

NOVAS CONSIDERAÇÕES SOBRE AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA¹

DEMORACIA, CRISE E SUPERACÃO

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

SUMÁRIO

- I. APRESENTAÇÃO**
- II. INTRODUÇÃO**
- III. O NOVO CENÁRIO CONSTITUCIONAL**
- IV. O CONCEITO PRÁTICO DE POLICRACIA, A SUPERAR A INSUFICIÊNCIA DO ESQUEMA TRIPARTITE CLÁSSICO**
- V. A IMPORTÂNCIA DO PLURALISMO DOS CANAIS DE EXPRESSÃO DA VONTADE POPULAR PARA IMPRIMIR MAIOR LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA AO PROCESSO POLÍTICO CONTEMPORÂNEO**
- VI CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS**

¹ Este estudo foi originariamente preparado para ser apresentado, ainda em grandes linhas, ao *I SEMINÁRIO DA CDPAP – COMISSÃO DE DEFENSORES, PROCURADORES E ADVOGADOS PÚBLICOS DA OAB/RJ*, realizado em 8 de julho de 2013, na OAB do Estado do Rio de Janeiro, refundindo e atualizando escritos e exposições desenvolvidos em diversos Congressos e Seminários, durante vinte e cinco anos de reflexões sobre a matéria.

“... URGE INDAGAR ES EL PORQUÉ HÁ SURGIDO Y TOMADO CUERPO, ESA INQUIETUD COMUM A CASI TODAS LAS NACIONES DEMOCRÁTICAS DE BUSCAR O IMPORTAR NUEVOS INSTRUMENTOS DE GARANTÍA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE CONTROL A LA ADMINISTRACIÓN”

ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ-LUÑO

I. APRESENTAÇÃO

Está abundantemente repetido, que a inovativa configuração das **Funções Essenciais à Justiça** na Constituição de 1988 tem representado um extraordinário avanço no sistema de freios e contrapesos regulador do equilíbrio juspolítico no País, uma vez que, como regra, a atuação reativa de seu **complexo orgânico central de controle de juridicidade, cometido às funções do Poder Judiciário** dependerá da atuação proativa que deva partir, também em regra, desse outro **complexo orgânico, conformado pelos órgãos que desempenham com exclusividade as Funções Essenciais à Justiça**, instituídos no Capítulo IV, do Título IV, da Carta, que totalizam, teoricamente, a zeladoria e representação possível de todos os interesses que se entrecruzam no âmbito jurídico do País, bem como os que com ele se relacionem.

O que não seria previsível há 25 anos, é que os avanços nos processos políticos do País, em grande parte resultante dos progressos sócio-econômicos registrados nas últimas décadas, gerando uma população cada vez mais sintonizada com as ideias e os movimentos registrados no cenário global, notadamente ante a irrupção, em todas as latitudes, inclusive em nosso País, de movimentos populares e demonstrações em praça pública, demandariam tão cedo o urgente aperfeiçoamento de **canais institucionalizados**, de modo a dirigirem adequada e ordeiramente um extraordinário, crescente e diversificado volume de **demandas e reivindicações**, notadamente partidas das populações que se ressentem de carência agudas de prestações, exigindo respostas dos Poderes Públicos constituídos, até mesmo assumindo características críticas, porém mais insólitas, de **contrapoderes**.²

² Sobre o tema de *contrapoderes*, a obra seminal de ULRICH BECK, *Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter*, München: Suhrkam Verlag, 2002. Tradução francesa disponível: *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris: Éditions Flammarion. 2003.

Assim, constitucionalmente destacados e independentes, instituídos como necessários instrumentos para uma atuação legítima perante os demais órgãos – do Legislativo, do Executivo, notadamente os do Judiciário e todos os demais que gozam de independência funcional constitucional, os órgãos exercentes das Funções Essenciais à Justiça desempenham hoje no Brasil, como em outros Países, um papel absolutamente fundamental não apenas para assegurar a lei e a ordem, como para sustentação dos valores democráticos introduzidos na Pós Modernidade.

É, portanto, sob esta perspectiva, que aqui são apresentadas estas novas considerações sobre o tema, aqui enfocados em torno da nova configuração constitucional das **Funções Essenciais à Justiça**, com vistas a demonstrar a ingente necessidade de **fazer valer sua independência funcional** desses órgãos, assim elevados a indispensáveis instrumentos da cidadania, não obstante algumas poucas, mas insistentes e perturbadoras contestações que pretendem confundi-las com órgãos administrativos.

Estas notas são ditadas pela importância de resguardar o progresso até aqui alcançado, notadamente pela **cidadania**, contra certos movimentos, partidos de interesses reacionários, quando não nostalgicamente autocráticos, que não apenas pretendem nos fazer perder a liderança das mutações que desenvolvem controles sobre o Estado, em curso neste século, como frustrar nossos justos anseios populares pela realização de uma avançada **democracia substantiva**.

II. INTRODUÇÃO

1. De início, cabe um esclarecimento sobre a designação preferida de **Advogado de Estado**, como espécie de **Advogado Público**, como designativa de **quem desempenha essas funções constitucionais por concurso público de provas e de títulos, sob vínculo estatutário, em entidades estatais com personalidade jurídica de direito público**. A razão mais evidente dessa opção é que a designação de **advogado público**³ é equívoca, confundindo o **Advogado de Estado** com o **Defensor Público**, pois que este é, também, etimologicamente, um advogado público (e até duplamente público, porque não só a sua função é pública, como também o é o destinatário de seu atendimento, pois que dirigido ao público).

Por outro lado, a alternativa que se tem alvitado para superar a ambigüidade – a de **procurador público**⁴ – suscita outra confusão, com o cargo de **procurador de justiça**, cujas funções, exercidas junto ao Poder Judiciário, se dirigem à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, além de marginalizar as carreiras que adotam a designação de **advogados públicos**.

³ Não obstante, a expressão foi lamentavelmente retirada, com perda de seu rigor, da denominação da Seção II, do Capítulo IV, do Título IV da Constituição, pela Emenda Constitucional n° 19, de 4 de junho de 1998, substituindo a designação original - **Advocacia** Geral da União - que era a correta, não obstante parcial, talvez por isso, a intenção de ampliar-lhe o sentido, o que deve ter sido a pretendida pelo do legislador constitucional.

⁴ Como empregado por DÁRCIO AUGUSTO CHAVES FARIA, em *A Ética Profissional dos Procuradores Públicos* (Revista Forense, Vol 321, 1993 ps. 22 a 39), em primoroso trabalho pioneiro, no qual justifica seu uso pela preeminência do procuratório judicial: por ser o “*encarregado de representar o ente estatal em juízo e promover sua defesa*” (p. 22).

2. Consoante se vem expondo de longa data⁵, todas as **Funções Essenciais à Justiça** são, essencialmente, **ministérios advocatícios lato sensu, constitucionalmente instituídos**, não apenas para a tradicional defesa de pessoas, de bens, de interesses e de direitos – funções que milenarmente têm caracterizado a **advocacia** - como, em acréscimo, culminando a evolução histórica da instituição, **para a sustentação de valores fundantes da civilização atuando como contrapoderes** e, por isso, a cura dos próprios ordenamentos jurídicos que os exprimam, com ênfase nos **essenciais** cometimentos juspolíticos que a própria Constituição comete a cada uma de seus ramos funcionais.

3. Culminando um processo de evolução de longa data, que partiu da indefinição de ramos e sub-ramos, até a caracterização encontrada no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, que definiu as **Funções Essenciais à Justiça**, nela foram destacados dois grandes **ramos advocatícios (lato sensu)**: (1) o ramo da **advocacia privada**, como a sua **manifestação genérica**, à qual cabe a defesa de todos os tipos de interesses, salvo os reservados privativamente às suas **manifestações estatais**, que, por sua vez, compõem (2) o ramo da **advocacia pública**, (ainda aqui tomada em sentido pleno e geral), subdividida em três sub-ramos, como suas **manifestações funcionais específicas**.

Esses três sub-ramos distribuem as necessárias **funções constitucionais** por três diferentes **ministérios públicos** que praticam a advocacia *lato sensu* no Estado Brasileiro, distinguindo, bem como as suas respectivas **carreiras e órgãos**, consoante a **especial tutela de interesses postos à sua respectiva sua cura**, como se segue: *primo*, a **advocacia da sociedade**, cujas funções se voltam à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais

⁵ Na bibliografia do Autor sobre o tema, os dois primeiros trabalhos desenvolvidos foram: a tese - **O Procurador do Estado na Constituição de 1988** - apresentada ao XV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, em Natal, RN, 1989, inserta em seus Anais, e o artigo - **As Funções Essenciais à Justiça na Constituição de 1988** - publicado na *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Vol. 43, 1991, ps. 30 a 40.

indisponíveis, configurando a tradicional instituição do **Ministério Público** (grafada com maiúsculas, para enfatizar o seu sentido orgânico estrito)⁶; *secundo*, a **advocacia das entidades públicas**, cujas funções se especializam na defesa dos interesses públicos primários e secundários cometidos aos diversos **entes estatais**, políticos ou administrativos, constituindo, por isso, os diversos ramos da **Advocacia de Estado**⁷, e, *tertio*, a **advocacia dos hipossuficientes**, cujas funções se dirigem à defesa dos **interesses dos necessitados**, cometida à denominada **Defensoria Pública**⁸.

4. Desde a instituição constitucional dessas distintas funções constitucionais e de suas respectivas carreiras públicas, o Autor do presente estudo tem sustentado, em mais de duas dezenas de sucessivos artigos e conferências produzidos durante esse quarto de século, os seguintes dez **princípios constitucionais informativos das carreiras jurídicas de Estado**: a essencialidade, a institucionalidade, a igualdade, a unidade, a organicidade unipessoal, a independência funcional, a

⁶ Art. 127 e ss., CF. As **funções** do Ministério Público, embora necessariamente pressupondo a **plena condição originária de advogado**, devidamente inscrito em seu órgão colegiado corporativo, própria para concorrer ao ingresso em suas carreiras, são incompatíveis com o exercício da advocacia (art. 128, II, *b*, CF), ficando, por isso, os seus membros, apartados do quadro da Ordem dos Advogados do Brasil, com um distinto, autônomo e exclusivo sistema interno de controle ético funcional.

⁷ Art. 131 e 132 CF. As funções de Advocacia de Estado estão explicitamente disciplinadas na Constituição Federal apenas as referidas ao serviço da União, dos Estados membros e do Distrito Federal, remanescendo para as Constituições Estaduais e para a Lei Orgânica do Distrito Federal disporem sobre suas respectivas carreiras. Quanto aos Municípios, as suas respectivas Leis Orgânicas Municipais são competentes para instituir regimes próprios de prestação da advocacia a serviço desses entes e de suas autarquias e fundações públicas, tanto se valendo de advogados ou procuradores municipais institucionais, investidos com ou sem exclusividade de funções, como de advogados privados, neste caso, sob contratação civil ou trabalhista.

⁸ Art. 134, CF.

inviolabilidade, a autonomia administrativa e a autonomia de impulso, todos expostos em nota, como um modesto adminículo à construção e aperfeiçoamento de uma **doutrina integrada e consistente** sobre essas delicadas funções que aqui se trata, na medida em que o Direito Público, e, em especial, o Direito Administrativo, vêm ganhando crescente importância na dinâmica da era Pós-Moderna, como o **direito comum das progressivamente mais intensas e complexas relações jurídicas que se travam entre cidadão e Estado.**⁹

⁹ Estes **princípios** foram assim descritos e caracterizados no artigo mencionado:

*A **essencialidade** está afirmada na própria designação constitucional das funções. Estas não podem deixar de existir na ordem jurídica constitucional, revestida das características orgânica que lhes são próprias, e nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício. Sua essencialidade, em última análise, diz respeito à própria manutenção do Estado Democrático de Direito e à construção do Estado de Justiça.*

*A **institucionalidade** também resulta evidente da própria criação constitucional; explícita, no caso do Ministério Público (art. 127), da Advocacia Geral da União (art. 131) e da Defensoria Pública, e implícita, quanto aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (art. 132).*

*A **igualdade** decorre da inexistência de hierarquia entre os interesses cometidos a cada uma das funções essenciais à Justiça; a igual importância das funções determina a igualdade constitucional das procuraturas que as desempenham.*

*A **unidade**, que consiste na inadmissibilidade de existirem instituições concorrentes, com a mesma base política e com chefias distintas, para o exercício das funções cometidas a cada procuratura, está explícita no art. 127, § 1º, ao tratar do Ministério Público, e no art. 127, § 1º, quando faz menção à Advocacia Geral da União; implícita, para os Procuradores de Estado e do Distrito Federal e para a Defensoria Pública, conforme revelação dos arts. 132 a 134.*

*A **organicidade unipessoal** decorre da fundamental e genérica condição de advogado, tal como estabelecida no artigo 133 da Constituição. Cada agente das procuraturas constitucionais é um órgão individual, para empregar nomenclatura de Marcelo Caetano, com sua natureza institucional. Isso está explícito para os Procuradores dos Estados e Distrito Federal (art. 132), mas fica implícito para os membros das demais procuraturas constitucionais.*

A **independência funcional** diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado (ou a outra função constitucionalmente autônoma) em tudo o que tange ao exercício das funções essenciais à justiça.

A **inviolabilidade** é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos agentes públicos das procuraturas constitucionais. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à justiça, nenhum deles pode constranger, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação remuneratória ou de qualquer outro modo, o agente nelas investido. O princípio ficou explícito genericamente, no artigo 135 da CF, para todas as funções essenciais à justiça, mas há garantias específicas de vitaliciedade e de inamovibilidade que distinguem os membros do Ministério Público e os da Defensoria Pública. Ainda assim, a mobilidade dos membros da Advocacia Geral da União e das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal não poderá ser arbitrária, mas sempre com motivação transparente, para que não encubra e mascare atentados à independência funcional e à inviolabilidade dos agentes.

A **autonomia administrativa** consiste na outorga às procuraturas constitucionais, da gestão daqueles meios administrativos necessários para se lhes garantir a independência para atuar, mesmo contra os interesses de qualquer dos Poderes, notadamente do Poder Executivo, de cuja estrutura administrativa se vale. Trata-se, portanto, de uma condição constitucional para que prevaleçam, na prática, todos os demais princípios, tal como a Carta Política de 1988 veio a reconhecer também como imprescindível a expandir a auto-administração do Poder Judiciário (art. 96, I, II e III, e 99). Da mesma forma, para o Ministério Público, o alcance dessa autonomia está definido explicitamente no artigo 127, § 2º, deixando-se implícito, o princípio, no tocante às demais procuraturas, para ser considerado nas respectivas Constituições e leis orgânicas, conforme o caso.

A **autonomia de impulso**, por fim, é o princípio fundamental da atuação de todas as procuraturas constitucionais. Ele preside e orienta o poder-dever desses órgãos de tomar todas as iniciativas que lhes são abertas pela Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas leis, para o velamento e a defesa dos interesses que lhes fora, respectivamente confiados. Em termos gerais, cabe-lhes zelar pela juridicidade, desenvolvendo seu controle institucional de provedoria através de atividades consultivas, de fiscalização (de ofício), e de atividades postulatórias, tudo conforme os âmbitos de competência funcional e territorial próprios a cada uma delas.

Assim é que nos subseqüentes trabalhos do Autor, desenvolvidos desde então, se tem mantido e reforçado essas convicções, notadamente nos seguintes escritos e pronunciamentos: tese: ***O Procurador do Estado na Constituição de 1988***, apresentada ao XV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, Natal, RN, 1989; artigo: ***As Funções Essenciais à Justiça na Constituição de 1988***, publicado na Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 43, 1991, ps. 30 a 40; conferência no Encontro Nacional de Valorização da Advocacia Pública, sobre o tema ***Advocacia Pública e Advocacia do Estado - Perfil Constitucional***, promovido pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em 1º de setembro de 1992; conferência no Simpósio sobre Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, sobre o tema ***Defensoria Pública como Função Essencial à Justiça***, em Corumbá, em 18 de setembro de 1992; conferência no IV Congresso Nacional de Defensoria Pública e IV Encontro de Defensores Públicos do Estado do Mato Grosso do Sul, sobre o tema: ***Defensoria Pública como Função Essencial à Justiça***, outubro de 1992; conferência no Encontro Regional de Procuradores do Estado de São Paulo, sobre o tema ***Funções Essenciais à Justiça***, em Ubatuba, SP, outubro de 1992; conferência sobre o tema ***Funções Essenciais à Justiça e a Advocacia Pública***, Manaus, AM, dezembro de 1992; conferência sobre o tema ***As Funções Essenciais à Justiça na Constituição***, Porto Velho, RO, dezembro de 1992; artigo: ***Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais***, publicado em separata da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, a. 29, número 116, outubro/dezembro de 1992; conferência sobre o tema ***Aspectos Constitucionais da Defensoria Pública***, na Procuradoria de Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, março de 1993; conferência no VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, sobre o tema ***Defensoria Pública e Revisão Constitucional***, 13 de maio de 1993; tese: ***As Provedorias de Justiça no Estado Contemporâneo - Guardiãs da Ética e da Cidadania***, apresentada ao XIX Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Manaus, AM, maio de 1993; tese: ***Defensoria Pública e a Revisão Constitucional***. Publicada nos Anais do VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, e em *Suelto*, maio de 1993; artigo: ***Defensoria Pública e a Revisão Constitucional***, publicado nos Anais do VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, e em *suelto*, maio de 1993; artigo: ***Ética e Funções Essenciais à Justiça no Presidencialismo Moderno***, in *Advocacia de Estado*, órgão da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, a. II, n.º 5, julho de 1993, e na Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, DF. a. 30, n.º120, out./dez. 1993, p. 67; tese: ***A Cidadania e a Advocacia no Estado Democrático de Direito***, aprovada no XXII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, em Belo Horizonte, MG, novembro de 1996; artigo: ***Advocacia de Estado e as novas competências federativas***, publicado na Revista de Informação, Senado Federal, ano 33, n.º 129, 1996, p.275. Artigo: ***Cidadania e Advocacia no Estado Democrático de Direito***, in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 50, 1997, ps. 11 e ss.; conferência: ***A Advocacia de Estado e seu Aperfeiçoamento***, apresentada no X Encontro Estadual dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, em Canela, no dia 29 de setembro de 2001; conferência de abertura do V Congresso Nacional de Procuradores Federais, sob o título ***A Advocacia Pública como Função Constitucional Essencial à Existência do Estado Democrático de Direito***, realizada em Fortaleza, Ceará, em 18 de outubro de 2004. Artigo ***A Advocacia de Estado Revisitada – essencialidade ao Estado Democrático de Direito***, texto consolidado a partir de duas conferências pronunciadas em Seminários

Não é de se estranhar, portanto, que amiúde seja necessário enfrentar sempre novos problemas práticos referentes às **próprias definições ônticas dessas funções** (e de suas respectivas carreiras), que vão surgindo em razão mesmo da necessidade de afeiçoar aquelas características institucionais relativamente novas, à progressiva e rápida **extensão dos interesses envolvidos** e à conseqüente **crescente complexidade** de que se vão revestindo as suas funções.

Tal é o caso, entre tantos outros no mesmo diapasão, da **responsabilidade do Advogado de Estado** no exercício de suas reservadas funções constitucionais e como surge e se apresenta a sua **responsabilização** pela prolação de **Pareceres jurídicos**, atos próprios de seu ministério, que devem ser necessariamente apreciados sob a óptica dos princípios constitucionais aplicáveis, notadamente o da **independência funcional** e o da **inviolabilidade**.

realizados no País versando sobre Advocacia de Estado, provocadas pelos debates suscitados pela Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário: ***A Independência Técnico-funcional da Advocacia de Estado*** - proferida no Seminário *A Procuradoria do Estado na Reforma do Judiciário*, promovido pela Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – APERJ, em 19 de novembro de 2004, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, e conferência ***A Advocacia Pública e a Reforma do Judiciário***, proferida no Seminário *Advocacia Pública em Debate*, promovido pela Procuradoria Regional da União na 4ª Região, em Porto Alegre, em 10 de dezembro de 2004.

III. O NOVO CENÁRIO CONSTITUCIONAL

1. Não é necessário repisar que, como produto da **vontade política**, recolhida por via das instituições democráticas, o **Poder atribuído ao Estado, com sua exclusiva origem no povo**, é hoje pacificamente entendido como **uno e indivisível**, repartindo-se apenas o seu **exercício**, consideradas as várias **funções que lhe são cometidas pela sociedade** e, por isso, atribuídas a diversos **órgãos**, que são para tanto criados, todos capitulados no Título IV da Constituição, por isso exclusivamente dedicado à **Organização dos Poderes**.¹⁰

Por outro ângulo, sob rigorosa exatidão científica, não mais faz sentido nos dias de hoje sustentar essa denominação tornada clássica por MONTESQUIEU, possivelmente originada por sua tradução francesa da voz inglesa “*powers*” por “*pouvoirs*”, realçando desse modo um aspecto **orgânico**, em vez de empregar a expressão “*puissances*”, que enfatiza os aspectos funcionais, ambas traduzidas em português por **poderes** “¹¹”.

¹⁰ Na literatura recente já se observa que na nomenclatura empregada na pós-modernidade, tal como vem ocorrendo na França, já se anuncia preferência à expressão **autoridade** ou **função** à de **poder**, como, por exemplo, registrando **autoridade judicial**, em vez de **poder jurisdicional**, como em DOMINIQUE D’AMBRA (*Le Reequilibre du Pouvoir Juridictionnel*; Paris: Dalloz, 2013).

¹¹ MONTESQUIEU, refletindo sobre a constituição inglesa, descreveu o que via em seu sistema de governo como uma **separação de poderes**, conceito dos que mais influenciaram os constituintes norte-americanos, juntamente com as idéias de BOLINGBROKE, de LOCKE, de ROUSSEAU e de outros próceres liberais da época. Sua preocupação, todavia, era a **redução do poder da monarquia absoluta**, vendo, por isso, nas assembleias, a possibilidade de **controlar os abusos reais**, daí a conhecida expressão “*só o poder freia o poder*”. Para tanto, era necessário que cada ramo do “poder” fosse funcional e orgânicamente **independente**. Interpreta-se hoje que seu objetivo não era o de defender uma absoluta estanqueidade entre esses três conjuntos orgânicos, propondo um esquema rígido de **separação**, mas, ao contrário, o que se extrai do seu célebre Livro Sexto do *Espírito das Leis* está mais para uma defesa pioneira do **pluralismo**, tal como poderia ser entendido em sua época, ou seja, como um

Mas pouco importa como sejam eles designados, todos esses desdobramentos, tanto os antigos, como os novos, referem-se, precipuamente a **diferenciadas expressões funcionais independentes de uma única fonte de vontade soberana**, que é o Estado. Assim, a metonímica expressão tradicional -“**separação de poderes**”- há de ser reinterpretada como mera figura de linguagem, e não como fórmula que expresse um rigoroso conteúdo técnico orgânico-funcional e, sobre isso, muito menos, para atuar como um **dogma político**, acaso sugestivo da existência de uma **cisão constitucional na unidade do Poder Estatal** para conformar divisões estanques.

Tal equívoco, por longo tempo mantido e disseminado, tem conduzido a conseqüências radicais e a hegemonias históricas corruptoras da democracia, e, por isso, deformadoras de um preciso e necessário conceito juspolítico, que assente não apenas na **independência do exercício de funções**, mas, com igual ênfase, na **interdependência colaboradora e fiscalizadora de quaisquer das funções de Estado**, toda sua utilíssima razão de ser.

2. Com maior precisão, tem-se que o fenômeno fundamental que posteriormente irá se diversificar é o **poder**, em seu puro sentido antropológico, como a capacidade de que se instrumenta a vontade para alterar a realidade ao seu nuto. Dele decorre a **função**, já em sentido sociológico, como instrumentação especificada do poder para a produção de efeitos predeterminados. Encerrando essa tríade, o **órgão**, já com um preciso sentido juspolítico, que poderá individual ou coletivo, que corporificará o centro de imputação de função ou funções coerentemente atribuídas.

E esta é a ordem: poder – função - órgão. O **poder**, no caso, o constitucionalizado, pode atribuir **independência** a uma **função**, que automaticamente a comunicará, *ipso facto*, ao **órgão** que a irá desempenhar. Jamais ao contrário.

sistema de equilíbrio em que a independência seria, sem dúvida importante, mas temperada com harmonia e interdependência entre os ramos que exercitam o poder.

3. Porém, a necessidade de explicitar-se a **independência** de funções estatais nasceu da seqüência das três revoluções liberais, com seus respectivos enfoques – a inglesa, nas **funções legislativas** do Parlamento; a americana, nas **funções jurisdicionais** da Suprema Corte; e a francesa, nas **funções executivas** da Administração Pública – enraizaram no pensamento ocidental a idéia da existência de um trífido poder estatal, que, acentuando um viés radicalmente autonômico, acabou induzindo um equivocadamente induzido e exacerbado conceito de **absoluta independência orgânico-funcional de cada expressão**, que perdurou por todo o modernismo.

Foi durante este período que a necessidade de harmonia entre as funções independentes gerou o conceito constitucional de interdependência, pondo em destaque a necessidade de instrumentar uma **contenção recíproca, porém limitada**, entre as funções independentes; é claro que com seus correspondentes órgãos titulares.

4. Durante esse período, iniciou-se timidamente uma prolongada saga evolutiva da sadia **doutrina da contenção jurídica do poder**, manifestando-se em pequenas, mas sucessivas mudanças do **constitucionalismo** moderno. Não obstante, a capital modificação só viria a ocorrer no final do século passado, já sob crescente pressão da emergência de **sociedades pluralistas**, que se refletia nas **estruturas poliárquicas** do Estado pós-moderno, sob a pressão de fortes demandas por uma **democracia** pós-censitária, responsiva a **valores** e não apenas submetida ao capricho de maiorias.

Tudo concorreu, nesse percurso, para a transformação de um avelhantado **dogma** da “tripartição de poderes”, em **princípio organizativo do Poder Estatal**, ditando a especialização de **novas funções com independência constitucional**, como as que recebemos com a introdução de um quarto Capítulo no Título tradicionalmente dedicado a uma tripartite Organização dos Poderes do Estado.

Assim sendo, a partir dessa **multiplicação policrática das funções estatais**, os três tradicionais **complexos orgânicos**, não obstante manterem, por tradição, a designação de “**poderes**”, não seriam mais os únicos **constitucionalmente independentes**, passando a

coexistir e a se inter-relacionar com **novos complexos orgânicos** instituídos ou reinstituídos especialmente para desempenhar um **conjunto de novas funções também constitucionalmente independentes**.¹²

5. No Brasil, essas **novas estruturas dotadas de funções constitucionalmente independentes** compreendem: o sistema de órgãos de controle de contas, contando com o Tribunal de Contas da União, vinte sete tribunais de contas estaduais e do Distrito federal e dois tribunais de contas municipais; os Conselhos Nacionais, da Magistratura e do Ministério Público, o sistema da Ordem dos Advogados do Brasil, conformado por seu órgão central federal e os seus vinte e sete órgãos federativos e o complexo sistema de órgãos estatais exercentes das Funções Essenciais à Justiça, que conta com três subsistemas específicos: o do Ministério Público, o das Procuradorias e Advocacias de Estado e o da Defensoria Pública, cada um com seus respectivos órgão central da União e vinte e sete órgãos das unidades federadas.

6. Todos esses novos e renovados órgãos, tanto os de natureza coletiva como os individuais, gozam, da mesma forma que os que conformam os três Poderes do Estado, da necessária **independência funcional**, embora estejam todos sujeitos a **controles recíprocos**, na forma constitucional, reservada a última palavra em termos de **juridicidade** ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do sistema judiciário, que compreende os tribunais federais, os dos Estados membros e o do Distrito Federal.

¹² São alguns exemplos, em outros países, desses órgãos constitucionalmente independentes no constitucionalismo comparado pós-moderno: os Bancos Centrais, o Ministério Público ou entidades de fiscalização assemelhadas, os *Ombudsmen* ou ouvidores populares de Estado, as Advocacias de Estado, as Defensorias Públicas, as Cortes de Contas, as Assembléias de Cidadãos e até mesmo Tribunais Constitucionais extra-judiciais, a partir do exemplo da Corte Constitucional da República Federativa da Alemanha.

IV. O CONCEITO PRÁTICO DE POLICRACIA A SUPERAR A RIGIDEZ ORIGINAL DO ESQUEMA REPRESENTATIVO ROUSSEAUNIANO

1. O conceito de **policracia**, termo que exprime a multiplicação dos centros de poder independentes, embora **interdependentes**, segundo o **princípio da harmonia**, expresso no art. 2^a da Constituição, como se tem sublinhado, teve como efeito principal não apenas ampliar e flexibilizar a **federação**, como, ao multiplicar e aproximar os novos órgãos funcionalmente independentes do povo, reforçar e aperfeiçoar também a **democracia**, por criar canais institucionais diferenciados e disseminados permitindo uma, bem mais intensa, participação popular além da eletivo-partidária e da informal.

Assim, o esquema representativo do tipo clássico rousseauiano se vai aos poucos superando e se adaptando aos reclamos conjunturais, com a abertura desses novos canais políticos participativos, não mais exclusivamente **partidários**, mas, complementarmente, tanto **sociais** - com a imprensa e as redes eletrônicas de comunicação – como **técnicos** – graças à evolução da função democrática do conjunto das funções essenciais à justiça.

2. Resulta dessa evolução, que tanto os órgãos tradicionais, que continuam inseridos na estrutura clássica dos Poderes do Estado, como aqueles outros, Essenciais à Justiça, que passaram também a gozar de **independência constitucional**, praticando **atos próprios** para o desempenho das respectivas funções estatais.

Todavia, esses **atos específicos próprios das novas instituições**, que são **independentes** porque se lhes reconhece o exercício de correlatas e específicas manifestações do poder estatal, **surgiram carentes não apenas de uma nova nomenclatura**, que melhor os identifique, como de uma **elaboração doutrinária** que precisamente os caracterize, uma vez que nenhum tipo da tradicional classificação tripartite – que distinguia apenas **atos legislativos, atos judiciais e atos administrativos** – não mais lhes assenta, considerando-se a

caleidoscópica diversificação de elementos funcionais e estruturais introduzida nas sociedades pós-modernas pela elevação do *status* constitucional dessas funções.

3. Acresce que toda essa trama, assim adensada, de inter-relações, tampouco se compatibiliza com o clássico debuxo organizativo do Estado, predominantemente **hierárquico** e **piramidal**, que teve longa vigência, desde o Renascimento até o fim do “século curto” de Hobsbawn, demandando, em razão dessa intensa complexidade das supervenientes interações inter-orgânicas, um dinâmico desenho **reticular** e **horizontal** de relacionamentos entrecruzados, sem hierarquia caracterizadora das organizações pós-modernas.

Em conseqüência, a bem sucedida técnica de **controle através de freios e contrapesos**, que foi, há mais de dois séculos inovada pela Constituição norte-americana para harmonizar uma estrutura estatal dotada de **três grandes centros funcionais**, teve que necessariamente se expandir, para abranger as recentes configurações assumidas pelo Poder do Estado na Pós-Modernidade, uma vez que, **cada novo centro de exercício independente de funções que surgia necessitava ser também devidamente controlado em rede**, assim se dispondo novas **funções de zeladoria, com atribuições de fiscalização e correção**, compondo todas uma ampla e complexa rede de **controles funcionais recíprocos**, sempre com as suas devidas previsão e delimitação constitucionalmente definidas.

Nessas condições, tanto as clássicas expressões “**harmonia**” e “**independência**” devem ser entendidas como qualidades necessárias ao desempenho não apenas das clássicas **três**, senão que de **todas as manifestações funcionais independentes, hoje, no Brasil, em número dez**, na medida em que estas venham sendo introduzidas nas Cartas Políticas, antigas e novas.

V. A IMPORTÂNCIA DO PLURALISMO DOS CANAIS DE EXPRESSÃO DA VONTADE POPULAR PARA IMPRIMIR MAIOR LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA AO PROCESSO POLÍTICO CONTEMPORÂNEO

1. Com efeito, no cenário de **pluralismo** e de **redemocratização** do País, a nova ordem constitucional conferiu ao Supremo Tribunal Federal um papel protagônico na proteção dos direitos fundamentais e, *deinde*, da democracia¹³. Com base nessa mudança axiológica na atuação funcional dos Poderes da República, essa Corte Constitucional tem exercido com convicção e efetividade a sua reforçada legitimação para o desenvolvimento de práticas inovativas voltadas à resolução de controvérsias de relevância nacional¹⁴, para as quais, inexistiam soluções preceituais específicas na legislação ou, para as quais, as leis existentes agrediam valores consagrados da democracia substantiva. **Sua atividade contramajoritária**, assim voltada à sustentação desses valores, passava a sobressair como um incômodo contraponto aos frequentes abusos e omissões de casas legislativas com representatividade crescentemente desgastada.

¹³ SILVA, Cecília de Almeida *et all.* *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2011, p.29

¹⁴ Confira-se, nesse sentido, o discurso proferido pelo Min. Celso de Mello, quando da posse de Gilmar Mendes como presidente do Supremo Tribunal Federal: *Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.* Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2011

2. Neste cenário veio a se caracterizar o fenômeno do, assim denominado, **ativismo** do Poder Judiciário¹⁵, tornando-o protagonista destacado na implementação da **democracia material**, revelando uma saudável tendência global, nascida da indeclinável necessidade de se garantir às sociedades uma **proteção plena de valores**, expressos como direitos fundamentais, em face da vontade, nem sempre com eles harmônica, de maiorias políticas e partidárias eventuais.

Essa proeminência, assim justamente alcançada pelo Judiciário pós-moderno, se insere, consoante apreciação de ilustres autores, no processo em marcha de construção de uma **sociedade livre**, na qual, aos olhos do homem comum, passam a ser os **tribunais**, porque conformados por imparciais cultores do Direito, selecionados, em sua maioria, por concurso público, que são, a seu juízo, mais confiáveis para assegurar valores do que as **assembléias** de legisladores, mesmo que democraticamente eleitos.

Pesa, para esta convicção, o fato de estarem os políticos profissionais cada vez menos preparados para sua funções e, sobre isso, por demais ocupados e premidos por questões e demandas de mera política partidária, quando não, por manobras de acesso e manutenção de poder ou por preocupações ditadas por interesses pessoais ou populistas, desvios esses que os levam, tantas vezes, a ponto de tomarem decisões diametralmente antagônicas aos **fundamentos de valor** da *ordo juris*.¹⁶

Outros acatados doutrinadores, por sua vez, entendem que a razão de um apreciável **deslocamento da autoridade** do sistema representativo para o sistema jurisdicional se acentua no quadro criado pela profusão de normas inseridas em Constituições rígidas e dirigentes, nas quais se constata uma hiper-constitucionalização dos fenômenos sociais, em que se conferem abundantes direitos aos

¹⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.) *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009

¹⁶ Cf. V. VIERA, Oscar Vilhena. *Superdemocracia. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Coordenador: Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 2009.

cidadãos, por vezes até conflitantes entre si, deixando embora a carga dos Poderes Legislativos e Executivos, a dificultosa missão de implementar uma extensa e caleidoscópica vontade constitucional embrionária, quando não ambígua.¹⁷

5. Esses fenômenos tornaram-se mais acentuados no Brasil, como já destacado, precisamente em razão do papel protagônico conferido ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição Brasileira de 1998, de **intérprete final da ordem jurídica nacional**, no desempenho do qual este Pretório passou a exercer, simultaneamente, várias funções da maior relevância: (1) a de **tribunal constitucional**¹⁸, por caber-lhe um onímido controle de constitucionalidade, tanto a partir do modo difuso como do concentrado; (2) a de **órgão da cúpula do Poder Judiciário brasileiro**, por se constituir na última instância julgadora de recursos extraordinários; (3) a de foro especializado¹⁹ para o **juízo de**

¹⁷ Acerca do fenômeno da constitucionalização do direito e seus reflexos, inclusive quanto à profusão da jurisdição constitucional, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. In BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp.61-120.

¹⁸ Confira-se o teor do artigo 102 da Constituição Brasileira: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...) p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; (...) II - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

¹⁹ Vejam-se algumas dessas competências previstas na Constituição Brasileira: Art. 102. (...) I - processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado

autoridades do mais elevado patamar hierárquico da República, bem como (4) a de garante último para as matérias definidas como de **relevante interesse** para o País, que implicam na salvaguarda de valores essenciais de uma democracia substantiva.

6. Tais funções se viram ainda mais ampliadas com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, ao introduzir uma reforma no Poder Judiciário brasileiro, que dilargou consideravelmente a **vinculação aos precedentes**²⁰ da Suprema Corte e, por consequência, conferindo maior relevância à sua atuação, o que a torna uma espécie de “poder moderador” quando se trata da proteção de direitos fundamentais.

7. Institutos novos, como as **súmulas vinculantes**, a **exigência de repercussão geral** na interposição de recursos extraordinários, os efeitos conferidos aos **mandados de injunção e às reclamações**, confluíram para reforçar essa missão e encarecer a responsabilidade da Suprema Corte na resolução de demandas de repercussão social, tudo denotando, notadamente aos olhos do público, um processo de “substituição parcial” à atuação do Poder Legislativo²¹.

e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; (...)

²⁰ Sobre o tema, confira-se MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedente: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²¹ Consulte-se, a respeito, alguns dos novos dispositivos acrescentados no ordenamento constitucional brasileiro: Art. 102, § 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade **produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do

8. Sob outro prisma, a própria atuação defectiva do Poder Legislativo permitiu e induziu a ampliação desse espaço de proeminência do Judiciário. Com efeito, está-se, como tudo indica - e não apenas no Brasil - diante de uma grave crise de **representatividade**, quiçá, possivelmente, de certo envelhecimento da hegemonia política do bicentenário modelo assembleísta rousseauiano, pois que as sociedades já não mais vêm como legítimas muitas das decisões de seus representantes políticos, como, tampouco, se vêm por eles representadas, notadamente por senti-los mais preocupados, como já referido, com assuntos pessoais, partidários e de disputa de espaços de influência do que com os legítimos interesses populares, daí o deslocamento da confiança cidadã em instituições outras, que sentem mais próximas e responsivas ao dia-a-dia de suas necessidades e de seus valores,²² o que é possível observar-se claramente nos movimentos populares de protesto, instrumentos amorfos e desarticulados da democracia direta, que **se disseminam mundialmente a espera de canais que institucionalizem suas reivindicações.**

Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Art. 103-A - O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (*Vide* Lei nº 11.417, de 2006).

²² Pesquisas recentes mostram que 33% da população crê na confiabilidade do Judiciário, enquanto que apenas 20% confia no Congresso Nacional. Demonstrando também o problema, a confiança nos partidos políticos foi avaliada em espantosos 8% da população nacional. Apenas a título de comparação, a confiança nas Forças Armadas é de 60%, enquanto que a Igreja Católica possui credibilidade de 56%. A Pesquisa foi feita pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Fonte: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7837/RelICJBrasil4TRI2010%27.pdf?sequence=1>. Acesso em 21 de setembro de 2011.

Tudo isso é grave e surge ser revertido para revitalizar os parlamentos, o que só pode ser feito, numa democracia, pelos próprios parlamentares: uma tarefa, como se vê, extremamente difícil que exigirá, mais do que nunca a intervenção participativa e fiscalizadora do soberano – o povo.

9. Por outro lado, complementarmente a esse processo espontâneo das sociedades, que já se autoconvocam para uma ação, ainda desconjuntada e desarticulada, observa-se que **novos órgãos de exercício da democracia** se estão destacando no desempenho de suas respectivas missões, ao **atuar como canais híbridos de expressão legítima e constitucionalizada de contrapoderes**, tal como, entre nós, aqui em destaque, os rejuvenescidos **órgãos exercentes das Funções Essenciais à Justiça**, que, como dito, postos capilarmente à disposição e a serviço da cidadania: a Advocacia, em geral e, em especial. as **Procuraturas Constitucionais**.

10. Agravando esse preocupante quadro, no caso brasileiro, os constantes e lamentáveis escândalos de corrupção, de acobertamento de irregularidades, de morosidade na atividade legiferante, de abusos legislativos das maiorias parlamentares e, em alguns casos, de sua omissão diante de um nítido dever de legislar, também podem ser apontados como fortes concausas desse difundido fenômeno contemporâneo de hiperatividade do Poder Judiciário e, como contraparte, acrescidas responsabilidades dessas renovadas Procuraturas, **como órgãos de intermediação**, aos quais, o Estado incumbe levar aos demais complexos orgânicos independentes - e ao Judiciário em particular - as questões suscitadas pelos anseios e interesses de toda e qualquer pessoa: natural ou jurídica, pública ou privada.

11. Por fim, um observado descolamento entre os textos legais e a realidade fática, que, além de oferecerem normas teticamente conflitantes, não obstante harmonizáveis hipoteticamente por meio de

uma aplicação ponderada, deixa um grande número de questões **sem resposta satisfatória da ordem jurídica positiva**, torna mais frequente o apelo popular **dirigido ao Estado-juiz**, para que solucione as demandas decorrentes da **ausência, imprecisão ou ambiguidade de previsões normativas preceituais, adequadas e atualizadas**, que atendam aos interesses da sociedade brasileira no contexto conjuntural.

12. Na hipótese do acesso aos órgãos jurisdicionais, essa atuação tanto mais legítima tornará o produto jurisdicional, se o **processo de interpretação** não for apenas um exercício hermético, circunscrito aos tribunais, mas, como de fato se vai tornando, **uma legítima expressão das aspirações e dos valores de toda a sociedade**, tal como iluminadamente preconizado por PETER HÄBERLE, ainda na década de setenta do século passado, em sua clássica *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, obra seminal que influenciou e continua a influenciar fortemente os rumos do Direito na Pós-Modernidade.

13. Não mais se apregoa, portanto, a idealização da imagem de um “juiz Hércules²³”, tal como concebida por RONALD DWORKIN, porque dela, afinal, não mais dela se necessita, senão o que se aspira é um sistema judiciário cada vez mais **aberto à sociedade**, para que esta participe das soluções em importantes julgamentos e de repercussão difundida, para os quais ou às cortes faleçam os conhecimentos de mérito necessários, ou mesmo a sensibilidade social própria da sabedoria popular difusa, que é um produto da interação de várias mentes, cuja oportuna audiência melhor capacitará os tribunais a anteciparem as consequências, mesmo as mais remotas e imprevisíveis, de suas decisões de impacto social.

²³ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

14. Será graças a essa efetiva **participação cooperativa da sociedade** nos processos judiciais – que resulta da intensa e eficiente atuação por parte de seus **intérpretes habilitados** – que pouco restará para se arguir acerca de uma eventual dificuldade contramajoritária dos tribunais²⁴, pois, em última análise, a sua **legitimação** sempre decorrerá da observância do binômio: **devido processo e resultado justo** de suas decisões.

15. Haverá de ser, portanto, por meio da necessária **participação das Funções Essenciais à Justiça** – a advocacia privada, os Ministérios Públicos, as Advocacias de Estado e as Defensorias Públicas – a que cumpram, necessariamente ou não, promover e atuar em suas respectivas competências, **que será possível alcançar-se os mais elevados níveis de excelência decisória nos órgãos decisórios do Estado**, porém, mas particularmente, nos do sistema judiciário, por lhes caber a última palavra em matéria de juridicidade e a última esperança de justiça.

16. Complementarmente ainda, com a vantagem de trazer imenso desafogo aos juizados e tribunais, será cada vez mais importante, além dessa participação técnica, contar também com uma ampliada **participação social em prestações pré-jurispcionais**, como, por exemplo, em audiências de **mediação** e de **conciliação**²⁵, bem como na própria fundamentação de decisões judiciárias de interesse geral, em **audiências públicas** de interessados²⁶, e na coleta de **depoimentos** de

²⁴ O debate acerca do argumento contramajoritário é tradicional em solo norteamericano, atribuindo-se a BICKEL a sua definição. (BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of the politics*. 2.ed. New Haven: Yale University, 1986).

²⁵ Uma prática cujo fortalecimento está na atualíssima pauta do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro impulsionada pela clarividência de sua atual Presidente, a Desembargadora Leila Mariano.

²⁶ As previsões legais para a instauração de audiências públicas em sede de controle de constitucionalidade se encontram no artigo 9º, §1º da Lei nº 9.686/99, que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de

autoridade, por pessoas com experiência e nomeada na matéria conflituosa, seja abrindo o ingresso de *amicus curiae*²⁷ em casos de controle abstrato de constitucionalidade, seja convocando entidades direta ou indiretamente interessadas nas futuras decisões a serem prolatadas²⁸.

Está-se, pois, diante de um importante fator de crescente **pluralização e legitimação**²⁹ do debate judicial, o que se torna ainda mais relevante para uma boa prestação jurisdicional, sempre que suas decisões possam repercutir e se estender no espaço e no tempo, como geralmente ocorre em se tratando de matéria contenciosa constitucional.

Constitucionalidade, e no artigo 6º, §1º da Lei nº 9.882/99, que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

²⁷ Já a admissão da manifestação de *amici curiae* encontra guarida no artigo 7º, §2º da Lei nº 9.868/99

²⁸ O autor se sente muito à vontade para mencionar esse instituto, uma vez que tem advogado a sua introdução no Brasil desde 1999, como se lê na obra ***O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado***, São Paulo: IBDC - Celso Bastos Editor, 1999, Cap. VI, item 4.9, p. 82.

²⁹ “(...) Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de um ‘aprendizado’ dos participantes, mas de um ‘aprendizado’ por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes” (HABÈRLE, Peter. ***Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição***. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. p. 31- 32.

VI – UMA BREVE CONCLUSÃO

1. A **regra da maioria** não se deve ter como obsoleta, no que toca à realização da democracia, só que ela não poderá prevalecer quando se questionem **princípios fundamentais** constitucionalmente tutelados, casos em que deverá ser a **regra de valor** aquela a ser aplicada. Assim, a **regra majoritária** continua a bem servir para legitimar a investidura dos agentes políticos eletivos, bem como a tomada de suas decisões coletivas nos foros políticos, e em inúmeras hipóteses, para a realização da **democracia formal**.

2. Todavia, quando se trata da preservação dos **valores fundamentais** e, assim, da sustentação dos fundamentos da **democracia material**, deverá prevalecer a **regra contramajoritária**, que se legitimará em sua reta aplicação, pela atuação cooperativa e coordenada de agentes legalmente habilitados, que devam desempenhar **funções político-partidariamente neutrais**, sempre atidas ao rigor dialógico dos devidos processos legais.

3. Com efeito, a **regra majoritária**, embora utilíssima, não é uma panacéia - como a História já o demonstrou cabalmente, em várias ocasiões, com catastróficas decisões que alçaram ditadores e tiranos de toda sorte ao poder, sempre causando imensos danos a seus países e à humanidade – razão pela qual, há de ser temperada pelo emprego corretivo da **regra contramajoritária**, que se alça como a marca distintiva das sociedades livres e plenamente democráticas da Pós-Modernidade.

4. Neste sentido é que as maiorias, sejam populares, sejam parlamentares, podem se tornar, paradoxalmente, agressoras da **democracia plena** – que é a que só se realiza pela **equilibrada dosagem entre a regra majoritária e a regra de valor**. Isoladamente, a regra majoritária está apta para produzir democracias sustentadas em

números – portanto, democracias meramente **formais** - e, por isso, sempre vulneráveis ao surgimento de ditaduras de número.

Eis a razão porque a **regra contramajoritária** é o contraponto necessário para garantir esse equilíbrio juspolítico, permitindo a instituição de democracias também sustentadas em **valores** – como democracias complementarmente **substantivas** - que, por isso mesmo, se fazem mais resistentes aos assaltos de ditaduras de qualquer tipo, sejam as que partam do Executivo, ou mesmo, mais raramente, do Legislativo.

5. Parece não haver dúvida de que esses avanços se incorporaram definitivamente à prática do Direito **nacional** dos povos de vanguarda, em tempos de progressiva globalização, trazendo aperfeiçoamentos de suas respectivas instituições juspolíticas, bem como, este fenômeno não mais se adscrive às linhas de fronteira dos países, pois já se patenteia na nova dimensão que vem assumindo o **Direito Transnacional**, de modo que a **democracia substantiva** - esta que não mais se realiza apenas pela regra da maioria, mas pela inclusão da supremacia de valores fundantes - pode ser considerada como uma conquista sem volta da civilização.

Teresópolis, inverno de 2013