

DEMOCRACIA DOS NÃO ELEITOS: UMA PROPOSTA POSSÍVEL À REVISÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES?

NON-ELECTED DEMOCRACY: A POSSIBLE PROPOSITION TO THE REVIEW OF THE SEPARATION OF POWERS PRINCIPLE?

Sérgio Luiz Barbosa Neves¹

RESUMO

A partir da análise das antigas instituições da democracia representativa, composta por membros eleitos pela via do sufrágio, este artigo intenta 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.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Separação de poderes – não-eleitos. Autoridades independentes.

ABSTRACT

From the analysis of ancient institutions of representative democracy, composed of members elected by the way of suffrage, this article aims to debate the democratic legitimacy of the new institutions that have been worldwide created, with independence and neutrality, with denominations and under sundry legal forms, and performing multiple functions of State Powers, despite being composed by non-elected owners of mandate, verifying if the implementation of public policies by such institutions, at least those embodied with the implementation of fundamental rights, that perform the three State typical functions - administrative, legislative and jurisdictional - can be taken as a new paradigm for democracy and a valid proposition to review the separation of powers principle.

¹ Doutorando da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, curso de Direito.

KEYWORDS: Democracy. Separation of powers – non-elected. Independent authorities.

1 Introdução

“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.”
(SAMARAGO, 2010, p. 389).

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 revisitar 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 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”. A despeito 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 deste 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 Chefia 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 conseguinte, tendem a interferir no vetusto princípio de separação de poderes consagrado no art. 2º da Constituição da República.

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” (BOBBIO, 2000, p. 19). Assim, o que se propõe, ao final, 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” (BONAVIDES, 2003, p. 259). Nessa última e

atual fase pós-positivista, Bonavides (2003, p. 264) 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 remete ao personagem do Juiz Hércules, imaginado por Dworkin (2002, p. 36) 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, Vibert² (2007, p. 1) 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 (2012, p. 411) 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.

² VIBERT, Frank. “The alarm signals triggered by the rise of the unelected are not warnings about any sudden reversion away from democracy but about the risks of attrition. There appear, at particular points of time, to be good reasons why a problem area in public policy should be entrusted to an unelected body: but when this is repeated again and again over many of the practical issues that people face in their lives, the combined effect is a cumulative transfer of public power from elected politicians to unelected officials. Politicians compete for sound-bites but the real work of running democracies is now carried out by the unelected. We need therefore to be much more conscious about the implications for democratic theory and practice of the growing dependency of modern societies on the unelected.”

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. Ao invés de crise, assim como Bobbio, prefere-se, aqui, denominar-se a hipótese por transformação, pois, como bem pondera o jusfilósofo italiano, “*crise nos faz pensar num colapso iminente*” (BOBBIO, 2000, p. 19), o que não é o caso, muito embora seja imperioso investigar-se que impactos essa transformação da democracia é capaz de produzir em relação a suas instituições, ao sistema representativo e ao princípio da separação de poderes.

Enfim, em síntese introdutória justificadora deste artigo, 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 (2003, p. 11), “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.

2 A democracia e suas transformações: a teoria da separação de Poderes, o sistema de freios e contrapesos e a representatividade.

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” (DAHL, 2012, p. 1). 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” (DAHL, 2012, p. 7). 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” (BOBBIO, 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 dava-se 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. Resume-se, aqui, as seis condições suscetíveis à democracia grega estabelecidas por 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 valerm-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, sendo que, salienta Dahl (2012, p. 26), 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.

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” (DAHL, 2012, 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).

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.

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 (VILLE, 2007, p. 228). 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.

3 Crítica ao sistema representativo e suas consequências.

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, Sunstein (2001, p. 350) 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.

Esse defeito não passa despercebido a Bobbio (2000, p. 21/41), 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 contra majoritárias para que os interesses dessas minorias sejam atendidos e seja mantido o equilíbrio social. Todavia, isso não será atingido pelo consenso. Mouffe (2000, p. 49) 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”³.

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 e políticas. Como salienta Goyard-Fabre (2003, p. 13), 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 (GOVARD-FABRE, 2003, p. 278).

Sustein (2001, p. 344), no artigo anteriormente mencionado, 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 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 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

³ MOUFFE, Chantal. “Because it postulates the availability of a consensus without exclusion, the model of deliberative democracy is unable to envisage liberal-democratic pluralism in an adequate way.” Tradução livre.

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, Dahl vislumbra como oitava consequência a expansão dos direitos individuais, inclusive da própria cidadania extensível a praticamente toda a população adulta de um governo poliárquico (DAHL, 2012, p. 340).

Mais proximamente, interessa a esse trabalho essa nova configuração com, de um lado, a expansão e a constitucionalização dos direitos fundamentais e, de outro, 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 –, agora é considerado como parte integrante e legitimadora do processo democrático.

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 (2005, p. 91) 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”.

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. Exemplos não faltam como nos longos debates acerca do destino de células-tronco embrionárias congeladas, aborto de fetos anencéfalos, união homoafetiva, entre vários outros. Embora interessantes, relevantes em interesse e de alta envergadura social, as 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 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)” (OLIVEIRA, 2010, p. 109). 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 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.

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 (2005, p. 1), salientando que, “em contraste, as disputas por alocação de recursos nas democracias contemporâneas dá-se na base de reivindicações de direitos”.

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 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” (DAHL, 2012, p. 3).

Necessário se faz um conceito de políticas públicas, tal como o oferecido por Breus (2007, p. 21), 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”.

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 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 designadora de uma falsa acepção, 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 (França), quasi-autonomus non-governmental organisation (QUANGO) (Inglaterra) ou por agências reguladoras (Brasil e EUA), 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 Vibert⁴ (2007. p. 102), uma vantagem dessas instituições de não-eleitos, mais preparados em termos de informação e técnica do que aqueles outros membros eleitos, que

⁴ VIBERT, Frank. “The change in the problem-solving role of the traditional institutions is in the first instance an automatic consequence of people doing more to inform themselves and having a safer environment in which to make judgments and decisions for themselves. [...] By contrast, allocation disputes in contemporary democracies revolve around claims about ‘rights’. [...] The new kinds of dispute put traditional institutions at a disadvantage and play to the strengths of the unelected institutions instead. “

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 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 (2010, p. 15):

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’.

Enquanto Vibert (2007, p. 15) 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 (2010, p. 36) é peremptório em inseri-las no Direito Constitucional 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”.

5 Conclusão.

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 (2007, p. 182) em sua obra 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 prevalecer⁵.

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.

⁵ VIBERT, Frank. “The rise of the unelected thus presents dangers as well as benefits to a democratic system of government. If the new branch follows the right principle and procedures that legitimate its activities, and if other branches adapt their own function in the new separation of powers in order to hold it to account, it is the benefits that can prevail.” Tradução livre.

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, consequentemente, 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 [...]. (FREITAS, 2011, p. 286).

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 – tal como sucedido com os Tribunais de Contas e o próprio Ministério Público. 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, como dirá o tempo que está por vir.

REFERÊNCIAS

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

BOBBIO, N. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BREUS, T. L. *Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CASSESE, S. *A crise do Estado*. Saberes: Campinas, 2010.

DAHL, R. A.. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, D. B. *A fragmentação administrativa do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GOYARD-FABRE, S. *O que é democracia?*. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

MEDINA, D. E. L. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latino-americana*. Legis: Bogotá, 2012.

MOUFFE, C. *The democratic paradox*. Londres; New York: Verso, 2000.

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.

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.

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. 350-352.

VIBERT, F. *The rise of the unelected: democracy and the new separation of Power*. New York: Cambridge University Press, 2007.

VILLE, M. C. J. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.