentável da nação. Assim procedendo, o poder central está dando a entender que quer centralizar o poder ao máximo e que não pretende distribuí-lo, ainda que todos os argumentos possíveis pugnem em sentido contrário.

Essa visão é retrógrada, devendo seus defensores abandonar não só tamanho anacronismo, como também passar a recusar a definição weberiana de Estado, em que esse é considerado como titular do “monopólio da força legítima”. Apesar de típica para o exercício da Prússia, essa definição não pode ser aceita em dias atuais.

O momento é de boas oportunidades para a criação de entes especializados capazes de alavancar os resultados em áreas sensíveis do Estado e que nunca foram tratadas com profissionalismo. O Estado está a perder a chance de assegurar um futuro mais digno, onde se possa garantir o desenvolvimento e sua manutenção.

Cabe às ciências sociais e inclusive ao Direito pugnam pela mudança estrutural dessa Administração Pública. Os novos paradigmas do Estado, que, por uma questão semântica e dada a redução de sua austeridade soberana, denominamos por pós-soberano, trouxeram à mesa de debates todos os institutos, temas e questionamentos clássicos do Direito Público. Assim observando e salientando que até a hierarquia administrativa deve ser rediscutida, CASSESE, no penúltimo parágrafo de seu livro, consigna que esses novos paradigmas do Estado:

Requerem também mudança de comportamento científico em relação ao direito, porque a “doutrina” jurídica não pode manter imutáveis os

próprios códigos de referência com uma mudança tão radical de seu objeto.<sup>152</sup>

Essa sugestão de mudança de perspectiva na apreciação da hipótese, com referências outras além do Direito foi aqui proposta para fins de criação de entes constitucionais para o exercício de funções de Administração Pública, sem que lhes sejam afastadas por completo a possibilidade de exercer algumas funções de natureza normativa e jurisdicional, assim permitindo-lhes tratar da formulação de políticas públicas para áreas referenciadas como pertinentes a direitos fundamentais constitucionalmente protegidos da saúde, da educação e dos serviços públicos, sendo indiferente a sua classificação como direitos sociais ou atividade econômica.

A proposta levada a efeito no texto presente limita-se a admitir a sua criação por área de interesse e à sua estruturação da forma como se pretendeu fazer em relação às agências reguladoras em sua origem. Isto é, entes de elevado gabarito técnico especializado, capazes de promover as políticas públicas com proficiência ímpar, sem ceder às influências externas, sejam advindas do mundo político ou do mercado.

Considerando a experiência concreta das agências reguladoras, que não lograram manter a neutralidade e a independência que se lhes atribuiu inicialmente, a sua criação por norma infraconstitucional não seria bastante e eficaz. Seria necessário elevar esses entes ao nível constitucional, como já se sucede com outras entidades próximas, como o Banco Central, o Tribunal de Contas e o Ministério Público. O país não possui uma cultura política capaz de aceitar a criação dessa espécie de entes sem que venham a ser, num ou noutro momento, atacados por um político com poder bastante a fazê-lo.

O ativismo judicial, se fosse reduzido o número de demandas judiciais versando sobre as matérias a serem atribuídas a esses entes constitucionais, seria uma medida justa quanto ao fortalecimento dos direitos fundamentais. O Estado de configuração hierárquica e centralizado, onde todos estão submetidos a um poder central preocupado em manter-se na condição de seu titular, mais se parece, como visto, com a configuração avaliada como ideal por Weber, qual seja o exército prussiano, cujo rol de atribuições, com certeza, não

---

<sup>152</sup> CASSESE, S. *Op. cit.*, p. 145.

contemplava a formulação e a execução de políticas públicas voltadas à concretização de direitos sociais.

Já nos manifestamos anteriormente que nem sempre a gestão conduzida pelo eleito por uma maioria é propícia para o exercício de funções que, ao invés de implicar uma expressão de poder, tenham um conteúdo técnico-social que esteja a exigir uma formação acadêmica específica e uma capacitação profissional diversa do carisma político que o conduzira à vitória eletiva.

Nesse sentido, JUSTEN FILHO entende de forma semelhante ao admitir a possibilidade de que membros desses entes venham a ter mandatos temporários:

Daí se segue que a ausência de eleição popular para os membros das agências reguladoras é irrelevante para o reconhecimento de algum déficit democrático. A natureza e a função das agências reguladoras tal como se passa quanto ao Judiciário, ao Ministério Público, aos Tribunais de Contas e a grande parte da organização administrativa do Estado excluem análise dessa ordem.<sup>153</sup>

O exercício de funções atribuídas aos Poderes constitucionais clássicos não seriam afetadas, mas a harmonia e o equilíbrio deveriam ser mantidos, devendo a normatização dessas matérias, ainda que em parte, ser reservada em favor desses novos entes constitucionais. Por exercerem precipuamente funções de Administração Pública, todo o arcabouço constitucional referente à distribuição das funções concernetes aos Poderes terá de ser revista, mas não pode ser tida como obstáculo intratransponível. Afirmar que esses entes constitucionais autônomos estariam a reunir todas as funções em suas mãos seria uma falácia se o exercício das funções normativa e jurisdicional fossem mitigados e exercidos por exceção, tal como se sucede com todos os Poderes, que, de certa forma e dentro de uma medida permitida na Constituição da República, exercem as três funções, sendo que uma como seu fim precípua e as outras duas como meio de garantir a sua independência e a consecução de seus fins, em perfeita consonância com o sistema de freios e contrapesos.

---

<sup>153</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Ed. Fórum, nº 2, abr-jun/2003, p. 283.

Na hipótese, não se tem a criação de um novo Poder, mas a criação de outro centro de poder que tem o Executivo como a sua referência. Pretende-se mais uma Administração Pública policêntrica em seu nível de maior de poder, o que é inédito no Direito brasileiro, do que uma revisão do princípio da independência e harmonia dos Poderes.

Nessa medida, de que não se estão promovendo alterações significativas no equilíbrio entre os Poderes, problemas não haveria em relação ao fato de esse princípio ser uma cláusula pétrea, segundo nossa Constituição da República. De outra parte, não há qualquer vedação para que o Poder Executivo deixe de ser monocrático e absoluto, exercido por um só homem votado por maioria em eleição para cargo majoritário, passando a ser dotado de mais de um centro detentor de Poder. Trata-se de uma mudança de concepção quanto à conformação de um poder e não do fim de um princípio, mediante o estabelecimento de normas que limitem e condicionem o exercício da parcela das funções administrativas que lhe for atribuída pela via do instituto da distribuição de competências, que, *in casu*, se realiza pela distribuição de funções, as quais não se confundem com os poderes em si, aliás como expõe SILVA:

Cumpra, em primeiro lugar, não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes, embora entre ambas haja uma conexão necessária. A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que a exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão [ou separação] de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes.<sup>154</sup>

Divisão de competências ou distribuição de funções, o que importa é que não se sucede na hipótese vertente qualquer mácula ao princípio da separação de poderes, que é atendida, exatamente quando se realiza essa distribuição

---

<sup>154</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 97.

como anota CANOTILHO<sup>155</sup>, para quem os Poderes do Estado devem ser entendidos como “sistemas ou complexos de órgãos” aos quais a Constituição atribui certas competências para o exercício de suas funções.

A solução aqui proposta, ao amplificar o número de sujeitos no exercício de funções de comando no âmbito do Poder Executivo, transformando-o de cêntrico em policêntrico, melhor atende ao princípio do pluralismo, erigido a princípio constitucional logo no inciso V do art. 1º. Sem dúvidas, esse princípio é fundamental à paz e à harmonia em sociedades complexas como as da contemporaneidade. Criar um ente constitucional autônomo para a administração de direitos fundamentais é prestigiar esse princípio, estando distante de ser, portanto, um malferir constitucional.

A proposta ora apresentada visa a imputação de poder a uma pluralidade de entes constitucionais conformadores de um novo Poder Executivo, que da essência monocrática passaria a ser plúrimo.

CANOTILHO chega muito próximo dessa conclusão ao comentar os denominados Órgãos de Soberania da República Portuguesa como órgãos constitucionais de soberania<sup>156</sup>, que compõem a República Portuguesa, que é composto por quatro órgãos, a saber: pelo Governo da República, pela Assembleia da República, pelo Presidente da República e pelos Tribunais, aos quais é atribuído exercício autônomo de tarefas, mas que não podem ser comparados à proposta de entes constitucionais autônomos ora lançada. Enquanto aqueles seriam órgãos auxiliares, os entes constitucionais autônomos exerceriam com independência funções atualmente atribuídas à chefia do Executivo.

No Brasil, MOREIRA NETO<sup>157</sup> atribui ao Tribunal de Contas da União a condição de órgão soberano constitucional. Todavia, mais uma vez, coincidência não há, pois o esse Tribunal não partilha competências com o Executivo, funcionando como um órgão auxiliar. O autor prossegue em seu artigo, onde tangencia o tema da possibilidade de se realizar uma nova distribuição de funções entre os Poderes:

---

<sup>155</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003.p. 250.

<sup>156</sup> Op. cit. p. 690.

<sup>157</sup> MOREIRA NETO, D. F.. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos (um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil) In RDA nº 23. Rio de Janeiro: FGV, jan/mar 2001, pp. 1-24.

Assim, o processo organizativo do poder está longe de se ter esgotado no moderno constitucionalismo, e vai prosseguindo, a destacar novas funções específicas, que passam a ser desempenhadas por órgãos, mas que não mais se incluem nos três complexos orgânicos que são denominados, por metonímia tradicional, de Poderes, porque exercem o que eram antes as únicas, mas hoje restam apenas como as mais importantes segmentações do Poder do Estado (ou os “Poderes da União”, como está no art. 2º).<sup>158</sup>

Separação de Poderes e democracia estariam atendidos, pois, como sustentou-se, os resultados a serem obtidos estariam muito mais próximos dos interesses daqueles do povo, que daria o respaldo devido por intermédio de sua participação pela via do controle social. Embora compostos por não eleitos, esses entes constitucionais melhor expressariam a vontade do Estado na representação dos interesses públicos, como destaca BLANCHET<sup>159</sup> “enquanto a vontade do indivíduo é psicológica, a vontade do Estado é lógica (orienta-se em função das qualidades do Estado e pelas preferências e anseios públicos). É nessa busca de uma vontade do Estado e da produção de atos de Estado – e não de governo –, adequados aos interesses públicos em relação a políticas públicas nas áreas de saúde, educação e serviços públicos que se propõe a criação de entes constitucionais autônomos, extremamente técnicos, autônomos e neutrais.

## REFERÊNCIAS

---

<sup>158</sup> MOREIRA NETO, D. F.. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos. Op. cit. p. 12.

<sup>159</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. Direito Administrativo: o Estado, o particular e o desenvolvimento sustentável. Curitiba: Juruá editora, 2012, p. 46.

1. AMARAL, C.E.P. **Do Estado soberano ao Estado das autonomias: regionalismo, subsidiariedade e autonomia para uma nova ideia de Estado**. Porto: Afrontamento, 1998.
2. ARAGÃO, A. S. **Curso de Direito Administrativo**. Forense: Rio de Janeiro, 2013.
3. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Significado actual de la noción el Servicio Público**. In: **El nuevo Servicio Público**. Madrid: Marcial Pons, 1997.
4. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.
5. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Profissionalização da Função Pública no Brasil**. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, 12:9-17, abr/jun. 2003.
6. BARCELLOS, A. P. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 2005, n. 240.
7. BARROSO, L. Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. *Revista Quaestio Juris - UERJ* <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/3916/2845>.
8. BARROSO, Luís Roberto. **Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado**. In *Revista Trimestral de Direito Público*: São Paulo, n. 25, 1999.
9. BAUDRILLARD, J. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2010.
10. BESSA, F.L.B.N. **Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
11. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
12. BLANCHET, L. A... **Concessão de serviços públicos**. Curitiba: Juruá editora, 1999.

13. BLANCHET, L. A. **“O princípio constitucional da reciprocidade como pressuposto do desenvolvimento sustentável”**. Constituição, economia e desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba: 2010, pp. 32-55.
14. BLANCHET, L. A.. **Direito Administrativo: o Estado, o particular e o desenvolvimento sustentável**. Curitiba: Juruá editora, 2012.
15. BOBBIO, N. **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
16. BOBBIO, N. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
17. BOBBIO, N. **A era dos direitos**. São Paulo: Ed. Campus, 2004.
18. BOBBIO, N. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri – SP, Manole: 2007.
19. BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
20. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. Revista do Serviço Público, ano 47, v. 120, nº 1, janeiro-abril/1996, Brasília, ENAP, apud NUNES, Edson de Oliveira; NOGUEIRA, André Magalhães; COSTA, Cátia Couto da; ANDRADE, Helenice, Vieira de; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional**. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2007.
21. BREUS, T. L. **Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
22. BRITTO, Carlos Ayres. **O regime constitucional dos Tribunais de Contas**. In O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais, Org. Alfredo José de Souza et al. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
23. CALANDRI, Laurence. **Recherche sur la notion de regulation en droit administrative français**. Paris: L.G.D.J., 2008.
24. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.p. 250.



25. CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta Prohibida: uma aproximação historico-teorética al estudio del derecho y del estado**. Madrid: Trotta, 2008.
26. CAPPELLETTI, M. **Capítulo 2: Afluente teórico-histórico**. In: MOREIRA, J.B.G. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo horizonte: Fórum, 2005.
27. CASANOVA, Pablo González. **As novas ciências e as humanidades: da academia à política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.
28. CASSESE, S. **A crise do Estado**. Saberes: Campinas, 2010.
29. CASTELLS, M. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**, Vol. I, a sociedade em rede. São Paulo: 2008.
30. CHEVALLIER, J. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
31. CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
32. DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
33. DOBBS, R., MANYIKA J., et WOETZEL, J.. **No ordinary disruption**. New York:Public Affairs, 2015.
34. DUPAS, G. **Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso**. São Paulo: UNESP, 2011.
35. DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
36. FIGUEIREDO, C.; SILVA, D.B. **A construção da imagem pública: o dilema dos meios de comunicação**. In *A cara da mídia*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco Editora Massangana, 2010.
37. FINGER, Ana Cláudia. **Serviço Público: um instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais**. In RDA 232, FGV, 2003.
38. FREITAS, D.B. **A fragmentação administrativa do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
39. GIANINNI, Massimo Severo. **Diritto Pubblico dell'a Economia**. Ed. II Mulino, 1995.

40. GOYARD-FABRE, S. **O que é democracia?**. Martins Fontes: São Paulo, 2003.
41. GRAU, Eros. **As agências, essas repartições públicas. In “Regulação e Desenvolvimento”**, SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.), São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 25 e seguintes.
42. HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Harvard University Press: 2007.
43. JOUVENEL, Bertrand de. **O poder (história natural de seu crescimento)**. São Paulo: Ed. Peixoto Neto, 1998.
44. JUSTEN FILHO, M. **O Direito da agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
45. JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?** *In* Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Ed. Fórum, nº 2, abr-jun/2003.
46. LAROSE, Chalmers. **L’oddisèe transnationale: enjeux, acteurs, sites. Une perspective minimaliste**. Québec: Presses de l’Universités du Québec, 2008.
47. MEDINA, D. E. L. **Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latino-americana**. Legis: Bogotá, 2012.
48. MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
49. MOREIRA NETO, D.F., **Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
50. MOREIRA NETO, D.F. **Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
51. MOREIRA NETO, D. F. **Mutações do Direito Público**. São Paulo: Renovar, 2006.
52. MOREIRA NETO, D. F.. **Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos (um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil)**. *In* RDA nº 23. Rio de Janeiro: FGV, jan/mar 2001.

53. MORIN, E. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.
54. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: Atlas, São Paulo, 2003.
55. MOUFFE, C. **The democratic paradox**. Londres; New York: Verso, 2000.
56. OLIVEIRA, R.; CARVALHO, R. **Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
57. PETERS, G. **Managing to hollow State**, in ELAISSEN, K.; KOOIMAN, J. (Coord.). *Managing public organizations*. London: Sage Publications, 1993.
58. RIVAROL, Antoine de. *Apud* CAPORAL, Stéphane. **Citação de abertura do artigo “Le peuple : un souverain sous controle”**, apresentado no VIIe Congrès français de droit constitutionnel – Atelier n°3 : Constitution et pouvoir constituant. Consulta em <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC3/CaporalTXT.pdf>.
59. ROMAN, J. **Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno**. In MORIN, E.; PRIGOGINE, I. (Coord.). **A sociedade em busca de valores**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
60. SAINT-PIERRE, Héctor Luís. **Max Weber entre a paixão e a razão**. Campinas: UNICAMP Ed., 2004.
61. SARAMAGO, J. **Semanario Universidad, São José, Costa Rica, 30 de junho de 2005, entrevista a Vinicio Chacón**. In: AGUILERA, Fernando Gómez (Org.). *As palavras de Saramago*. São Paulo: Cia das Letras, 2010.
62. SEIDMAN, Louis Michael. **Our Unsettled Constitution: A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review**. Yale University Press (December 11, 2001).
63. SEN, A. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
64. SEN, A.; KLIKSBERG, B. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

65. SHERRY, Suzanna. **Why We Need More Judicial Activism** (February 6, 2013). Constitutionalism, Executive Power, and Popular Enlightenment, 2014 Forthcoming; Vanderbilt Public Law Research Paper No. 13-3. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2213372>.
66. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.
67. SILVEIRA, R. DIAS **Da. Profissionalização da Função Pública**. Belo Horizonte: Fórum.
68. STRECK, L.; MORAIS, J.L.B. **Ciência política e teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
69. SUSTEIN, C. **Constituciones y democracias: epílogo**. In. ELSTER, J.; RUNE, S. *Constitucionalismo e democracia: estudos introdutorio de Alejandro Herrera M. Trad. Monica Utrilla de Neira*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, cap.11.
70. TOCQUEVILLE, A. **A democracia na América: leis e costumes**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
71. TRIVINHO, E. **A democracia cibercultural: lógica da vida humana na civilização mediática avançada**. São Paulo: Paulus, 2007.
72. VIBERT, Frank. **The Rise of the unelected: democracy and the new separation of powers**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
73. VILLE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
74. TOURAINE, A. **O que é a democracia?** Petrópolis: Ed. Vozes, 1996.
75. YUNG, Corey Rayburn, *Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts* (January 14, 2010). *Northwestern University Law Review*, Vol. 105, No. 1, 2011; 5th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1434742>.
76. ZILIO, D.; e GONZALES, M. **A gênese do significado**. *Filosofia*, Ano V, nº 53, Ed. Escala, São Paulo: 2010.
77. ZIZEK, S. **Primeiro como tragédia, depois como farsa**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.