

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
DEPARTAMENTO DE SOCIOLOGIA

O cenário sócio-político do Supremo Tribunal Federal na transição democrática –
dinâmica de interesses

Autora: Julia Maurmann Ximenes

Tese apresentada ao Departamento de
Sociologia da Universidade de
Brasília/UnB como parte dos
requisitos para a obtenção do título de
Doutor.

Brasília, agosto de 2007

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
DEPARTAMENTO DE SOCIOLOGIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA

TESE DE DOUTORADO

**O cenário sócio-político do Supremo Tribunal Federal na transição democrática –
dinâmica de interesses**

Autora: Julia Maurmann Ximenes

Orientador: Doutor Caetano Ernesto Pereira de Araújo (UnB)

Banca: Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr. (ESPGFN/ESAGU)
Prof. Dr. Benício Viero Schmidt (CEPPAC/UnB)
Prof. Dra. Fernanda A. da Fonseca Sobral (UnB)
Prof. Dr. Arthur Trindade M. Costa (UnB)
Prof. Dra. Maria Francisca P. Coelho (UnB)

*Ao meu eterno cúmplice, Daniel, e aos nossos “pinguinhos
de luz”, Ana Beatriz e Tiago.*

SUMÁRIO

LISTA DE TABELAS	vi
RESUMO/ABSTRACT/RESUMÉ.....	vii
AGRADECIMENTOS.....	ix
INTRODUÇÃO	10
<u>PARTE I – O CAMPO E A DINÂMICA DOS ATORES –Comunitarismo e Justiça Constitucional</u>	
Capítulo 1 – Marco teórico e metodológico	
1.1 – Introdução.....	17
1.2 – O marco teórico e metodológico.....	26
1.3 – Frentes empíricas.....	30
1.4 – Considerações Finais	41
Capítulo 2 – O Supremo Tribunal Federal	
2.1 – Introdução	44
2.2 – Percurso histórico da instituição	48
2.3 – O controle de constitucionalidade	60
2.4 – O controle de constitucionalidade e as Constituições Brasileiras	66
2.5 – O Supremo Tribunal Federal e a Constituição de 1988	68
2.6 - Considerações Finais	73
Capítulo 3 – O Debate Liberal-Comunitarista	
3.1 – Introdução	76
3.2 – O debate liberal-comunitarista (viés liberal)	82
3.3 - O modelo comunitarista	87
3.4 - As críticas “deliberativas”.....	98
3.5 - O comunitarismo filosófico-político e sua relação com o Direito	105
3.6 - Considerações Finais	113
Capítulo 4 – A Justiça Constitucional	
4.1 – Introdução	116
4.2 – Cidadania e Justiça Constitucional	
4.2.1 – Esfera Constitucional.....	117
4.2.3 – Esfera Cidadã	124
4.3 – Tribunais Constitucionais – contexto	133
4.4 – Considerações finais	143
<u>PARTE II – FRENTES EMPÍRICAS – Democracia e Direito no contexto político, jurídico e social da transição democrática brasileira</u>	
Capítulo 5 - O Comunitarismo e a Constituição de 1988	
5.1 – Introdução	147

5.2 – O debate comunitarista no processo constituinte	152
5.3 – Considerações Finais	170
Capítulo 6 – A jurisprudência constitucional após 1988	
6.1 – Introdução	175
6.2 – As Confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional	181
6.3 – O Conselho Federal da OAB.....	199
6.4 – Considerações Finais.....	204
Capítulo 7 – Conclusão	208
Capítulo 8 – Referências	216
Anexo I – O Processo Constituinte	227
Anexo II – Quadro Comparativo dos Projetos de Constituição	228
Anexo III - Categorias de análise dos pedidos - Confederações Sindicais e Entidades de Classe	230
Anexo IV – Categorias de análise dos pedidos – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	232

LISTA DE TABELAS E QUADROS

Quadro I – Ministros do Supremo Tribunal Federal 1988-1994	55
Quadro II – O Supremo e as Constituições Democráticas Brasileiras	59
Quadro III – A Justiça Comum Brasileira	69
Tabela I – Percentual Recursos Extraordinários e Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1990-1994	71
Tabela II – Processos Distribuídos por classe processual	71
Quadro IV – Sistema Político e Sistema Judicial	123
Tabela III – Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Requerente	176

RESUMO

É atribuída à Constituição de 1988 uma influência “comunitarista”, que apregoa o potencial participativo do cidadão. Ao compartilhar valores e propósitos comuns à comunidade, a política passa a ser um espaço de reflexão, de valorização da Justiça Social, e dos valores e princípios desta comunidade, agora constitucionalizados. Esta influência, por sua vez, acarreta uma nova demanda ao Poder Judiciário, que passa a exercer uma função mais “política” em virtude da própria ênfase concedida ao texto constitucional. Além disso, a tensão entre Direito e Política é uma tônica presente nas análises sobre o aumento significativo de Tribunais Constitucionais a partir da segunda metade do século XX.

Neste sentido, a justiça constitucional, no Brasil exercida pelo Supremo Tribunal Federal, é valorizada, a ponto de se ampliar o rol de entes aptos a buscar o Tribunal na defesa do texto constitucional, em um processo de ampliação da “comunidade de intérpretes”.

A possibilidade de que entes mais representativos da sociedade civil possam acessar o STF é tida como uma conquista da cidadania, e da própria influência comunitarista. Trata-se de permitir que o cidadão questione legislação que contrarie os valores e princípios constitucionais, que busque a defesa de direitos “republicanos”, que veja no Estado um agente autorizado dos interesses gerais do país. Em síntese: uma cidadania juridicamente participativa para assegurar a efetivação do amplo sistema de direitos assegurados constitucionalmente.

Entretanto, a análise dos atores dos campos político, jurídico e social acaba por descortinar uma dinâmica de interesses muito específica e típica da cultura de direitos “particularizados” brasileira, que permite, inclusive, uma crítica à própria incorporação da citada ideologia comunitarista.

Palavras-chaves: comunitarismo, liberalismo, Supremo Tribunal Federal, controle de constitucionalidade concentrado, campo jurídico e político.

Abstract

It is conferred to the 1988 Constitution a communitarian influence that proclaims the citizen potential participation. By sparing values and ordinary community goals, politics becomes a field for reflexion, for increased value of Social Justice and the values and principles of the community, now constitutionalized. This influence brings out, as well, a new claim to the Judicial Branch, that starts to perform a more political function due to the emphasis granted to the constitutional text. Beyond that, the tension between Law and Politics is a present keynote in the analysis about the significant growth of Constitutional Tribunals since the second half of the XX century.

This way, the worth of constitutional justice, in Brazil performed by the Federal Supreme Court, is increased by the enlargement of the authorities capable of asking for the Tribunal performance in protecting the constitutional text, in a process known as the enlargement of the “interpreter’s community”.

The possibility of more representative authorities of the civil society access the “STF” is seen as a citizen achievement, and of the communitarian influence. It means the citizen is allowed to question laws that contradict the constitutional values, looking for the sake of “republican” rights, seeing the State as an authorized agent of the country’s common good. In short: a judicial participative citizenship that makes sure the vast system of constitutional rights becomes effective.

However, the analysis of the actor of political, judicial and social fields turns out to echo a very specific and typical dynamic of interests, due to the particularized Brazilian culture of rights, which allows critics on the mentioned communitarian ideology incorporation itself.

Key-words: communitarian, liberalism, Federal Supreme Court, constitutional abstract review, judicial and political field.

Résumé

Il est attribué à la Constitution de 1988 l’influence du communitarisme qui détermine le potentiel participatif du citoyen. En partageant des valeurs et des intentions propres à la communauté, la politique devient un espace de réflexion, de valorisation de la justice sociale, des valeurs et principes de cette communauté, actuellement stipulés par la Constitution. Cette influence implique une nouvelle demande au pouvoir judiciaire qui passe ainsi à exercer une fonction plutôt politique en raison de la grande importance donnée au texte constitutionnel. Par ailleurs, la tension entre le Droit et la Politique est une question présente dans les études sur l’augmentation importante des Cours Constitutionnelles à partir de la seconde moitié du XXème Siècle.

Dans ce sens, la justice constitutionnelle au Brésil, exercée par la Cour Suprême Fédérale est valorisée, à tel point que l’ensemble d’entités cherchant cette cour, afin de défendre le texte constitutionnel, agrandit, dans un processus d’amplification de la « communauté d’interprètes ».

Le fait que les acteurs les plus participants de la société civile puissent faire appel à « STF » (Cour Suprême Fédérale) est vu comme une conquête de la citoyenneté et de l’influence du communitarisme. Il s’agit de donner au citoyen le droit de remettre en question la législation contredisant les valeurs et principes constitutionnels, de chercher la défense des droits républicains, de voir l’État comme un agent responsable des intérêts généraux du pays. En bref, qu’il y ait une citoyenneté juridiquement participante afin d’assurer la consolidation du grand système des droits garantis constitutionnellement.

Cependant, l’étude des acteurs des domaines politique, juridique et social vient de dévoiler une dynamique d’intérêts très spécifique et propre à la culture brésilienne des droits « particularisés » qui permet surtout de critiquer la propre incorporation de l’idéologie communitariste.

Mots clés : communitarisme, libéralisme, Cour Suprême Fédérale, contrôle constitutionnel concentré, domaine juridique et politique.

AGRADECIMENTOS

Durante o início do doutorado, cheguei a estranhar os longos agradecimentos das teses lidas. Agora ao finalizar o meu “processo” concluo que estes “longos agradecimentos” nem conseguem expressar a imensa gratidão que um doutorando tem com todas as pessoas, que direta ou indiretamente, se envolvem neste árduo processo. Assim, a lista de nomes ora apresentada não é exaustiva, mas resgata pessoas muito queridas mais diretamente envolvidas.

Ao meu orientador, Caetano Ernesto Araújo, pelos comentários e rica interlocução, além do apoio e presença encorajadora em todas as fases do processo.

Agradeço ao meu co-orientador português, Pedro Magalhães pelas nossas discussões durante o meu estágio em Lisboa. Em Lisboa também agradeço pelo apoio dos professores Manuel Villaverde do Instituto de Ciências Sociais e António Araújo do Tribunal Constitucional Português.

No campo jurídico, agradeço aos professores Luís Carlos Martins Jr e Bruno Noura pelas interlocuções sobre o tema.

Cumprе registrar um agradecimento à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES pelo apoio financeiro durante o Programa de Doutorado no País com Estágio no Exterior – PDEE, em Lisboa.

Agradeço a três pessoas diretamente envolvidas com o processo de pesquisa e redação: Letícia, responsável por grande parte da pesquisa jurisprudencial; Edilenice, que me orientou na árdua pesquisa sobre a Assembléia Nacional Constituinte; e meu paizão, seu Armando, responsável pelas tabelas e quadros, além de resolver todos os problemas técnicos no campo da informática. No ensejo menciono ainda Sr. Irismar e Marta do Centro de Documentação da Câmara dos Deputados; e Patrícia e Raniére do Supremo Tribunal Federal.

Aos amigos sempre presentes: Bete, Roni e Letícia, Maurício, Rubens e Maria Helena, Paola, Maria Lúcia, Érika, Joara, Valéria, à família Maurmann e ao amigão “Cafu”.

Por fim, mas sem que isto diminua a participação, agradeço a algumas pessoas do círculo íntimo. Minha mãe, Vânia, obrigada pela presença que me confortou e estimulou, principalmente nos últimos meses de redação final, inclusive me tranquilizando com a minha “duplinha”, Ana Beatriz e Tiago. A Viviane Simão, responsável pelo meu “equilíbrio” emocional. À equipe de apoio em casa, Lidiane e Marlete, que cuidaram com esmero da “duplinha”, incluindo a participação da Antonia e da Roseli. Todas contribuíram ao me propiciar tranquilidade para conciliar o papel de doutoranda e mãe.

E para finalizar, a Ana Beatriz e Tiago, que precisaram entender a “ausência” da mamãe nos últimos meses, e ao meu grande e onipresente maridão, Daniel, responsável pela própria razão desta tese através do estímulo e apoio incomensuráveis.

INTRODUÇÃO

*Entender a Constituição como não apenas normativa, mas também política. Compreender as relações políticas e sociais presentes nas estruturas constitucionais. Perceber que a Constituição pertence também á realidade histórico-social. Tornar claros os nexos existentes entre Estado, Constituição e política, concebendo o direito constitucional como direito político. (Gilberto Bercovici, **A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição**)*

O papel sócio-político da Constituição é uma polêmica no campo jurídico. Durante muito tempo o texto constitucional tinha como objetivo principal evitar o uso arbitrário do poder pelo Estado, protegendo o que se conhece como liberdades “negativas”. Esta interpretação “liberal” da Constituição apregoa ainda a separação entre Direito e Política, retirando o político da teoria e da prática constitucional.

Entretanto, as Constituições do século XX, em especial após a Segunda Guerra Mundial, já podem ser consideradas “políticas”. Diante do pluralismo das sociedades contemporâneas, da necessidade de se defender o reconhecimento e a igualdade, o político é reabilitado nos estudos da teoria constitucional. Assim, a Constituição passa a ser vista como uma ordem integradora, que expressa valores e princípios, ressaltando-se o seu caráter dinâmico e “politizando” o texto constitucional. Esta abordagem se coaduna com a teoria filosófico-política do comunitarismo, que destaca ainda o importante papel do cidadão na prática constitucional.

Este novo cenário acaba por desenvolver a idéia de Justiça Constitucional, proliferando a criação de Tribunais Constitucionais em países em processo de consolidação democrática após períodos de autoritarismo, principalmente na Europa. Os Tribunais Constitucionais representam o mecanismo que a sociedade civil possui para garantir que os valores e princípios apregoados no texto constitucional sejam “protegidos”, por um sistema que é conhecido como controle concentrado de constitucionalidade.

Entretanto, esta compreensão da Constituição, e do próprio papel dos Tribunais, demanda uma nova prática interpretativa: uma “interpretação construtiva” em que o poder

judicial esteja consciente de seu papel na configuração de uma democracia mais participativa.

Neste sentido, o poder judicial deixa de ser um instrumento apenas do Estado, passando a ser, também, da sociedade, o que acarreta uma “politização” do Direito. O discurso da neutralidade utilizado pelos atores jurídicos passa a ser questionado, principalmente quando o objeto de análise é a relação entre Direito e Política, ou melhor, admitindo-se aqui Direito como o texto normativo e sua interpretação por intermédio do Poder Judiciário, e Política como as teorias filosóficas-políticas que influenciam a elaboração do texto normativo. Estas teorias filosóficas-políticas compreendem o pano de fundo das novas abordagens sobre o papel da Constituição.

Assim, o objeto da presente tese é refletir sobre a tensão entre Direito e Política, analisando a dinâmica dos atores envolvidos com o desenho institucional do Supremo Tribunal Federal por ocasião da promulgação da Constituição de 1988, e dos atores envolvidos no desempenho do Tribunal nos primeiros anos subsequentes. Com o novo texto constitucional brasileiro, o Supremo passou a ser responsável por uma tarefa “política”: a proteção do texto constitucional.

No cenário descrito acima se insere a importância de uma reflexão sobre a relação entre a Constituição e a Política nos primeiros anos após a promulgação da Constituição de 1988 no caso brasileiro. Isto porque se atribui ao novo texto constitucional brasileiro uma influência “comunitarista”, que se contrapõe à tradição liberal da cultura política e jurídica brasileira. Estes dois referenciais teóricos serão utilizados para o mapeamento dos diferentes atores analisados na presente tese.

Portanto, a reflexão que a presente tese se propõe é justamente acerca da dinâmica dos campos jurídico, político e social por ocasião da promulgação da Constituição de 1988: como os diferentes atores se posicionaram, comunitaristas ou liberais. Esta dinâmica será objeto de análise em dois momentos distintos: o primeiro durante o próprio processo constituinte, a partir da análise de atores do campo político e jurídico. O segundo momento de análise se dará a partir das ações diretas de inconstitucionalidade, instrumento jurídico-

processual do controle de constitucionalidade brasileiro e como o Supremo decidiu sobre a possibilidade de acesso de novos entes por intermédio desta ação, entre 1989 a 1994.

O texto se dividirá em duas partes. A primeira, “O campo e a dinâmica dos atores – comunitarismo e Justiça Constitucional”, visa delimitar o campo e a dinâmica dos atores envolvidos. No capítulo 1 explicitaremos o marco teórico e metodológico, e as frentes empíricas de análise que se concentram na Assembléia Nacional Constituinte, na Jurisprudência e na Justiça Constitucional.

O marco teórico e metodológico é orientado pelas reflexões de Bourdieu (1987, 1989) sobre campo, poder simbólico, lutas simbólicas, e legitimidade. A posição dos diferentes atores envolvidos no desenho institucional durante o processo constituinte, a posição do Supremo e dos entes legitimados a provocá-lo se apresenta a partir da busca por poder e legitimidade simbólica, por “credibilidade” perante os demais atores, tanto internamente aos respectivos campos, como externamente, na relação com outros campos.

O segundo capítulo versará sobre o objeto específico da presente tese: o Supremo Tribunal Federal. Assim, descreveremos o percurso histórico institucional e a composição do Tribunal com a promulgação da Constituição de 1988. Na oportunidade também traçaremos as características e o histórico nas Constituições Brasileiras do controle de constitucionalidade. Por controle de constitucionalidade entendemos o sistema no qual todos os textos legais inferiores e atos normativos dos diversos poderes devem concordância e obediência à Constituição, tendo como objetivo impedir que leis e atos normativos desrespeitem direitos e garantias previstos constitucionalmente. O controle concentrado almeja a proteção do texto constitucional, em consequência de sua recorrente valorização na teoria constitucional contemporânea.

Em seguida, no Capítulo 3, traçaremos os referenciais teóricos que permitirão o mapeamento do campo de análise: o comunitarismo (TAYLOR, 2000; WALZER, 1990, 2003) e o liberalismo (RAWLS, 1997, 2000). A diferença básica entre as duas correntes, para fins da presente análise, se concentra nas razões que os cidadãos podem ter para participar ativamente do destino de seu país: para protegê-lo da interferência estatal

(liberais) ou como condição do exercício da liberdade individual mediante o exercício da “virtude cívica” (TAYLOR, 2000) e da dedicação a uma comunidade política (comunitaristas).

Quando tratam da noção de justiça distributiva, os liberais priorizam os direitos a partir do reconhecimento da pessoa como livre e igual perante as demais, enquanto os comunitaristas priorizam o bem, que é determinado a partir de sua especificidade histórica e cultural, do reconhecimento do direito à diferença, e da reivindicação política de bens em nome dessa diferença.

Neste mesmo capítulo estabeleceremos ainda uma relação entre o comunitarismo filosófico-político mencionado acima e o Direito. A “marca comunitarista” (CITTADINO, 2000) atribuída à Constituição de 1988 é reflexo da atuação de atores jurídicos que se afinam com determinados conceitos de cunho comunitarista e o aplicam no campo jurídico, como é o caso da “comunidade de intérpretes” (HABERLE, 1997, 2003) e da Constituição Dirigente (CANOTILHO, 2001, 2003), categorias teóricas importantes para a compreensão da relação entre o texto constitucional e o Supremo Tribunal Federal.

Para finalizar a primeira parte, trataremos de exemplos da experiência internacional de Justiça Constitucional, em especial Portugal e Espanha. No capítulo 4, “A Justiça Constitucional”, buscaremos apontar em que medida a Justiça Constitucional é tida como uma inovação que pode contribuir para a consolidação de processos democráticos. Alguns autores têm defendido que a atuação dos Tribunais Constitucionais pode criar, ou ajudar a criar, ou ainda, intensificar a identidade dos atores políticos e sociais, e por fim, garantir práticas sociais de emancipação. (GARCÍA-VILLEGAS, 2005)

A segunda parte, intitulada “Frentes Empíricas – Democracia e Direito no contexto político, jurídico e social da transição democrática brasileira”, apresenta as frentes empíricas: a democracia e o direito no contexto político, social e jurídico da transição democrática brasileira. São dois capítulos: o primeiro se concentra no processo constituinte, e o segundo na jurisprudência.

O capítulo 5, “O Comunitarismo e a Constituição de 1988”, traçará, a partir dos diferentes atores envolvidos no processo constituinte (atores jurídicos “comunitaristas”, atores jurídicos “conservadores”; e atores políticos “comunitaristas” e “conservadores”) o percurso do desenho institucional promulgado. No tocante ao nosso objeto específico, o controle de constitucionalidade concentrado, como caracterizar a dinâmica dos atores “comunitaristas” e “liberais” durante os debates constituintes?

O capítulo 6 se concentrará na jurisprudência do Supremo durante os primeiros seis anos após a promulgação do texto constitucional de 1988. A Constituição ampliou o número de entes aptos a propor a ação, designando uma “comunidade de intérpretes” (HABERLE, 1997) que é tida como uma das grandes inovações de influência comunitarista na Carta. Assim, as ações diretas de inconstitucionalidade foram analisadas a partir de três atores que consideramos mais representativos da questão cidadã à que está atrelada o controle de constitucionalidade: as entidades de classe, as confederações sindicais e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. A relação entre as ações e os proponentes, entre os pedidos das ações e os respectivos proponentes, e linhas de decisão consolidada serão os temas analisados, destacando-se o discurso dos diferentes atores e a interpretação de “sentido” do seu posicionamento no seu respectivo campo.

O objetivo é buscar comprovar nossa hipótese: os diferentes atores envolvidos, no que se atribui como incorporação “comunitarista” por parte da Constituição de 1988, possuem interesses “particularizados” que acabam por encobrir a própria influência comunitarista. A preocupação com a legitimidade interna aos seus respectivos campos, principalmente no campo jurídico, se sobrepõe aos princípios comunitaristas apregoados.

Neste sentido, questionaremos a interpretação concedida ao aumento da demanda junto ao Supremo a partir da Constituição de 1988, que atribui um reconhecimento por parte da sociedade civil do papel emancipatório do Poder Judiciário e de um processo de “judicialização da política” (VIANNA et all, 1999, CASTRO, 1997, TEIXEIRA, 1997). Nossa análise questionará esta interpretação, buscando comprovar a seguinte hipótese: as estatísticas no tocante ao controle concentrado de constitucionalidade, por si só não representam, necessariamente, uma identificação de cunho “comunitarista” por parte dos

atores sociais e jurídicos no caso brasileiro, representando mais o fenômeno que Galanter (1993) chama de “direito em abundância”.

Assim, é possível vislumbrar o caminho a ser percorrido: o mapeamento de vários atores a partir de correntes da filosofia política, o comunitarismo ou o liberalismo, permitirá apontar os atores que se posicionaram a favor da necessidade de proteção do texto constitucional, por intermédio do controle de constitucionalidade, realçando o aspecto político do Supremo Tribunal Federal, e os atores que se identificavam com a manutenção do Supremo como órgão estritamente jurídico e de tradição liberal. Este mesmo tipo de mapeamento se refletirá ainda no desempenho do Tribunal em sua jurisprudência no tocante aos elementos em que os atores “comunitaristas” foram vitoriosos durante o processo constituinte, e como o campo social se manifestou diante deste novo cenário.

PARTE I – O CAMPO E A DINÂMICA DOS ATORES – Comunitarismo e Justiça Constitucional

*O poder Judicial não se apresenta como um instrumento do Estado, mas da sociedade. Uma concepção do direito como “integridade” implica a preclusão da concepção tradicional da “política” centrada no Estado. Com isso o juiz compensa com “princípios” as decisões nos “casos constitucionais difíceis, evitando a “indeterminabilidade”, fundando nesta a sua própria “teoria”. (Cristina Queiroz, **Interpretação Constitucional e Poder Judicial**)*

CAPÍTULO 1 – MARCO TEÓRICO E METODOLÓGICO

1.1 – Introdução

O pano de fundo do tema da presente tese é a tensão entre Direito e Política, e conseqüentemente, a relação entre Constituição e Democracia. Trata-se de uma problemática muito explorada durante os primeiros anos do processo de retomada democrática em Estados autoritários. Isto porque o desenho institucional que se apresenta após períodos autoritários normalmente reflete demandas internas e influências internacionais de êxito na consolidação do regime democrático. Assim, surge um leque de variáveis que influenciarão na “engenharia constitucional” (SARTORI, 1996) e que poderão permitir análises da relação entre o desenho institucional escolhido e a realidade que se configurou.

Quando mencionamos as tensões entre Direito e Política, entre Constituição e Democracia, estas compreendem o nosso objeto, a saber: por Direito e Constituição associamos o Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade; e por Política e Democracia a influência comunitarista atribuída à Constituição de 1988.

Assim, nosso tema refletirá justamente sobre o desenho institucional adotado pela Constituição de 1988 e sua relação com um importante ator no processo de democratização brasileira – o Supremo Tribunal Federal – STF, e como este desempenhou suas novas atribuições, basicamente no tocante ao controle de constitucionalidade concentrado.

O controle de constitucionalidade representa um mecanismo jurídico cujo pressuposto é a Constituição, como lei maior, que não pode ser contrariada por nenhum outro ato normativo tido como inferior na hierarquia das leis. Desta feita, quando surge uma contradição entre um ato normativo e a Constituição, competirá ao Poder Judiciário declará-lo inconstitucional. Isto pode ser feito de duas formas: mediante um órgão específico, criado para este fim, conhecido como Corte Constitucional, e cuja decisão refletirá no ato normativo em si, alcançando toda a sociedade, mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade (modelo concentrado); ou por qualquer juiz, mas cuja decisão

refletirá apenas no processo analisado, sem declaração de inconstitucionalidade do ato normativo propriamente dito (modelo difuso).

O Brasil utiliza os dois modelos, ou seja: o STF é o Tribunal específico para declarar um ato normativo inconstitucional com reflexo para toda a sociedade (retirada do ato normativo do ordenamento jurídico), mas um juiz poderá julgar um caso específico e apenas com relação a este caso declarar um determinado dispositivo legal inconstitucional, com efeito apenas para as partes envolvidas no caso/processo.

Entretanto, com a Constituição de 1988 e a função “precípua” do Supremo Tribunal Federal, a proteção ao texto constitucional passou a ser considerada como novidade no ordenamento jurídico brasileiro e o aproximou da concepção “política” dos Tribunais Constitucionais europeus, da idéia de “Justiça Constitucional”. Surge aqui a primeira versão da mencionada tensão entre Direito e Política na dinâmica dos diferentes atores envolvidos durante o processo constituinte e o desenho institucional escolhido para o Supremo.

Uma visão restrita das funções dos tribunais restringe-as à resolução de litígios¹, que é sem dúvida uma função crucial. Não é a única, contudo. Cabe aos tribunais a função jurisdicional, que significa “dizer o direito”. Esta expressão permite a ampliação do leque de funções dos tribunais, construindo um quadro conceitual e teórico que extravasa o domínio do litígio. Nossa proposta é trabalhar com as funções políticas e funções simbólicas dos tribunais (Sousa Santos *et al.*, 1996).

As funções políticas não se esgotam no controle social, mas implicam a consciência de direitos e a afirmação da capacidade para os reivindicar e, neste sentido, é uma forma de exercício da cidadania e da participação política. Na verdade, as funções políticas decorrem principalmente do fato dos tribunais serem um dos órgãos que exercem a soberania do Estado. Portanto, “dizer o direito” é atentar não apenas à correspondência do caso com a lei, ou seja, resolver o litígio, mas também de interpretar o direito de forma a expressar a legitimação da norma, seus valores implícitos. As fronteiras entre a criação e a

¹ Na linguagem jurídica litígio é sinônimo de conflito judicial.

aplicação do direito têm se tornado mais difusas e tema de amplo debate. (Sousa Santos *et al.*, 1996) Entretanto, conforme já mencionado, o exercício de suas funções políticas, no caso do Supremo dependerão, também, da sua interpretação do conceito de Constituição.

Diante das controvérsias acerca das funções atribuídas ao Supremo pela Constituição de 1988 buscar-se-á descrever e analisar o ambiente histórico, político e social em que o desenho se configurou. Em um segundo momento, o foco será a interação do STF com esse ambiente e como foi influenciado por ele, ou como, por outro lado, transformou este ambiente. (SCHWARTZ, 2000) Trata-se aqui de perceber a tensão entre Direito e Política a partir da jurisprudência. Por isto o período analisado se concentra na primeira fase, de 1989 a 1994, período em que o Supremo consolidou uma linha de interpretação constitucional que influenciará sua relação com a sociedade e com os diferentes atores do campo jurídico e político.

O tema se insere em um debate de cunho filosófico-político entre “liberais” e “comunitaristas”. De maneira geral, na presente discussão os liberais são representados por John Rawls (1997, 2000), e apregoam a primazia do indivíduo, enquanto os “comunitaristas”, representados principalmente por Charles Taylor (2000) e Michael Walzer (1990, 2003), defendem a importância das identidades sociais. Deste ponto de partida contraditório, emergem distintas concepções em torno do que seria o ideal de uma sociedade justa e suas implicações normativas.

O comunitarismo defende a configuração de valores compartilhados por uma comunidade política, o que justificaria um envolvimento por parte do cidadão além do momento de participação nas eleições, isto porque ele é genuinamente “ouvido” no debate democrático. (TAYLOR, 2000) A ausência de um cidadão participativo acarretaria a fragmentação política:

Quanto mais fragmentado um eleitorado democrático nesse sentido, tanto mais serão suas energias políticas transferidas para a promoção de agrupamentos parciais e tanto menos possível será mobilizar maiorias democráticas ao redor de programas compreendidos em comum. Surge o sentido de que o eleitorado como um todo é indefeso diante do Estado-Leviatã; um agrupamento parcial bem organizado e integrado pode de fato ser capaz de causar um impacto, mas a idéia de que uma maioria de pessoas possa moldar e levar a efeito um projeto

comum passa a se afigurar utópica e ingênua. Nesse caso, as pessoas desistem. Essa simpatia já decadente com relação aos outros é ainda mais enfraquecida pela carência de uma experiência comum de ação, e uma sensação de impotência faz parecer uma perda de tempo tentar promover essa experiência. Mas isso, naturalmente, praticamente o torna impossível, e o círculo vicioso se fecha. (TAYLOR, 2000, p. 299/300)

Neste sentido, surge a questão dos fundamentos da legitimidade constitucional e a qual corrente o texto constitucional se filia. No caso brasileiro, atribui-se à Constituição de 1988 um caráter comunitarista na medida em que ela expressa os valores e princípios que norteiam a sociedade brasileira. Entretanto, o desenho institucional elaborado pelo constituinte não é fruto de uma corrente unânime, mas sim de uma dinâmica própria em que os diferentes atores buscam otimizar seus interesses “particularizados”. Esta dinâmica é o objeto da primeira parte da presente tese.

Portanto, o mapeamento dos diferentes atores e sua corrente filosófico-política, liberal ou comunitarista, permitirá esclarecer nossa primeira pergunta: em que contexto sócio-político surge o novo papel do STF? Isto porque se atribuiu ao Poder Judiciário um novo papel nos estudos elaborados sobre o tema após a promulgação da nova Carta. Este novo papel pode ser vinculado à corrente comunitarista, na medida em que defende uma abordagem em que o juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. Ele é o último “guardião de promessas”, tanto para o sujeito, como para a comunidade política, diante da crise de legitimidade do Estado. A sociedade tem se remetido aos juízes por conta da ausência de autoridade, e estes passam a preencher a função de instituição unificadora. (GARAPON, 1992)

Neste sentido, a análise de Tribunais Constitucionais no âmbito externo também contribuirá para apontar a influência comunitarista e este novo papel atribuído ao Poder Judiciário. Assim, abordaremos alguns referenciais teóricos sobre a criação de Tribunais Constitucionais, tratando de dois casos específico, Portugal e Espanha.

Ambas as Constituições, Portuguesa (1976) e Espanhola (1978), sofreram influência do comunitarismo e criaram um novo órgão, o Tribunal Constitucional, a partir da compreensão da importância do texto constitucional. Nosso objetivo é analisar

elementos desta compreensão da Carta Constitucional, a partir da atuação dos Tribunais em busca pela sua legitimação no processo de consolidação democrática. Como os Tribunais se posicionaram em relação ao papel que lhes foi incumbido?

Cumpramos salientarmos que a aplicação do método comparativo não se dará a partir de semelhanças, mas sim pelos contrastes, contextualizando-os “para buscar equivalências entre institutos aparentemente distintos e dessemelhanças entre aqueles que, aparentemente, ou nominalmente, se assemelham” (KANT DE LIMA *et al.*, 2005, p. XIV). Não buscaremos analisar, positiva ou negativamente, as evidências empíricas encontradas, julgando-as a partir do referencial teórico comum, o comunitarismo, mas sim ilustrar a atuação de um Tribunal Constitucional criado especialmente para a proteção do texto constitucional.

A justificativa para a utilização do método comparativo se dá ainda pela relevância que a jurisdição constitucional tem ocupado nos Estados Democráticos contemporâneos, acarretando vários estudos sobre sua legitimidade e seu potencial de mudança. Este potencial de mudança tem sido atrelado à idéia de emancipação social: em que medida o Poder Judiciário, principalmente a Justiça Constitucional, pode contribuir para que haja efetiva transformação social? A resposta à pergunta conduz à limitação das potencialidades emancipatórias da Justiça Constitucional, devido ao predomínio das estratégias judiciais. Isto justifica a pertinência de estudos comparados para uma melhor compreensão contextual das possibilidades e dos limites destas estratégias judiciais.

Ingeborg Maus (2000) crítica o novo papel atribuído ao Poder Judiciário. Para a autora, a nova representação da justiça se apresenta com contornos de veneração religiosa, sendo que as críticas à jurisdição constitucional atraem para si a suspeita de serem contra a democracia e o Estado de Direito. A justiça, ao fazer das convenções morais o fundamento de suas atividades, reconhece-se como a presença da coerção estatal. Entretanto, isto não conduz a uma socialização da justiça, mas sim a uma funcionalização das relações sociais, contra a qual as estruturas jurídicas formais outrora compunham uma barreira.

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda a instituição do Estado em uma

forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social. (p. 187)

Entretanto, nosso objetivo não é analisar se o Poder Judiciário consegue ou não cumprir o citado papel de “guardião de promessas” (GARAPON, 1992).² As pesquisas efetuadas sobre o caso brasileiro (VIANNA *et al.*, 1999; CASTRO, 1993; TEIXEIRA, 1997) tendem a valorizar a perspectiva do aumento da demanda junto ao Supremo Tribunal Federal como uma característica do que se denomina de “judicialização da política”³, enfatizando a relação entre este aumento de demanda e o novo papel exercido pelo Poder Judiciário, mais próximo, assim, da Sociedade. Assim, o aumento da demanda pode ser relacionado ao resgate da cidadania apregoado pelos comunitaristas jurídicos brasileiros. A hipótese é de que se estabeleceu entre o comunitarismo filosófico-político e o comunitarismo “jurídico”, defendido pelos constitucionalistas brasileiros, conexões de sentido que permitiram sua incorporação no texto constitucional, valorizando o papel do Direito na sociedade brasileira.

A segunda meta da presente tese buscará comprovar estas conexões de sentido na dinâmica dos campos político, jurídico e social. Portanto, o ponto de partida será a dinâmica entre outros dois campos constituídos após a promulgação da Constituição de 1988: o Supremo Tribunal Federal a “comunidade de intérpretes”, na figura do Conselho Federal da OAB, das entidades de classe e das confederações sindicais. Como estes atores se posicionaram na nova dinâmica comunitarista de retomada democrática?

² Uma possível hipótese, além da crítica já apontada por Ingeborg Maus (2000), para a nossa problemática poderia retratar o discurso comunitarista como mais um instrumento de eficácia puramente retórica e legitimadora da ordem dominante. Marcelo Neves (1994) utiliza a expressão “constitucionalização simbólica” para abordar a dificuldade entre a previsão constitucional e modificação real no processo de poder, observando pretensões da elite dirigente pela representação simbólica de sua ordem estatal que acarretam um adiamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se isso fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social. Entretanto, esta não é a nossa abordagem. Concentraremos nossa análise na dinâmica dos atores envolvidos e não na “concretização” do ideal comunitarista.

³ O fenômeno, portanto, reflete a ação de grupos políticos que defendem o recurso às arenas judiciais para ampliar a proteção estatal à efetividade de direitos de grupos discriminados ou excluídos. No sentido constitucional, a judicialização da política refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política. (MACIEL; KOERNER, 2002)

Cumpra esclarecer o significado da “comunidade de intérpretes”. A Constituição de 1988, sob influência comunitarista, ampliou o leque de atores “aptos” a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo. Esta ação é o principal instrumento de controle de constitucionalidade concentrado. Este novo grupo compreende o que os comunitaristas denominarão de “comunidade de intérpretes” (HABERLE, 1997).

Nossas hipóteses são: as transformações constitucionais de 1988, alegadamente “comunitaristas”, não acarretaram impactos substantivos na prática judicial, avessa à mudança, e, além disso, não se configurou uma percepção da própria sociedade acerca deste novo papel.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal, não se assume como instrumento que permite que a sociedade, na figura das entidades de classe e no Conselho Federal da OAB, desenvolva estratégias de ação política e legal, reforçando as suas identidades como atores políticos no contexto de democratização brasileira. E, além do campo jurídico, os próprios atores “sociais” não assimilaram, na sua plenitude, as possibilidades de participação deflagradas pela Constituição de 1988.

Portanto, discordamos com a utilização recorrente da expressão “judicialização da política”⁴, que não deixa claro alguns posicionamentos do Supremo Tribunal Federal diante do “novo” papel que lhe atribuiu o paradigma comunitarista da Constituição de 1988. A compreensão de “judicialização da política” utilizada na presente tese é distinta daquela formulada por Castro (1997), que aponta o fenômeno como “um novo ‘*ativismo judicial*’, isto é, uma nova *disposição* de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais” (CASTRO, 1997, p. 148). Sem desconsiderar a importância da dimensão *ativismo/disposição*, nossa abordagem está mais atrelada a Arantes (1997) que defende, antes de mais nada, uma descrição do quadro institucional e das regras que permitem ou impedem ações tipicamente políticas por parte dos tribunais. “Especialmente no que se refere ao Judiciário, poder inerte por definição, é necessário explicitar de que maneira sua atuação pode interferir no

⁴ Conforme apontaremos no Capítulo 3, as expressões judicialização da política e politização da justiça buscam indicar os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas, principalmente a relação entre demanda e estratégias políticas dos atores.

processo político *strictu sensu* (os mecanismos de controle constitucional das leis, por exemplo). A partir daí é que o *ativismo judicial*, se houver, e, também, a judicialização da política, podem ser compreendidos.” (p.99/100, nota 15)

Uma nítida intenção dos Constituintes era a de valorização do Legislativo após o período ditatorial, mas sem restrição da capacidade propositiva do Executivo. Desta forma, o arranjo institucional acerca da forma e regime de governo não configura uma reação direta ao regime anterior. A convicção de que os governos precisam ser capazes de governar constituía-se num ponto de convergência dos debates parlamentares. Assim, as ponderações sobre eventuais debilidades e problemas do legislativo raramente foram invocadas a partir de referências que estivessem vinculadas à rede de práticas resultantes de fatores internos à instituição, em conexão com as formas de atuação agregada dos parlamentares. “Regra geral, os constituintes depositavam uma enorme crença na capacidade unilateral dos dispositivos jurídicos de desencadear práticas institucionais desejáveis. E quase nunca reconheceram que estes dispositivos exigiam, para ser ativados, da vontade convergente de um número expressivo de atores relevantes.”(SOUZA, 2003, p. 53)

O que se procurará analisar é que as “disfunções” apontadas na tese sobre o exercício do controle de constitucionalidade, por parte do STF, não são necessariamente resultantes de efeitos não previstos, inesperados, que, poderosamente, teriam minado a intencionalidade originária dos constituintes, mas sim fruto da intenção de alguns atores, políticos e jurídicos, de não alterar demasiadamente o *status quo* institucional, de não interferência direta do Poder Judiciário sobre os Poderes Executivo e Legislativo.

Portanto, um importante elemento de partida para a atuação dos diferentes atores envolvidos na análise ora apresentada é a compreensão da Constituição, ou seja, o seu sentido. Canotilho⁵ (2001) aponta que a problemática da compreensão da Constituição pode se descortinar em duas abordagens: uma tendo em vista o conceito de constituição geral e teórico, e outro a partir da natureza e função de uma Constituição numa situação histórica concreta em um determinado país. “No primeiro caso, procurar-se-á destilar um

⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, famoso constitucionalista português, professor da Faculdade de Direito de Coimbra, exerceu uma forte influência nos constitucionalistas brasileiros. (v. CITTADINO, 2000)

conceito ideal de constituição ou de tipos de constituição como produtos teóricos; na segunda hipótese importa, sobretudo, responder a questões concretas com que se defronta uma lei constitucional” (p. 78)⁶ As tensões entre os atores dos diferentes campos, jurídico, político e social, poderão ser analisadas justamente a partir da distinção entre as duas compreensões acima e influenciará a movimentação destes atores no sentido de valorizar, ou não, a justiça constitucional, conforme veremos.

A tensão entre os diferentes papéis atribuídos ao Poder Judiciário acarreta uma crise de identidade institucional, corroborada pela própria distância do outro importante ator – a sociedade civil. Esta realmente provocou o Supremo em temas de interesse geral, na defesa de uma cidadania substancialmente participativa, do papel do cidadão enquanto “autor” do direito? Esta pergunta decorre justamente do compromisso com a autonomia pública, e com as liberdades “positivas” dela decorrentes, que permitiu ao constitucionalismo comunitarista brasileiro lutar pela democratização do processo de interpretação constitucional através do alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, ou seja, ampliando o rol de agentes legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN).

A noção de liberdades “positivas” se insere no contexto sócio-político de reflexão sobre o papel das Constituições nas sociedades contemporâneas. No século XVIII as Revoluções Francesa e Americana apregoaram a importância da defesa da esfera privada contra o arbítrio do Estado, no que hoje conhecemos como liberdades negativas: liberdade “de”. Em um segundo momento, surgem os direitos políticos e sociais, em que o que se faz necessário é a ação “positiva” do Estado. Nas liberdades “positivas” o cidadão tem a liberdade para “participar do governo, partilhar a riqueza social, e garantir que o que foi decidido ser público de fato o seja” (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 113).

⁶ Canotilho prossegue desenvolvendo algumas perguntas: que tarefas e funções devem ser confiadas à constituição de um país e sociedade concretos? Quais as matérias que têm dignidade constitucional? Deve a constituição limitar-se a uma ordem de competências? Ou deve conter um bloco de diretivas materiais correspondente às aspirações e interesses de uma sociedade num espaço e tempos historicamente situados? No caso afirmativo, de que forma? Através da imposição de tarefas e da definição de fins? Consagrando direitos subjetivos, econômicos, sociais e culturais, ou optando por simples cláusulas de socialidade ou de bem-estar? (2001, p. 78)

1.2 – O marco teórico e metodológico

O marco teórico e metodológico da presente tese se concentra nas categorias teóricas apresentadas na obra de Bourdieu (1989, 1987). Para o autor, campo é o espaço onde as posições dos agentes se encontram *a priori* fixadas, mas onde se trava uma luta concorrencial entre os atores em torno de interesses específicos, caracterizados pelas manifestações de relações de poder. Assim, os diferentes atores lutam em função da posição que ocupam nos respectivos campos.

Esta luta é pautada por um conjunto de esquemas generativos que presidem a escolha, que antecedem e orientam a ação dos agentes a partir de estruturas internas de sua subjetividade e as estruturas sociais externas (modos de agir e de pensar que o indivíduo adquiriu ao longo de toda sua história), que Bourdieu denomina de *habitus*. O conceito de *habitus* comporta a idéia de um posicionamento social em determinado campo, de uma correspondência estreita entre as situações sociais e as atitudes dos agentes.

O autor se enquadra no estruturalismo construtivista⁷, justamente porque busca conciliar o estruturalismo no sentido de estruturas objetivas, independentes da consciência e da vontade dos agentes que são capazes de orientar ou coagir suas práticas e representações, com o construtivismo como uma gênese social dos esquemas de percepção, pensamento e ação que são constitutivos do *habitus*. Portanto, o objetivo é conciliar o objetivismo e o subjetivismo na ciência social: “de um lado, as estruturas objetivas que o sociólogo constrói no momento objetivista, descartando as representações subjetivistas dos agentes, são o fundamento das representações subjetivas e constituem as coações estruturais que pesam nas interações; mas, de outro lado, essas representações também devem ser retidas, sobretudo se quisermos explicar as lutas cotidianas, individuais ou coletivas, que visam transformar ou conservar essas estruturas. Isso significa que os dois momentos, o objetivista e o subjetivista, estão numa relação dialética...” (1990, p. 152).

Desta forma, as representações dos agentes variam segundo sua posição (e os interesses que estão associados a ela) e segundo seu *habitus* como as estruturas mentais

⁷ “structuralist constructivism” (BOURDIEU, 1990, p.149).

através das quais eles apreendem o mundo social. A posição dos agentes é determinada pelo volume global de capital que eles possuem sob diferentes espécies, e também conforme a estrutura de seu capital, ou seja, “de acordo com o peso relativo das diferentes espécies de capital, econômico e cultural, no volume total de seu capital” (1990, p. 154)⁸

A partir destes dois conceitos surge a reflexão de Bourdieu acerca das lutas simbólicas travadas no interior dos diferentes campos e que acarreta a idéia de legitimidade, categoria importante para o presente trabalho. As lutas simbólicas a propósito da percepção do mundo constituem lutas pelo poder de produzir e impor a visão de mundo legítima, tendendo a reproduzir e reforçar as relações de força que constituem a estrutura do espaço social. Portanto, a legitimação da ordem social “resulta do fato de que os agentes aplicam às estruturas objetivas do mundo social estruturas de percepção e apreciação que são provenientes dessas estruturas objetivas e tendem por isso a perceber o mundo como evidente” (1990, 163).

O Estado é citado como detentor do monopólio da violência simbólica legítima, consoante Max Weber já afirmava. Contudo, para Bourdieu este monopólio não impede que sempre existam conflitos entre poderes simbólicos que visam impor a visão legítima de diferentes grupos. Neste sentido, cumpre citar o próprio autor:

Para mudar o mundo, é preciso mudar as maneiras de fazer o mundo, isto é, a visão de mundo e as operações práticas pelas quais os grupos são produzidos e reproduzidos. O poder simbólico, cuja forma por excelência é o poder de fazer grupos (grupos já estabelecidos que é preciso consagrar, ou grupos a serem estabelecidos, como proletariado marxista), está baseado em duas condições. Primeiramente, como toda forma de discurso performativo, o poder simbólico deve estar fundado na posse de um capital simbólico. O poder de impor às outras mentes uma visão, antiga ou nova, das divisões sociais depende da autoridade social adquirida nas lutas anteriores. O capital simbólico é um crédito, é o poder atribuído àqueles que obtiveram reconhecimento suficiente para ter condição de impor o reconhecimento: assim, o poder de constituição, poder de fazer um novo grupo, através da mobilização, ou de fazer existir por

⁸ Cumpre destacar que o objetivo da presente tese não inclui a análise do *habitus* dos Ministros do Supremo a partir do olhar de suas “estruturas internas de sua subjetividade”. Na verdade não se analisará a composição do Supremo propriamente dita. A única referência a este assunto se dará por ocasião do Capítulo referente ao histórico do Supremo, destacando-se a continuidade na composição, e conseqüentemente, a dificuldade de compreensão do novo paradigma comunitarista. Analisaremos o “campo” representado pelo Supremo, e sua relação com outros campos, o político e o social, sem adentrar na questão do volume global e da estrutura do capital que os atores possuem.

procuração, falando por ele enquanto porta-voz autorizado, só pode ser obtido ao término de um longo processo de institucionalização, ao término do qual é instituído um mandatário, que recebe do grupo o poder de fazer o grupo. (1990, p. 166)

Portanto, a questão da legitimidade perpassa a luta interna dos diferentes campos, ou seja, de determinado agente ser reconhecido como legítimo (ou sua ação ser reconhecida como legítima) quando busca exercer o poder simbólico neste campo (grupo). O campo para Bourdieu é ao mesmo tempo um campo de forças, necessário aos agentes nele envolvidos, e um campo de lutas, onde os agentes se enfrentam, com meios e fins diferenciados conforme sua posição na estrutura do campo de forças (poder).

No âmbito da presente tese, a idéia de campo e de luta entre os atores que representam o campo será primordial. Isto porque nosso objeto de análise compreende diferentes atores de três campos, o jurídico, o político e o social, a partir da influência comunitarista deflagrada por ocasião da promulgação da Constituição de 1988. Assim, o fio condutor da presente tese é o posicionamento dos atores destes três campos, tendo em vista sua filiação ao ideal comunitarista ou ao liberal, e as lutas simbólicas travadas em busca de legitimidade.

Como exemplo da reflexão de Bourdieu acerca do campo e das lutas simbólicas internas a ele, podemos apontar o campo de produção cultural (campo artístico, literário, científico), onde as lutas se travam no sentido de poder publicar ou de recusar a publicação (questão de poder); de capital simbólico transferido de um autor consagrado para um jovem escritor desconhecido por intermédio de um prefácio. Estas são algumas possíveis referências às especificidades deste campo, como também a noção de que as relações de força se revestem de uma forma especial, com um capital simbólico específico e característico deste campo em particular: reconhecimento ou consagração (prestígio) acumulada no decorrer de lutas anteriores. Neste sentido também surge um dos alvos mais importantes nas lutas permanentes no campo literário ou artístico: “.. definição dos limites do campo, ou seja, da participação legítima nas lutas. Dizer a propósito dessa ou daquela corrente, desse ou daquele grupo, que ‘isso não é poesia’, ou ‘literatura’, significa recusar-lhe uma existência legítima, significa excluí-lo do jogo, excomungá-lo. Essa exclusão simbólica não é senão o inverso do esforço no sentido de impor uma definição da prática

legítima...” São estratégias utilizadas pelos agentes na transformação ou conservação das relações de forças estabelecidas neste campo específico (1990, p. 169-180).

No tocante ao campo jurídico, o autor procura romper com a ideologia da independência do direito e do corpo jurídico de um lado, com juristas que estudam o Direito como sistema fechado e autônomo (dinâmica interna), sem cair na visão oposta, do direito e a jurisprudência como reflexo direto das relações de força existentes. Para tanto, aponta que é preciso considerar a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física.

Portanto, campo jurídico, para Bourdieu, é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência, ao mesmo tempo social e técnica, que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. (1989, p. 212)

Portanto, a presente tese analisará as diferentes “estratégias retóricas” ou “discursivas” (BOURDIEU, 1989, p. 56/7) dos diferentes atores envolvidos no desenho institucional do Supremo à época da Assembléia Nacional Constituinte e a sua relação com a própria atuação do Supremo sob este novo desenho.

Ademais, serão objeto de análise e reflexão as “lutas simbólicas” estabelecidas entre o Supremo e os novos atores da “comunidade de intérpretes”, representantes de outros campos, não apenas o jurídico, que poderão provocar a sua atuação no âmbito das ADIns. As relações de força simbólicas entre estes diferentes atores e campos refletem os interesses específicos e os trunfos diferenciais destes mesmos atores e campos, e serão objetos de análise no presente trabalho.

Esta análise decorre do fato de que o jogo no campo simbólico é:

em última análise, o poder propriamente político, muito embora não existam puras relações de força a não ser mediatizadas por sistemas simbólicos que, ao mesmo tempo, tornam-nas visíveis e irreconhecíveis pois lhes conferem uma existência através de linguagens especiais encobrindo as condições objetivas e as bases materiais em que tal poder se funda. (MICELI, In: BOURDIEU, 1987, LV)

1.3 – Frentes empíricas

No intuito de resgatar a relação entre teoria e empiria, passaremos agora a traçar as três frentes empíricas de análise. Por ser o instrumento jurídico-processual pelo qual se exerce o controle de constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn)⁹ será o nosso objeto empírico quando da análise da dinâmica entre Supremo e o campo social.

A escolha pela análise na ADIn se dá pelo caráter simbólico que as mesmas representam no tocante à abordagem comunitarista da Constituição de 1988. Isto porque podemos caracterizar as tensões conceituais já abordadas: de um lado aqueles que defendem a inserção da sociedade civil como importante mecanismo de controle social, atrelada à responsabilidade cívica de defender a liberdade e a justiça, os comunitaristas. De outro lado, a jurisprudência dominante no STF tem restringido o exercício do direito de interpor a ação por parte da sociedade, em uma linha de interpretação “liberal”.

Esta ação pode ser proposta por alguns entes previstos de forma taxativa na Constituição de 1988, a saber: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa, Governador de Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103 e incisos da CF/88).

⁹ Apenas para registro informamos que a sigla utilizada no Supremo para fins de pesquisa processual foi alterada para ADI no caso das ações diretas de inconstitucionalidade. Optamos por manter a antiga, ADIn, pois a nosso ver é mais representativa para a presente análise.

Este novo grupo compreende o que os comunitaristas denominam de “comunidade de intérpretes” (HABERLE, 1997), e que representam a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa¹⁰. A ampliação dos entes que podem solicitar a ADIn representa uma das principais inovações de cunho comunitarista na Constituição de 1988, alteração significativa com relação à Constituição de 1946, que só concedia legitimidade ativa ao Procurador-Geral da República.

A legitimidade ativa, expressão jurídica de caráter processual, significa a capacidade de determinado ator, prevista constitucionalmente, de propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo. Destacamos que o STF pode entender que determinado ator não se enquadra nas exigências da Constituição para a configuração da legitimidade ativa.

Assim, já se antecipa o campo analisado e seus atores: o STF e os entes que consideramos como mais representativos da sociedade, pois não têm vínculo direto com o Estado, e podem propor a ADIn, a saber: o Conselho Federal da OAB e confederação sindical e entidades de classe de âmbito nacional. Cumpre salientar que se lamenta, inclusive no campo jurídico propriamente dito, a ausência do cidadão dentre os entes legitimados: “O Estado de Direito Democrático estaria mais afirmado com a legitimação, a qualquer cidadão, para ingressar no STF com ação direta de inconstitucionalidade, especialmente para a proteção e garantia de direitos individuais, que tenham sido desconhecidos ou restringidos por leis ou atos normativos”. (VELOSO, 1999, p. 78)

Nesta linha de raciocínio, ou seja, dentre diferentes atores do campo jurídico, Gilmar Ferreira Mendes, atualmente Ministro do STF, compreende a outorga do direito de propositura a diferentes grupos sociais, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, confederações sindicais e partidos políticos com representação no Congresso, como o acesso a segmentos sociais sobre questões constitucionais, o que tornaria o sistema

¹⁰ “Em outras palavras, a abertura constitucional [ampliação do rol de legitimados] permite que cidadãos, partidos políticos, associações, etc. integrem o círculo de intérpretes da constituição, democratizando o processo interpretativo - na medida em que ele se torna aberto e público - e, ao mesmo tempo, concretizando a constituição.” (Cittadino, 2002, p. 19)

quase com a amplitude de uma “ação popular de inconstitucionalidade” (MENDES, 1996)¹¹

Assim, ampliou-se o leque de agentes legitimados para acionar diretamente o Supremo, um avanço no sentido de permitir que o STF esteja mais aberto às demandas de diversos setores políticos, sociais e corporativos, retirando-se da esfera do Executivo a exclusividade da legitimidade ativa para as denominadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADIn.

Entretanto, o STF tem limitado o acesso de alguns destes novos entes mediante uma interpretação restritiva que será objeto de análise em algumas das frentes explicitadas abaixo. Durante o período analisado, de 1989 a 1994, ocorreu a consolidação desta interpretação, que permanece até os dias atuais.¹²

Passaremos a retratar cada uma das frentes empíricas abordadas no decorrer da tese na ordem de apresentação no seu desenvolvimento .

PRIMEIRA FRENTE EMPÍRICA

A primeira frente é a análise do debate constitucional sobre o desenho institucional do controle de constitucionalidade e do Supremo Tribunal Federal, em especial na participação dos diferentes atores, políticos e jurídicos, e as “lutas simbólicas” travadas entre as diferentes perspectivas defendidas. “Os debates constituintes compõem um

¹¹ A opção por não analisar os partidos políticos na presente tese se dá em virtude do papel que estes representam como entes para demandar a atuação do Tribunal – sua atuação fortalece o direito de oposição. Entretanto, sabemos que as estratégias adotadas pelos partidos implicam em analisar o próprio campo político, pois os interesses políticos advêm da posição dos diferentes atores no campo. Portanto, ampliaríamos demasiadamente o escopo, devendo incluir análises sobre os partidos e sua representatividade tanto no Poder Legislativo quanto no Poder Executivo.

¹² Para registro, apontamos uma inovação que é defendida pela doutrina constitucional como um importante mecanismo de “abertura” constitucional, na linha defendida por Haberle (1997) da “comunidade de intérpretes”: “A Lei nr. 9.868, de 11 de outubro de 1999, contempla uma previsão nova no Direito brasileiro, análoga à do *amicus curiae* do Direito norte-americano: a possibilidade de determinados órgãos ou entidades se manifestarem acerca de matéria levada a julgamento, em caso de relevância da discussão e de representatividade do postulante [parte]” (BARROSO, 2006, p. 149). Assim, durante o processo de controle concentrado de constitucionalidade representantes da sociedade civil podem se manifestar no processo, mesmo que não sejam partes legítimas para propor a ação. Trata-se de uma inovação que é defendida pela doutrina constitucional como um importante mecanismo de “abertura” constitucional, na linha defendida por Haberle (1997) da “comunidade de intérpretes”.

material empírico primoroso para a investigação de como se estabeleceu a relação entre a intenção do constituinte e a prática *ex-post* das instituições, o que pode ser obtida por meio de uma análise da atuação de certos mecanismos em operação.”(SOUZA, 2003, p. 57)

A justificativa para adentrarmos as origens do discurso comunitarista se dá pela própria ausência de pesquisas específicas sobre o assunto. A Constituição de 1988, diferentemente das anteriores, não contou com um anteprojeto, além de ser parte do processo de transição do autoritarismo à democracia política. Isto acarretou uma amplíssima coalização de forças, com composição e soluções de compromisso entre forças díspares. (VIANNA *et al.*, 1999)

Portanto, nosso objetivo nesta primeira frente empírica é analisar a dinâmica sobre a qual se elaborou a Carta, identificando os diversos atores envolvidos e em que medida a *intelligentzia* jurídica (AQUINO, 2002) teve êxito ao inscrever no texto constitucional as marcas do movimento comunitarista no tocante ao desenho institucional do Supremo e o controle concentrado de constitucionalidade.

A história da Constituinte está para ser escrita, em particular no que diz respeito ao intrincado processo que conduziu à aprovação das linhas mestras do anteprojeto Arinos, que teria introduzido os princípios do constitucionalismo comunitário na Carta política, verdadeira mutação institucional em um país dominado pela tradição do positivismo jurídico.Ao que parece, a solução de compromisso a que chegou o constituinte foi a de conferir compensação, por meio de uma incisiva e generosa declaração dos direitos fundamentais, àquilo que não era possível traduzir em conquistas substantivas de alcance imediato. (VIANNA *et al.*, 1999, p. 41)

Para tanto, utilizaremos fontes primárias e secundárias de análise, que proporcionarão vislumbrar a influência comunitarista na escolha do desenho institucional do Supremo por ocasião da Assembléia Nacional Constituinte. O processo constituinte se desenrolou em sete Etapas, a saber (OLIVEIRA, 1993):

Etapa 1 – Preliminar (definição do Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte; Apresentação de sugestões de cidadãos, constituintes e entidades)

Etapa 2 – Subcomissões Temáticas (ao total 24)

Etapa 3 – Comissões Temáticas (Ao total oito Comissões: I – da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; II – da Organização do Estado; III – da Organização dos Poderes e do Sistema de Governo; IV – da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; V – do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; VI – da Ordem Econômica; VII – da Ordem Social; VIII – da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação. Cada Comissão foi ainda dividida em três Subcomissões. Nossa análise se restringiu a Comissão Temática III, e sua Subcomissão “c”: do Poder Judiciário e do Ministério Público)

Etapa 4 – Comissão de Sistematização

Etapa 5 – Plenário (discussão dos Projetos de Constituição A, B e C)

Etapa 6 – Comissão de Redação

Etapa 7 – Epílogo (promulgação)

As etapas 2 a 6 se subdividiram em vinte e três fases, que compreendem a apresentação de anteprojetos, projetos, substitutivos, e as emendas (em ordem alfabética). Assim, em vários momentos distintos os constituintes tiveram oportunidade de opinar sobre os anteprojetos e projetos apresentados pelas Subcomissões, Comissões, Comissão de Sistematização e Plenário. (v. Anexo I)

Para os fins da presente pesquisa, analisamos os seguintes documentos primários das diferentes etapas e fases mencionadas acima:

- a) as emendas, anteprojetos e projetos apresentados perante a Subcomissão IIIc, do Poder Judiciário e do Ministério Público, da Comissão III, da Organização dos Poderes e Sistema de Governo;
- b) as emendas e o anteprojeto apresentado pela Subcomissão Ib – dos direitos políticos, dos direitos coletivos e garantias, pois a proposta apresentada, de criação de um Tribunal Constitucional de Garantias, é mencionada pelos constituintes na Comissão III durante a Etapa 3;
- c) as emendas, anteprojetos, projetos e substitutivos apresentados perante a Comissão de Sistematização, durante a Etapa 4;

d) os Projetos A, B e C apresentados no Plenário na Etapa final.

A análise se concentrou nos artigos 101 e 103 do texto final promulgado, ou seja, o primeiro sobre o desenho institucional do Supremo e o segundo sobre a ação direta de inconstitucionalidade e os entes legítimos a propô-la.¹³

Ademais, algumas informações sobre o Anteprojeto elaborado pela Comissão Afonso Arinos também serão analisadas, pois apesar de apenas em abril de 1987 ter sido apresentado formalmente à Assembléia Nacional Constituinte, o Anteprojeto circulava nos bastidores do Congresso e partes significativas do seu texto foram copiadas.

Outra importante fonte de análise são as audiências públicas em que diversos atores jurídicos como o Conselho Federal da OAB, o Supremo, a Associação dos Magistrados Brasileiros, juristas constitucionalistas, se manifestam sobre o controle de constitucionalidade inclusive apresentando propostas. Neste sentido, a Exposição de Motivos sobre as Sugestões do Supremo Tribunal Federal enviadas à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais presidida pelo professor Afonso Arinos, expostas à Comissão de Organização de Poderes e Sistemas de Governo da Assembléia Nacional Constituinte pelo Ministro Sidney Sanches, é de suma importância para caracterizar o posicionamento do Supremo na relação com o campo político.

O objetivo é traçar as lutas simbólicas travadas entre os atores que defendiam uma concepção “comunitarista” da ordem constitucional, e os que adotavam uma concepção “liberal”, principalmente no tocante à criação do Tribunal Constitucional e/ou das funções a serem desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal no caso de manutenção do desenho institucional das constituições republicanas brasileiras anteriores.

Assim, os diferentes grupos serão classificados como “comunitaristas” e “conservadores”. O grupo dos “comunitaristas” são os que defendem o ideal comunitarista, enquanto os “conservadores” defendem a idéia liberal de Constituição, conhecida como

¹³ No Anexo II da presente tese trazemos um quadro comparativo da redação destes artigos nas diferentes etapas da ANC.

Constituição-garantia¹⁴. Um elemento interessante e intrigante nesta análise é a presença, nos dois grupos, de constituintes juristas, e dentre os conservadores, de membros do próprio Poder Judiciário, em especial do Supremo.

SEGUNDA FRENTE EMPÍRICA¹⁵

No tocante as ADIns, o STF tem interpretado restritivamente o previsto no inciso IX do art. 103, a saber: “confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional”. Este inciso trata das partes legitimadas a propor a ação direta de inconstitucionalidade. Para o STF “confederação sindical e entidade de classe” são apenas aquelas que estejam organizadas nos moldes exigidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, devendo, ainda, comprovar a relação de pertinência, ou seja, é preciso comprovar a vinculação das suas finalidades estatutárias com a lei ou ato normativo que a entidade almeja impugnar (assim, a título exemplificativo, ADIns 42, 61, 271, 714, 913).

Assim, procederemos a uma análise de conteúdo dos pedidos dos processos cujo prosseguimento foi negado diante desta interpretação restritiva do STF sobre os novos agentes legitimados a propor as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins), e que representam a “comunidade de intérpretes”. No intuito de enriquecer o material de análise, também destacaremos os pedidos dos processos em que o Supremo não negou prosseguimento, ou seja, nas ações em que aceitou a entidade de classe ou confederação sindical como parte legítima para propor a ação.

A partir do paradigma “comunitarista” foram definidos critérios de pertinência para a classificação dos pedidos e elaboração de uma grade de análise. O objetivo é analisar se há relação direta ou não entre a interpretação restritiva do Supremo e pedidos de cunho “comunitarista” por parte destes novos entes. Estes pedidos poderiam ser enquadrados como de cunho “comunitarista” ou, independentemente da interpretação jurisprudencial dominante, estes pedidos não estavam diretamente relacionados aos interesses previstos

¹⁴ Expressão que designaria os defensores de um documento constitucional mais preocupado em definir as liberdades “negativas”, ou seja, os limites da intervenção do Estado na esfera privada.

¹⁵ Para facilitar a leitura, esclarecemos que a fonte de todas as ADIns analisadas é www.stf.gov.br, ícones “jurisprudência” e “inteiro teor dos acórdãos”.

nos respectivos estatutos das entidades/confederações (relação de pertinência)? Esta interpretação restritiva atrela o pedido a expectativas particulares de direito, ou seja, à defesa de uma pauta de natureza corporativa.

Bresser Pereira (1997) defende que entre os interesses de terceira geração¹⁶, alguns novos direitos passam a ser positivados, como é o caso dos interesses difusos, que ele chama de direitos republicanos. “Entendemos como direitos republicanos os direitos que cada cidadão tem que os bens públicos – os bens que são de todos e para todos – permaneçam públicos, não sejam capturados por indivíduos ou grupos de interesse” (p. 119). Conforme salientaremos, o Supremo não acatou pedido da ABRADE (Associação Brasileira de Defesa do Cidadão) que, a nosso ver, pode ilustrar bem a idéia de “direitos republicanos”, vinculados a um ideal comunitarista. Assim, os temas dos pedidos das ADIns analisadas foram categorizados buscando relacioná-los com um cunho comunitarista, ou não, e uma das alternativas utilizadas para a classificação é a de relacioná-los à idéia de direitos difusos ou direitos republicanos.

A interpretação dada pelo STF é traçada a partir das exigências estabelecidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Os artigos 533 e 535 da CLT regulam as entidades sindicais e seus diversos graus, constituindo as “confederações sindicais” como as entidades de nível mais elevado na hierarquia dos entes sindicais, sempre de âmbito nacional e com representação das categorias econômicas ou profissionais que lhes correspondem. Assim, as confederações sindicais deverão ser integradas, no mínimo, por três federações.

Sob o prisma que nos interessa, é inquestionável que se manteve, agora com hierarquia e rigidez constitucionais, o sistema confederativo da CLT, formado de sindicatos, federações e confederações e dominado pelo princípio básico da unicidade, nos diversos graus, de representação da categoria ou grupo de categorias... (ADIn 271, voto Ministro Sepúlveda Pertence)

¹⁶ O autor apresenta as gerações de direitos da seguinte forma: os direitos civis, de primeira geração, compreendem as “liberdades negativas” pois defendem a esfera privada da atuação arbitrária do Estado; os direitos políticos e sociais, de segunda geração, demandam uma ação “positiva” do Estado; e os de terceira geração são os direitos republicanos.

Portanto, sindicatos, federações e centrais sindicais não têm legitimidade ativa reconhecida pelo Supremo, como por exemplo a Central Única dos Trabalhadores (CUT). Associações de associações¹⁷ também não têm sido aceitas, como a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal – ADPF. Isto porque, para o Supremo, entidades que congreguem pessoas jurídicas não são entidades de classe.

No que concerne a “entidade de classe” de âmbito nacional (“segunda parte” do inciso IX do art. 103 da Constituição), vem o STF emprestando-lhe compreensão sempre a partir da representação de interesses profissionais definidos. Não se trata, assim, apenas, de classe, no mero sentido de um certo estrato ou segmento da sociedade; cumpre se informe a noção de “classe” de conteúdo, profissional ou econômico, determinado. Assim, têm se admitido como entidade de classe de âmbito nacional a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação Nacional do Ministério Público, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia, associações nacionais de áreas da produção, do comércio e da indústria. (ADIn 894, relatório Ministro Néri da Silveira)

Para o Supremo trata-se, nesses casos, do exercício da liberdade de associação e que não resume atividade sindical propriamente dita, uma vez que representa interesses de sindicatos e associações profissionais de trabalhadores de qualquer categoria.

Nesta linha de entendimento, o Supremo recusou ADIn proposta pela UNE – União Nacional de Estudantes:

Enquanto se empresta à cláusula constitucional em exame, ao lado da cláusula “confederação sindical”, constante da primeira parte do dispositivo maior em referência, conteúdo imediatamente dirigido à idéia de “profissão”, - entendendo-se “classe” no sentido não de simples segmento social, de “classe social”, mas de “categoria profissional”, - não cabe reconhecer a UNE enquadramento na regra constitucional aludida. As “confederações sindicais” são entidades do nível mais elevado na hierarquia dos entes sindicais, assim como definida na Consolidação das Leis do Trabalho, sempre de âmbito nacional e com representação máxima das categorias econômicas ou profissionais que lhes correspondem. No que concerne às “entidades de classe de âmbito nacional” (2 parte do inciso IX do art. 103 da Constituição), vem o STF conferindo-lhes compreensão sempre a partir da representação nacional efetiva de interesses profissionais definidos. Ora, os membros da denominada “classe estudantil” ou, mais limitadamente, da “classe estudantil universitária”, freqüentando os estabelecimentos de ensino público ou privado, na busca do

¹⁷ Cumpre salientar que em 12 de agosto de 2004 o Plenário do Supremo abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de “segundo grau”, ou seja, as “associações de associações”. (cf. ADIn 3.153-DF e ADIn 2.794-DF)

aprimoramento de sua educação na escola, visam, sem dúvida, tanto ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao preparo para o exercício da cidadania, como à qualificação para o trabalho. Não se cuida, entretanto, nessa situação, do exercício de uma profissão, no sentido do art. 5, XIII, da Lei Fundamental de 1988.(EMENTA ADIn 894)

No tocante à segunda linha de interpretação restritiva mencionada, esta exige que os objetivos das entidades ou confederações tenham relação de pertinência com o pedido questionado na ADIn. A relação de pertinência significa que deve haver relação direta entre o objeto do ato normativo questionado na ADIn e o estatuto da entidade de classe ou confederação sindical. Assim, a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB deverá comprovar que o ato normativo questionado tem relação com os magistrados, por exemplo.¹⁸

Torna-se claro, portanto, o embate na própria jurisprudência do STF entre duas abordagens: enquanto a própria CF amplia o rol de legitimados para a interpretação constitucional, tendo como pano de fundo a abordagem comunitarista, o STF restringe a interpretação da Constituição, tendo em vista princípios do Direito, o que reflete uma abordagem de cunho liberal, de defesa de uma Constituição-garantia. Este é o primeiro exemplo de interpretação dada pelo STF que restringe aquilo que a Constituição inovou: a criação da “comunidade de intérpretes”. Por isso, também será analisado o discurso do Supremo na definição desta jurisprudência e os motivos alegados para a interpretação restritiva da ampliação de entes legitimados para propor a ação junto ao Tribunal.

TERCEIRA FRENTE EMPÍRICA

Na mesma linha de análise dos pedidos solicitados pelas entidades de classe e confederações sindicais, analisaremos os pedidos dos processos propostos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. O Supremo entendeu que a OAB, pelo seu estatuto, não precisaria comprovar a relação de pertinência, ou seja, ligação direta entre seu estatuto e o pedido demandado na ação, tendo em vista que protege a “cidadania” como um todo.

¹⁸ Conforme apontaremos no Capítulo 6, houve um debate sobre a abrangência dos temas que a AMB, ator do campo jurídico, poderia questionar quando relacionados com o Poder Judiciário.

O Estatuto da OAB (Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994) assim descreve como uma de suas finalidades:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil

O Ministro Moreira Alves, relator da ADIn 3, se manifesta da seguinte maneira:

Em se tratando do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sua colocação no elenco que se encontra no mencionado artigo, e que a distingue das demais entidades de classe de âmbito nacional, deve ser interpretada como feita para lhe permitir, na defesa da ordem jurídica com o primado da Constituição Federal, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra qualquer ato normativo que possa ser objeto dessa ação; independe do requisito da pertinência temática entre o seu conteúdo e o interesse dos advogados como tais de que a Ordem é entidade de classe.

Nossa pergunta é: os pedidos refletem este “ideal” maior da OAB, de cunho “comunitarista”, ou estão todos vinculados ao exercício da profissão? A Constituição de 1988 prevê, no artigo 133, que o advogado “é indispensável à administração da justiça”. A qual finalidade o Conselho tem se vinculado quando propõe as ADIns durante o período analisado? De defesa do exercício da advocacia ou dos direitos “republicanos”?

A análise dos pedidos propostos por este outro ator da “comunidade de intérpretes” se justifica diante da noção de campo jurídico utilizada na presente tese. O Conselho Federal da OAB representa um importante ator neste campo jurídico. Atribui-se, inclusive, sua inclusão no rol dos legitimados a propor a ADIn à sua atuação decisiva no processo de redemocratização do País.(BARROSO, 1998)¹⁹

¹⁹ Cumpre registrar a presença da Ordem dos Advogados do Brasil em outros dispositivos constitucionais, o que demonstra sua influência no campo político, que retomaremos mais adiante: art. 93, I; 129, § 3; 130-A; e 132, todos com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nr. 45, de 08.12.2004.

Ao permitir que este agente não precise justificar e/ou relacionar seu pedido na ação direta de inconstitucionalidade com o seu estatuto, o Supremo utilizou uma interpretação mais extensiva do dispositivo constitucional, diferentemente da efetuada, com relação aos entes representativos da sociedade, as entidades de classe e as confederações sindicais.

Em uma tentativa de justificar a interpretação do Supremo, Luís Roberto Barroso (2006) aponta que o órgão se encontra em dispositivo autônomo, diverso do que cuida da legitimidade das entidades de classe de âmbito nacional. “Esse tratamento diferenciado levou a jurisprudência a excluir a OAB de determinadas restrições aplicáveis a outras entidades, notadamente a pertinência temática” (p. 142)

Entretanto, nossa hipótese parte de viés divergente: nosso ponto de partida é a dinâmica de interesses dos atores e do seu posicionamento dentro do campo jurídico, os interesses do Supremo em se legitimar perante estes mesmo atores.

1.4 – Considerações Finais

O campo jurídico obedece a uma lógica autônoma, que por isto mesmo o isola dos demais, aparentando para a coletividade uma situação de autonomia e neutralidade. A partir desta noção, a presente tese proporcionará reflexões acerca da atuação do STF após a Constituição de 1988 e a relação do Tribunal com o ambiente democrático, em especial com outros atores envolvidos no processo de consolidação democrática brasileira, ou seja, a “comunidade de intérpretes”. Trata-se da análise da dinâmica sócio-política do STF diante do processo de reconstrução da democracia no Brasil.

Conforme já mencionado, a questão da busca pela legitimidade será recorrente na tese. Isto porque no campo jurídico o discurso da neutralidade escamoteia criações jurídicas que podem representar ou não mecanismos de emancipação social, de uma democracia participativa como defende o ideal comunitarista. Assim, o trabalho de racionalização do discurso confere eficácia simbólica à decisão judicial, reconhecendo-a como legítima, ainda que se questione os interesses implícitos nesta mesma decisão.

Esta tensão interna no discurso jurídico, que afeta a participação da sociedade e, conseqüentemente, a concretização do ideal comunitarista da Constituição de 1988, será objeto de análise na presente tese. As “lutas simbólicas” travadas no interior do campo jurídico e na relação com outros campos, o político e o social, refletem diferentes posicionamentos sobre o papel do Direito na nova ordem democrática.

Como órgão superior do Poder Judiciário cuja manifestação exerce o efeito paradigmático nas outras instâncias judiciais e no campo jurídico como um todo, o Supremo pode exercer um importante efeito simbólico no contexto de retomada democrática. Trata-se do caráter emancipatório mencionado anteriormente, onde o Poder Judiciário passa a influenciar de maneira favorável a realidade social e política dos movimentos sociais e da própria atuação do Estado. As funções simbólicas dos tribunais são mais amplas que as políticas porque comprometem todo o sistema social, o que acarreta o debate da legitimidade do Direito e dos tribunais, e até mesmo o papel dos tribunais, em especial os constitucionais, no processo de consolidação democrática. (Sousa Santos *et al.*, 1996)

Entretanto, ele não age sozinho, e o paradoxo a ser analisado nesta tese é um inconformismo de baixa intensidade, que não mobiliza suficientemente a sociedade para que esta provoque o Tribunal a defender o ideal comunitarista como última instância no quadro estatal.²⁰

Isto porque a matriz individualista do pensamento liberal sugere mais a idéia de *abstenção*²¹, e o pensamento comunitarista a idéia de *atitude*, de primazia da autonomia pública sobre os interesses privados:

²⁰ Em interessante análise sobre a atuação do Tribunal Constitucional Colombiano, os autores concluem que “As decisões do Tribunal têm uma dimensão constitutiva importante na medida em que criam, ajudam a criar ou fortalecem a identidade do sujeito político. Isto é especialmente claro quando se trata dos chamados novos movimentos sociais (new social movements), que reivindicam reconhecimentos de gênero, culturas ou opiniões. O Tribunal tem contribuído para forjar a identidade política desses atores, e por essa mesma via forjar sua própria identidade.” (UPRIMNY; GARCÍA-VILLEGAS, 2002, p. 322)

²¹ “Seja na abordagem da justiça, que a afirma como imparcialidade perante indivíduos que legitimam projetos pessoais de vida, seja na proposta de uma Constituição-garantia, que se contenta com a limitação dos alcances da deliberação pública, o justo e o jurídico emanam de moralidades universais providas de uma obrigatoriedade que dispensa homens e mulheres do trabalho cotidiano de alimentá-los e recriá-los em seus modos de vida particulares.” (SCHMIDT, 2004, p. 287)

Ao negar o individualismo como ponto de partida, o pensamento comunitário encadeia uma idéia do Direito que sugere *atitude*. A abordagem particularista possibilita o entendimento de que um compromisso agudo com a justiça e os direitos tem que orientar o esforço pela preservação da comunidade que lhes dá vida. E isso ocorre porque nenhuma moralidade pode existir sem que haja homens e mulheres que a compartilhem, de onde resulta que nenhum direito é real sem que exista uma coletividade que o valorize e sustente. (SCHMIDT, 2004, p. 287)

Newton Bignotto (2002) destaca que a grande contribuição do humanismo cívico²² reside no resgate da relação do homem com a política. Não um retorno ingênuo em uma sociedade capitalista, povoada de interesses de natureza mercantil e financeira, mas defender o bem comum acima do interesse privado, pois assim se estará escolhendo o bem maior para o próprio indivíduo.²³

Portanto, tendo como pano de fundo esta possibilidade de resgate da ação política e da controvérsia liberal-comunitarista que a presente tese versará sobre a dinâmica dos campos político, jurídico e social no contexto brasileiro após a promulgação da Constituição de 1988. A análise se concentra na dinâmica de interesses dos atores específicos responsáveis pela “recriação republicana” (VIANNA; CARVALHO, 2002) no tocante a um tema específico: a proteção do texto constitucional.

²² Conforme apontaremos no capítulo 3, aqui utilizamos humanismo cívico como sinônimo do republicanismo, corrente da Filosofia Política.

²³ O autor ainda acrescenta que: “É claro que nas sociedades atuais não é tão fácil dizer qual é o bem público, e através de quais mecanismos estamos seguros de expressá-lo, mas o humanismo cívico nos ajuda a ver que essa não é uma alternativa a ser descartada simplesmente centrando a sociedade no indivíduo e nos desempenhos individuais garantidos por um corpo de leis. Se de fato a noção de bem público pode nos parecer abstrata, a idéia de que o melhor para todos é a somatória dos interesses particulares, também não possui a objetividade alegada por alguns teóricos.” (p. 64)

CAPÍTULO 2 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 – Introdução

O objeto principal desta tese é o Supremo Tribunal Federal e sua relação com o discurso comunitarista. A problemática se inicia durante o processo constituinte e prossegue na jurisprudência do Tribunal durante os primeiros seis anos após a promulgação da Constituição de 1988, responsável pelo mencionado discurso. Antes de adentrarmos ao novo paradigma comunitarista, é preciso detalhar o objeto.

O presente capítulo explicará em que se constitui o controle de constitucionalidade, principal função do Supremo, tratando de suas origens, características e modelos. Incluímos também a história do controle nas Constituições brasileiras. Em linhas gerais, o controle de constitucionalidade se resume em um sistema que visa “proteger” o texto constitucional. Assim, todo o ordenamento jurídico deverá observar o disposto no texto constitucional. E para desempenhar esta “proteção” é que se configuram dois modelos básicos de controle, o difuso e o concentrado.

Na verdade, juridicamente todas as Constituições modernas “são tomadas como lei maior cujos princípios básicos devem nortear a vida da sociedade e do Estado, à qual devem concordância a legislação ordinária produzida pelos Parlamentos e os atos normativos editados pelos Executivos. Mas nem todas têm o mesmo estatuto político, decorrendo daí a diversidade de arranjos institucionais de poder, em particular, as formas de controle constitucional”. (ARANTES, 1997, p. 58/9)

Ademais, será traçado o desenho institucional elaborado pela Constituição de 1988. Salientamos que o presente capítulo versará apenas sobre as inovações incorporadas ao texto constitucional, sem adentrar em referenciais teóricos sobre as origens destas inovações, o que será feito no próximo capítulo.

Entretanto, iniciaremos o capítulo com o percurso histórico do Supremo Tribunal, buscando delinear sua atuação institucional, que acompanha a própria história do Estado

Brasileiro, e as interrupções autoritárias a que foi submetido. Podemos atribuir a estas interrupções uma parcela de responsabilidade na dificuldade dos atores jurídicos de romper com estruturas anteriores, pouco abertas a novos paradigmas.

Neste sentido, outra importante abordagem quando da análise do Poder Judiciário Brasileiro é com os estudos que demonstram sua relação com a formação do Estado Brasileiro e com uma identificação de cunho “elitista”, uma reminiscência dos períodos colonial e imperial. Neste sentido, José Murilo de Carvalho (1980) busca traçar uma conexão entre as elites imperiais e a formação do Estado brasileiro a partir das influências da elite política portuguesa. Assim, o autor conclui que a política portuguesa de não permitir a instalação de estabelecimentos de ensino superior nas colônias em muito contribuiu para a unificação da elite brasileira: “A elite brasileira, particularmente na primeira metade do século XIX, teria treinamento em Coimbra, concentrado na formação jurídica, e seria, em sua grande maioria, parte do funcionalismo público, especialmente da magistratura e do Exército” (p. 34/5)

O autor ainda define o emprego público como uma das ocupações (profissões) que poderia desenvolver orientações favoráveis ao fortalecimento do Estado, em especial os magistrados que apresentavam a combinação dos elementos intelectuais, ideológicos e práticos favoráveis ao estatismo.²⁴ Neste sentido, o domínio de funcionários públicos se constituiu em um fator de unificação da elite imperial e, no âmbito dos magistrados, os interesses particulares do funcionário, e os interesses públicos do cargo, freqüentemente se confundiam, e os cargos passavam a ser uma propriedade dos ocupantes, como já ocorrera durante o período colonial: “Muitos elementos dessa forma de controle caracterizaram os níveis mais baixos da burocracia portuguesa, mesmo após movimentos para o estabelecimento da hierarquia, da especialização e da orientação para a tarefa da administração burocrática ‘racional’”(SCHWARTZ, 1979, p. XV).

²⁴ O mesmo autor, em “Cidadania no Brasil – o longo caminho”, destaca a tendência brasileira a excessiva valorização do Poder Executivo, o que ele chama de “estadania”, em contraste com a cidadania. “O Estado é sempre visto como todo-poderoso, na pior hipótese como repressor e cobrador de impostos; na melhor, como um distribuidor paternalista de empregos e favores. A ação política nessa visão é sobretudo orientada para a negociação direta com o governo, sem passar pela mediação da representação” (2004, p. 221)

Em análise sobre os magistrados durante o período anterior, o colonial, Stuart Schwartz (1979) já aponta os magistrados do século XVII como um grupo de burocratas elitizados, fiéis servidores reais movidos por generosas promoções e interesses pessoais. O cargo representava prestígio, dinheiro e *status*, o que acabou por construir a magistratura como um ramo da burocracia real e, ao mesmo tempo, um grupo social específico.

Entretanto, o custo desta elitização foi o distanciamento da realidade social:

Apesar de certos vestígios ‘patrimoniais’ do governo – cargos concedidos por causa do status que lhes era imputado e a venda de outros ou a sua doação como recompensa -, o processo de burocratização, baseado na existência da elite burocrática profissional, tinha um papel cada vez mais importante na administração governamental. A Coroa havia promovido a profissionalização dos burocratas ligados à magistratura e à formulação de objetivos, normas e motivações profissionais numa tentativa de tornar esses homens em servidores obedientes dos interesses reais. Esta teoria de administração burocrática não levava em consideração a realidade social. (SCHWARTZ, 1979, 223/4)

Mas justamente por sua educação, pela ocupação e pelo treinamento, esta elite brasileira era totalmente não-representativa da população do país, inclusive porque a unidade da elite era ideológica, e não social. “O domínio de funcionários públicos na elite política significava na verdade que os representantes da sociedade eram ao mesmo tempo representantes do Estado. Mas exatamente por isso tiveram êxito em sua tarefa de construção do poder nacional, embora com certeza fracassaram na tarefa de ampliar as bases do poder” (CARVALHO, 1980, p. 91).

Por ocasião da Proclamação da República, Raymundo Faoro (2000) destaca que o Supremo Tribunal Federal tinha superioridade arbitral apenas nominalmente, pois a própria Constituição tinha cunho puramente nominal, como se estivesse despida de energia normativa, incapaz de limitar o poder ou conter os titulares dentro de papéis prévia e rigidamente fixados.

Continuaria a operar a mesma prática imperial, em que as ficções constitucionais assumem o caráter de um disfarce, para que, à sombra da legitimidade artificialmente montada, se imponham as forças sociais e políticas sem obediência às fórmulas impressas. Era hipocrisia constitucional, tão duramente denunciada pelos críticos do antigo regime...Havia, nesse anseio de

fazer da vida política o reflexo de um plano, a inspiração velha do estamento²⁵, isolado da realidade, perdido nos seus cálculos, altaneiro ao povo”. (FAORO, 2000, p. 77)

Percebe-se, portanto, a origem da crítica ao caráter elitista do Poder Judiciário, inclusive diante de “cópias” de Constituições estrangeiras, como no caso da Constituição de 1891. O transplante judiciário falhara, pois a entrega foi feita a uma sociedade que não era livre e carecia de elementos vivos de coesão. A elite que copiava instituições e imagens não fazia outra coisa senão mascarar o lado externo das coisas. Conforme salienta José Reinaldo de Lima Lopes (1997), a justiça como administração era um mito nas origens do Judiciário brasileiro, permitindo ainda que o Judiciário se isolasse das lutas políticas e da sociedade como um todo, o que causou uma crise de legitimidade. (p. 130/1)

Na linha defendida por José Murilo de Carvalho (1980), da conexão entre política e Judiciário, podemos apontar dados de Ariosto Teixeira (1997) sobre a própria composição do Supremo. Na sua origem, há uma predominância do perfil essencialmente político, com 50% dos membros tendo sido governadores estaduais durante a primeira década de funcionamento. Este percentual se reduz para 8% a partir das nomeações efetuadas entre 1921 e 1940, e cai a zero a partir de 1981, assim como a participação de ex-deputados federais e estaduais e ex-senadores, apesar de estes terem sempre assegurado uma cota nunca inferior de 10% em todos os tempos. Aumentou o percentual de ministros com antecedentes profissionais na carreira de magistrado, nos primeiros 10 anos somente 2,5% eram atores da magistratura, e chegou a 45% desde 1981.

Este breve relato sobre a relação entre a magistratura e o Estado brasileiro se apresenta útil para apontarmos desde já uma das hipóteses da presente tese: a preocupação dos atores jurídicos, em especial o Supremo, com a legitimidade interna ao próprio campo jurídico, num tipo perverso de alienação às questões sociais, e de preocupação com a manutenção do *status* e do reconhecimento jurídico.

²⁵ Apesar de não ser objeto específico da presente tese, é preciso mencionar a crítica feita por José Murilo de Carvalho esta idéia de “estamento” de Faoro. Para o autor, tratava-se de uma elite política formada através de treinamento, “à qual se chegava por vários caminhos, os principais sendo alguns setores da burocracia, como a magistratura... O segredo da duração dessa elite estava, em parte, exatamente no fato de não ter a estrutura rígida de um estamento, de dar a ilusão de acessibilidade, isto é, estava em sua capacidade de cooptação de inimigos potenciais” (1980, p. 118)

2.2– Percurso Histórico da instituição

O percurso histórico do Supremo Tribunal Federal se inicia durante o Império. O Supremo Tribunal de Justiça previsto na Carta Imperial de 1824 foi instalado em 1829, data em que, reunido em sessão plenária, elegeu o seu primeiro Presidente, Ministro José Albano Fragoso, natural de Lisboa/Portugal, formado em Direito pela Universidade de Coimbra.

Diante do regime monárquico, onde a Coroa ocupava posição predominante, não havia espaço para independência e autonomia. Cabia ao Monarca a solução de problemas de ordem interna e de exclusivo interesse do Tribunal. Do ponto de vista político, ou seja, das relações entre os poderes, também não havia muito que fazer: diante do Estado unitário, e do princípio da subordinação hierárquica, não existiam conflitos entre o governo central e os provinciais, e os conflitos entre Ministério e a Assembléia Geral eram amortecidos pelo sistema de governo de índole parlamentar.

Além disso, a rigidez²⁶ parcial da Constituição dispensava maior vigilância do poder judicial, pois somente era matéria constitucional o que dizia respeito aos limites e atribuições dos poderes políticos e aos direitos dos cidadãos, sendo que o restante poderia ser revogado ou alterado pela própria legislação ordinária, o que não proporcionava espaço para adensamento da teoria da revisão da constitucionalidade das leis.(TRIGUEIRO, 1978)

Sob a Monarquia, as instituições brasileiras inspiravam-se no Direito europeu, mantendo fidelidade relativa às origens portuguesas, o que refletiu no pensamento dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça: afeição ao Direito Romano e Reinal, alguns também à cultura francesa e inglesa, tradicionalistas leais às instituições monárquicas. Eram dezessete juízes, dos quais cinco eram portugueses de nascimento, sete brasileiros natos, e dos quatro restantes ignora-se a nacionalidade ou naturalidade. (BALEIRO, 1968)

²⁶ O caráter de rigidez de uma constituição está atrelado à possibilidade de alteração do texto constitucional. Quando esta alteração só pode ser efetuada mediante emenda constitucional aprovada por quorum especial (processo específico), a constituição é considerada rígida. Quando, por outro lado, as alterações seguem o processo legislativo comum, a constituição é tida como flexível.

Deste fato advém o primeiro percalço na história do STF, destacado por alguns autores: por questão de economia, ou talvez por pressões pessoais, aproveitaram-se os juízes da instituição imperial por ocasião da Proclamação da República. Este aproveitamento foi contraproducente, pois os antigos juízes eram muito idosos e de espírito conservador, que aderiram à República, mas cuja mentalidade permaneceu no passado, sem adesão convicta ao sistema que se implantava. A nova missão política era complexa, pois implicava adaptar-se ao novo modelo adotado, o norte americano.

De fato, no Império a Justiça era subordinada ao rei, inexistindo a tradição de resistência institucional ao poder imperial do Executivo, o que também dificultou a consagração da tripartição dos poderes por ocasião da proclamação da República. (BALEEIRO, 1968) Assim, a permanência dos mesmos atores no quadro institucional do Supremo implicou um continuísmo “interno” que levanta dúvidas sobre o comprometimento ao novo modelo adotado. Conforme veremos, esta também será uma questão levantada por ocasião da Constituição de 1988 e o processo de transição democrática.

Diferentemente do seu predecessor, a Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891 copiou grande parte do sistema americano de governo presidencialista. Ao Supremo Tribunal Federal foi outorgado o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis, nos moldes da Corte Suprema americana, utilizando o sistema difuso de controle da constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz ou tribunal poderia, no caso concreto, afastar a aplicação de lei, por considerá-la inconstitucional.

Com a proclamação da República, o novo órgão de cúpula da Justiça no Brasil foi o Supremo Tribunal Federal organizado com fundamento no Decreto nº 848, de 11/10/1890, editado pelo Governo Provisório da República, e previsto constitucionalmente nos arts. 55 e 56 da Constituição Republicana de 1891. O órgão foi instalado a 28 de fevereiro de 1891, com quinze juízes de “notável saber e reputação, e elegíveis para o Senado”, com 35 anos de idade mínima, vitalícios e com vencimentos irredutíveis, com a incumbência de julgar, em última instância, as causas mais importantes e a de proferir a última palavra na interpretação do Direito escrito. (RODRIGUES, 1965)

Nas palavras de Campos Sales, então Ministro da Justiça, na exposição de motivos ao Decreto nº 848, de 1890:

A magistratura, que agora se instala no país graças ao régimen republicano, não é um instrumento cego, ou mero intérprete, na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme, ou contrária à lei orgânica... Aí está posta a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no régimen decaído, e aquêl que agora se inaugura, calcado sôbre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto, na elevada esfera de sua atividade, para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros podêres, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão... Ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo. (sic) (RODRIGUES, 1965, p. 2)

No tocante às suas atribuições, os publicistas da época ressaltavam sua função política, como supremo intérprete da Constituição. E, desde então, já surgiam pressões políticas. Um exemplo das dificuldades enfrentadas pelo Supremo na primeira década republicana, no exercício de sua missão constitucional, foi a declaração de nulidade do Código Penal da Marinha, de 7 de março de 1891, em decisão de 18 de agosto de 1893, no *Habeas-Corpus* nº 410. O Supremo entendeu que, já na vigência da Constituição de 1891, o Ministro da Marinha não poderia decretá-lo com base em autorização dada por ato do Governo Provisório. Aristides Lôbo, líder governista, escreveu que o Tribunal incorrera em crime perante o Senado, expressando a ira política de Floriano Peixoto, o Presidente da República à época. Este deixou de preencher sete vagas do Supremo, o que impossibilitou o seu funcionamento por alguns meses, e quando preencheu, desdenhou a tradicional especialização do bacharelismo²⁷, nomeando um médico e dois generais. Trata-se de típico exemplo de “luta simbólica” por poder entre Supremo, Poder Legislativo e Poder Executivo.

Portanto, o primeiro decênio foi marcado pela implantação, afirmação, superação dos obstáculos, dissídio com o Poder Executivo, e de conscientização do papel fundamental de guardião dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, além do clima

²⁷ A Constituição se referia apenas a “notável saber e reputação”, sem qualificá-lo de “jurídico”, como o faz a Constituição atual (BALEIRO, 1968, p. 25).

de instabilidade política e de hostilidade pelo governo. Tanto que, provavelmente face à nova missão e à dificuldade de adaptação ao novo modelo adotado, pouco mais de um ano depois de instalado, o STF já se achava renovado em quase a metade, com sucessivas aposentadorias.

Conforme salientado anteriormente, os Juízes da nova Corte foram “aproveitados” do Supremo Tribunal de Justiça Imperial, sendo que apenas quatro tinham menos de 60 anos. Todos haviam se formado sob outras instituições, fortes na legislação portuguesa, com incursões na literatura jurídica francesa, um pouco da alemã, mas nenhuma familiaridade com a americana, e muito menos com a novidade de um Tribunal recusar execução a uma lei, porque em contradição com os mandamentos constitucionais. Já os novos membros da Corte eram juristas que haviam participado da Constituinte e que discutiram sua organização.

Pode-se dizer, ainda, que a história do Supremo se confunde com a própria história política nacional nesta fase inicial e difícil. Nas palavras do Ministro Oswaldo Trigueiro, em conferência de 1978:

Como não podia deixar de ser, a história do Supremo Tribunal reflete as transformações da República. De 1891 a 1898 tivemos a deposição do primeiro Presidente, a rebelião dos generais contra o segundo, a revolta da Marinha, a guerra civil no Sul, a campanha de Canudos. Foi essa fase fértil em atos de arbítrio – prisões, desterros, expurgos nas Forças Armadas, atentados contra as imunidades parlamentares. Era para o Supremo Tribunal que apelavam todas as vítimas, na ilusão de que o Poder Judiciário podia realizar o milagre de submeter as revoluções e as lutas civis à disciplina do direito escrito.(MARINHO; ROSAS, 1982, p. 16)

Após esta fase inicial, entre 1898 e 1930, o país atravessou um período comparativamente sereno, no qual o STF desempenhou suas funções sem atritos com os outros poderes, durante a época da chamada política “café com leite” (alternância entre mineiros e paulistas na presidência da República).

Com a promulgação da Constituição de 1934, o Supremo passou a ser denominado Corte Suprema e profundas e significativas alterações foram introduzidas no sistema de controle da constitucionalidade das leis, das quais destacamos: competência do Senado

Federal para suspender a execução de qualquer lei ou ato declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, emprestando efeito *erga omnes* (para todos) à decisão da Corte; e o instituto da representação interventiva para fins de intervenção federal nos Estados. Estas duas alterações se apresentam como as primeiras tentativas de inserir no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro o controle concentrado.

Para fins da presente análise, cumpre salientar o fato de que por ocasião da Constituinte de 1934, foi apresentado projeto de criação de uma Corte Constitucional, inspirada no modelo austríaco, confiando à Corte o monopólio de censura das leis federais e estaduais. A Corte seria composta por nove membros escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal (2), pelo Parlamento Nacional (2), pelo Presidente da República (2) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (3), devendo ser eleitos nove suplentes. (MENDES, 1996, p. 27) A proposta representa uma inovação na composição do Supremo, que permitiria a representação de outros atores, do campo jurídico e do campo político: ampliar-se-ia a influência dos advogados, e dos políticos com as indicações feitas pelos poderes Legislativo e Executivo.

Com o advento do Estado Novo, o STF perdeu muito de sua autonomia, inclusive com a punição para os Ministros que se manifestassem contrariamente ao movimento. O Chefe do Poder Executivo deixou claro que a atividade de controle de constitucionalidade das leis, exercida pelo STF, não seria respeitada pelo governo, se este considerasse que a decisão contrariasse o interesse nacional, conforme ocorreu no Decreto-Lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939, que cassou a declaração de inconstitucionalidade de lei tributária proferida pelo Supremo. O sistema de controle da constitucionalidade passou a existir apenas no papel, como toda a estrutura legal que pretendia legitimar o governo.

À exceção dos Ministros afastados, não houve resistência por parte do STF à ditadura getuliana. Tanto que, em 1942, o então Presidente, Ministro Eduardo Espínola, na sessão do dia 7 de abril, elogiou a atuação do governo:

(...) o Supremo Tribunal Federal, fiel às suas tradições, cômico da proeminência da função que lhe reservou a Constituição, tem sempre exercido integralmente e com a máxima eficiência os deveres e direitos que lhe competem, prestigiando quando oportuno, no âmbito de sua competência, a

ação política e administrativa do Poder Executivo, que vemos empenhado na obra salutar e patriótica de salvaguardar a pureza de nossas instituições, a plenitude dos interesses nacionais, o respeito de nossa soberania e independência.

Aproveito a oportunidade para manifestar o nosso apoio e a nossa solidariedade a S. Excia. o Sr. Presidente da República pelos atos que tem praticado e venha a praticar na defesa da honra, da soberania e dos interesses nacionais. (sic).(BOMFIM, 1979, p. 55)

Com o retorno ao regime democrático após 1946, a única interferência na autonomia do Tribunal ocorreu com a aprovação pelo Congresso de um projeto de lei do Deputado João Agripino, sancionado pelo Presidente da República, e que reduzia a competência do Supremo, quase o subordinando ao Legislativo, no tocante à organização dos serviços de sua secretaria. Desta vez, a reação dos Ministros não tardou: em sessão plenária de junho de 1958, por unanimidade de votos, declarou-se a referida lei inconstitucional, uma nítida expressão de posicionamento na busca pelo “poder simbólico” no quadro institucional do Estado à época.

O Ato Institucional nº 5 (AI 5), de 1968, após golpe militar de 1964, conferiu ao Chefe do Poder Executivo Federal poderes quase ilimitados, permitindo demissões, remoções, aposentadorias, ou disponibilidades dos magistrados, sendo suspensas as garantias constitucionais da vitaliciedade e inamovibilidade. Esta supressão das garantias de autonomia do Judiciário possibilitou a aposentadoria compulsória dos Ministros que não se submeteram ao regime de exceção. Ademais, retirou-se a competência para julgar os atos provindos da Presidência da República, do Conselho de Segurança Nacional ou da Junta Militar de 1969.

Entretanto, ultrapassados os confrontos iniciais, e afastados os cinco Ministros contrários ao novo regime, o STF não apresentou mais resistência ao governo militar. José Reinaldo de Lima Lopes (2000) destaca que foram afastados “apenas cinco ministros”, do que se infere que o Judiciário aceitou ou, de certo modo, legitimou a intromissão do Poder Executivo nas suas funções de dizer o direito: “Este período histórico deixa patente como, através de seus órgãos de cúpula, o Judiciário abdicou de sua autonomia” (p. 128).

É de se salientar, ainda, que a Constituição autoritária de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1, de 1969, mantiveram a estrutura básica do Poder Judiciário. O art. 113 da referida Constituição alterou a composição do Supremo, aumentando para dezesseis o número de Ministros, sendo que o Ato Institucional nº 6 reduziria novamente o número para onze.

O período de transição democrática tem sido pouco estudado. Houve um grande silêncio por parte do STF no tocante à reconstrução do Estado de Direito e da democracia, destacando-se, inclusive, o elevado nível de continuidade do quadro de pessoal que chegou ao poder no período militar, o que contribuiu para uma certa lentidão no processo de transição. A transição política para a democracia de 1945 levantou uma questão a ser suscitada também para o processo democrático pós-64: o controle da transição pelos “de dentro”, ou seja, sem ruptura com a velha arena política.

Conforme salientado anteriormente, um dos equívocos apontados na criação do STF foi o “continuísmo” na sua composição, permanecendo os Ministros do Supremo Tribunal de Justiça do Império, cuja mentalidade não estava preparada para a nova ordem. Este mesmo continuísmo ocorreu por ocasião da promulgação da Constituição de 1988. Para tanto, trazemos o quadro abaixo:

QUADRO I - Ministros do Supremo Tribunal Federal 1988-1994

José Sarney		Collor			Itamar Franco	
1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994
Aldir Passarinho	Aldir Passarinho	Aldir Passarinho	Ilmar Galvão	Ilmar Galvão	Ilmar Galvão	Ilmar Galvão
Carlos Madeira	Carlos Madeira	Carlos Veloso	Carlos Veloso	Carlos Veloso	Carlos Veloso	Carlos Veloso
Célio Borja	Célio Borja	Célio Borja	Célio Borja	Francisco Rezek	Francisco Rezek	Francisco Rezek
Djaci Falcão	Sepúlveda Pertence	Sepúlveda Pertence	Sepúlveda Pertence	Sepúlveda Pertence	Sepúlveda Pertence	Sepúlveda Pertence
Francisco Rezek	Francisco Rezek	Marco Aurélio Mello	Marco Aurélio Mello	Marco Aurélio Mello	Marco Aurélio Mello	Marco Aurélio Mello
Oscar Dias Correa	Paulo Brossard	Paulo Brossard	Paulo Brossard	Paulo Brossard	Paulo Brossard	Maurício Correa
Luís Otávio Gallotti	Luís Otávio Gallotti	Luís Otávio Gallotti	Luís Otávio Gallotti	Luís Otávio Gallotti	Luís Otávio Gallotti	Luís Otávio Gallotti
Rafael Mayer	Celso de Mello	Celso de Mello	Celso de Mello	Celso de Mello	Celso de Mello	Celso de Mello
Moreira Alves	Moreira Alves	Moreira Alves	Moreira Alves	Moreira Alves	Moreira Alves	Moreira Alves
Neri da Silveira	Neri da Silveira	Neri da Silveira	Neri da Silveira	Neri da Silveira	Neri da Silveira	Neri da Silveira
Sidney Sanches	Sidney Sanches	Sidney Sanches	Sidney Sanches	Sidney Sanches	Sidney Sanches	Sidney Sanches

Fonte: adaptação MARANHÃO, 2003; e www.stf.gov.br

O quadro acima permite visualizarmos este “continuísmo”: dos onze Ministros anteriores à promulgação da Constituição de 1988, apenas dois saíram durante o governo do Presidente José Sarney (amarelo) e cinco saíram durante os governos Collor (verde) e Itamar Franco (rosa). Em azul destacamos os quatro Ministros que permaneceram durante todo o âmbito da nossa pesquisa.

Assim, apesar da pauta básica de valores defendida pela Constituição de 1988, em que as premissas normativas disponíveis como princípios éticos, incluindo-se a idéia de uma “justiça para as massas”, as alterações no papel do STF não foram acompanhadas por uma ruptura na sua composição. Até a forma de nomeação continuou a mesma – pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, dentre juristas, não necessariamente juízes de carreira.

Roberto Santos (1987), juiz trabalhista, co-relator especial das teses sobre o Poder Judiciário na XI Conferência Nacional da OAB em 1986, admite que “Tribunais menos conservadores são, em tese, interessantes para a realização de nossa premissa normativa ...- uma justiça para as massas”. Entretanto, o conservadorismo político não constitui traço exclusivo dos Magistrados de carreira, e defende que “o problema parece não estar no profissionalismo do juiz necessariamente, mas na sua origem de classe e, é claro, no seu esforço intelectual para transcender o pensamento de classe.” (p. 118/9)

Para o autor, a firmeza do compromisso com a democracia e a reorganização institucional do país por parte dos indivíduos depende de toda uma formação anterior e “pode ser prevista através de consulta às atitudes assumidas no passado, ao ideário publicamente preconizado, ao currículo de serviços não-profissionais à comunidade, etc..”(p. 119)²⁸ E salienta que, desde Rui Barbosa, a Corte Brasileira tem sido visualizada como um “tribunal supra-terreno, celestial”. Apesar das importantes contribuições jurisprudenciais oferecidas pelo Supremo, estas se fizeram predominantemente no campo da proteção das liberdades individuais, respondendo a aspirações da classe dominante de ex-senhores de escravos, da burguesia em formação nos centros urbanos da República recém-estabelecida e de uma classe média em formação. (p. 120)

Assim, além do distanciamento dos representantes do Judiciário e do STF das questões sociais já mencionado inclusive nas suas origens nos períodos colonial e imperial, poderíamos trazer à tona a necessidade dos atores do campo jurídico manterem seu poder simbólico a partir da sua “elitização” e não, necessariamente, pelo profissionalismo. Conforme retomaremos adiante, este distanciamento é legitimado por um discurso que defende a idéia de neutralidade política – assuntos políticos não devem ser objeto de análise do Poder Judiciário.

²⁸ O autor continua: “Ocorre que a composição do Estado no Brasil, pelo menos nos estratos mais altos, exhibe uma representação de classes aproximadamente igual à que encontramos nos tribunais, eles próprios um setor estatal. Os agentes do staff do Executivo e a maioria parlamentar são recrutados em regra na classe dominante. Nessa esfera, as influências se intercomunicam entre os exercentes dos três Poderes, há uma interfecundação de opiniões, circuitos cruzados de interesses de toda espécie. Portanto, não é de esperar que no Brasil de hoje, qualquer que seja o ramo dos três Poderes que abasteça a composição de um Tribunal, as tendências conservadoras venham a mudar como num sonho. Destarte, substituir um tribunal por outro constituiria mudança meramente mecânica ou nominal” (p. 119)

Para ilustrar o “distanciamento” apontado anteriormente, um exemplo de como o STF contribuiu, de acordo com o ritmo estabelecido pela agenda, com o Palácio do Planalto, tanto que, em diversas ocasiões foi submetido à vontade dos militares: a questão das eleições diretas. Com o objetivo de impossibilitar qualquer manifestação de apoio à emenda Dante de Oliveira, que restabeleceria a eleição direta para Presidente da República, foi decretada medida de emergência no Distrito Federal. Um economista entrou com mandado de segurança visando impugnar alguns dos efeitos produzidos pelo ato do Presidente, pois consoante o art. 155 da Constituição anterior, os efeitos das medidas de emergência eram limitados a locais determinados e restritos, o que tornava a restrição inconstitucional, pois havia sido imposta para todo o território nacional. O Supremo, entretanto, não aceitou a ação sob o argumento de que os requerentes erraram ao apontar o Presidente como autoridade coatora (este tinha a competência para determinar medidas de emergência), pois o responsável pela execução das medidas era o Gen. Nilton Cruz (Comandante Militar). O Supremo colaborou assim para que o processo de sucessão do Presidente Figueiredo ficasse limitado ao Colégio Eleitoral, como queriam os militares.(VIEIRA, 1994)

A Constituição Federal de 1988 inovou com relação ao Supremo Tribunal Federal principalmente com a criação do Superior Tribunal de Justiça, transferindo-se a competência de julgar em grau de recurso as decisões contrárias à lei federal, com vistas a retirar do STF uma sobrecarga de tarefas não constitucionais.

Ademais, ampliou-se o leque de agentes legitimados para acionar diretamente o Supremo, um avanço no sentido de permitir que o STF esteja mais aberto às demandas de diversos setores políticos, sociais e corporativos, retirando-se da esfera do Estado a exclusividade da legitimidade ativa. Esta é tida como a grande inovação de cunho comunitarista que mencionamos anteriormente, a “comunidade de intérpretes”.

Para fins de análise mais detalhada da competência do Supremo, à luz das Constituições democráticas brasileiras, elaboramos a tabela abaixo. Em “jurisdição” destacamos as principais competências do Supremo previstas no texto constitucional, de forma resumida. No tocante à “estrutura e nomeação”, aponta-se a composição, os critérios

(requisitos) de indicação e nomeação dos Ministros. O tempo de permanência foi sempre o mesmo diante da garantia conquistada pela magistratura brasileira, da vitaliciedade.

QUADRO II - O SUPREMO E AS CONSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS BRASILEIRAS²⁹

	Jurisdição	Estrutura e Nomeação
1891	Três esferas: a) instância única de julgamento de altas autoridades do governo federal, de conflitos entre componentes da federação e conflitos de jurisdição entre os diversos órgãos judiciais; b) instância de recurso da justiça federal e c) instância de recurso das justiças estaduais quando estas negarem aplicação de direito federal ou confirmarem atos e leis dos governos estaduais questionados perante a Constituição ou lei federal. Assim, funções de árbitro da federação (a e c) e juiz dos assuntos da União (b e c), além de guardião dos direitos e garantias individuais através do <i>habeas corpus</i> .	15 Ministros nomeados pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado, escolhidos dentre cidadãos de notável saber e reputação, maiores de trinta e cinco anos.
1934	Três esferas: a) competência originária e privativa de julgamento de altas autoridades da União, de conflitos federativos e de conflitos de jurisdição entre os diversos órgãos judiciais; b) em recurso ordinário, instância superior da justiça federal: c) em recurso extraordinário, instância revisora das decisões das justiças estaduais que negassem aplicação de direito federal ou confirmassem atos e leis locais impugnados perante a Constituição e leis federais.	11 Ministros nomeados pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado, escolhidos dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada. (facultada a elevação do número de Ministros para 16, mediante proposta do próprio Tribunal) Nova denominação – Corte Suprema
1946	As mesmas esferas das anteriores, mas com a extinção da Justiça Federal de primeiro grau, em grau de recurso ordinário a competência do STF se restringiu aos mandados de segurança e <i>habeas corpus</i> decididos em última instância pelos tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão e das causas decididas por juízes locais, fundadas em tratado ou contrato da União com estado estrangeiro.	11 Ministros nomeados pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado, escolhidos dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada. Retorno a denominação Supremo Tribunal Federal
1988	As alterações na esfera da jurisdição permitem dividir as competências em três esferas: a) a jurisdição constitucional de controle da constitucionalidade propriamente dita, que se refere à competência originária do STF para processar e julgar ações diretas de inconstitucionalidade (propostas por um leque mais amplo de entes legitimados), por ação ou omissão, a ação declaratória de constitucionalidade, bem como a suspensão cautelar do ato normativo impugnado na ação direta de inconstitucionalidade; b) a jurisdição constitucional da liberdade, que se refere à competência do Supremo para apreciar originariamente ou por força de recurso ordinário os remédios constitucionais: <i>habeas corpus</i> , mandado de segurança, <i>habeas data</i> , mandado de injunção, voltados à garantia de direitos; c) a jurisdição constitucional sem controle da constitucionalidade, questões relativas ao julgamento de altas autoridades da República, como o Presidente por crimes comuns, a resolução de litígios entre Estado estrangeiro e União, conflitos entre os estados-membros ou entre estes e a União, entre outras competências. Ademais, a criação do Superior Tribunal de Justiça.	11 Ministros nomeados pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado, escolhidos dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada.

²⁹ Tabela elaborada a partir de algumas obras: ARANTES, 1997; VIEIRA, 1994; MORAES, 2003; MENDES, 1996.

2.3 – O controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade surge no contexto do liberalismo clássico: trata-se de um mecanismo de defesa do indivíduo e da sociedade frente aos abusos do poder público.³⁰ Seu pressuposto é a diferença entre norma constitucional e norma “infra-constitucional”. A partir desta diferenciação é que se torna possível identificar a importância do texto constitucional – todo e qualquer ato normativo deve sua validade a este texto. O objetivo principal é conter os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo as liberdades públicas, a cidadania, os direitos e garantias fundamentais. (VELOSO, 1999) A este pressuposto dá-se o nome de supremacia do texto constitucional.

Existem dois modelos de controle de constitucionalidade. O modelo difuso, onde o interessado obtém uma declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato normativo, produzidos em desacordo com a Constituição, é de origem americana. Os juízes e tribunais americanos não têm o poder de fulminar a vigência das leis que reputam inconstitucionais em seus julgamentos. As sentenças proferidas se restringem às partes em conflito, e em último caso, devido à multiplicação e sucessivas sentenças confirmarem a inconstitucionalidade, a Suprema Corte será a última instância a julgar. Como os tribunais inferiores estão vinculados à jurisprudência dos tribunais superiores, a decisão da corte máxima vincula as demais. Entretanto, este efeito vinculante da jurisprudência americana não se confunde com o monopólio da declaração de inconstitucionalidade no modelo concentrado. “Embora os resultados se aproximem, os meios de atingi-los são inversos: de baixo para cima nos Estados Unidos e de cima para baixo no modelo concentrado, tendo em vista toda a extensão do aparelho judicial” (ARANTES, p. 49)

³⁰ “No paradigma do constitucionalismo democrático, a jurisdição constitucional não fica adstrita à tutela constitucional das liberdades, próprio do modelo liberal, mas avança na tutela constitucional dos direitos sociais, econômicos, culturais, ambientais, dos interesses e direitos coletivos ou difusos. A jurisdição constitucional, por meio do processo constitucional, busca efetivar não apenas a primeira geração dos direitos (os individuais e dos de liberdade), mas procura garantir a efetividade dos de segunda e terceira gerações, os sociais e os democráticos, respectivamente.” (ALVES JR, 2004, p. 96)

O modelo surgiu a partir de um caso emblemático, *Marbury versus Madison*³¹. Isto porque não há previsão constitucional explícita acerca do controle de constitucionalidade. Neste caso, a opinião da Suprema Corte fixou a interpretação de que a legislação ordinária (infra-constitucional) se encontra subordinada à Constituição, caso contrário nem se justificaria a existência de uma Constituição escrita. A grande diferença reside justamente no fato de que o ato ou lei permanece válido quanto a sua força obrigatória com relação a terceiros, pois o modelo difuso vincula a decisão apenas às partes.

O controle concentrado, por outro lado, aborda uma questão que aparece desvinculada de qualquer situação subjetiva: o único interesse é a supremacia da norma constitucional em face de uma norma que lhe seja inferior e com a qual esteja em conflito. Entretanto, a competência para decidir definitivamente sobre a constitucionalidade de um ato normativo está concentrada em um órgão especial, onde a representação, para ser acolhida, não necessita versar sobre caso concreto, mas antes pode ser sobre a própria lei, a lei em si, e cuja decisão tem efeito *erga omnes* (contra todos), afastando a vigência da lei que considerar inconstitucional.

Este modelo tem inspiração na teoria de Hans Kelsen e foi implementado pela primeira vez pela Constituição austríaca de 1920³². Kelsen estava preocupado não apenas com a supremacia do texto constitucional, mas com a segurança jurídica. O modelo difuso acaba por permitir que uma determinada lei seja declarada inconstitucional no caso

³¹ Manuel Melo resume o caso: “William Marbury fora indicado, ao final do mandato de John Adams, juiz de paz em um condado do Distrito de Columbia, em conformidade com uma lei federal de fevereiro de 1801, que assegurava um mandato de cinco anos para os juízes dos dois condados do distrito, a serem nomeados por indicação presidencial, ouvido o Senado da República. Derrotados os partidários de Adams nas eleições de 1800, James Madison, secretário de Estado do novo governo, não cumpriu os atos finais do processo, de natureza estritamente formal, dando origem à demanda judicial. A Suprema Corte entendeu que Marbury tinha direito ao cargo para o qual fora nomeado, considerando ilegal a retenção da nomeação pelo novo secretário de Estado, desconhecendo a decisão presidencial anterior. Contudo, a Corte negou-se a emitir um mandado considerando inconstitucionais os dispositivos da lei de 1789 que serviram de base a essa solicitação. Trata-se do primeiro dispositivo legal declarado nulo pela Suprema Corte norte-americana.” (2002, p. 67)

³² “A razão primeira dessa instituição foi a necessidade de um árbitro, imposta pela ocorrência de conflitos constitucionais entre os componentes da federação, estados e União. Assim, mediante um requerimento especial (*Antrag*), o governo federal poderia recorrer ao Tribunal Constitucional contra leis estaduais e estes ao mesmo Tribunal contra leis da União.”(ARANTES, 1997, p. 50) Cumpre destacar, ainda, que o Tribunal Constitucional austríaco está fora do Poder Judiciário, e é composto por magistrados, funcionários administrativos e catedráticos das escolas de Direito ou Ciência Política, indicados pelo Governo e nomeados pelo Presidente Federal. (ARANTES, 1997, p. 53)

concreto por um juiz, mas seja aplicada por outro, com opinião contrária. Isto acarreta conflito não apenas entre juízes da mesma instância, como também com relação a outros órgãos judiciários, de instâncias superiores, que poderão ter opiniões divergentes. Ademais, com a concentração da decisão em um único órgão, os indivíduos não necessitariam propor ações idênticas sem a garantia de obter igual solução: a decisão proferida pela Corte Constitucional afeta a todos.³³

De forma ampla, portanto, a distinção entre os dois modelos pode ser resumida a partir da competência para declarar a inconstitucionalidade: no modelo difuso “o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente [no processo], na ocasião da decisão das causas de sua competência”; e o modelo concentrado, “em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário”. (CAPPELLETTI, 1984, p. 67)

Todavia, uma outra distinção é o caráter político nos dois modelos:

Se o controle da constitucionalidade das leis é algo essencialmente político, no modelo difuso esta essência subsume-se, em parte, na lógica jurídica do procedimento que é exclusivamente judicial. Já no modelo concentrado, o caráter político do controle é reconhecido explicitamente pela engenharia institucional que deposita o monopólio da função num órgão externo ao Judiciário, de composição quase sempre oriunda da maioria política que governa e cujas decisões são recebidas pela sociedade e pelas demais instituições estatais como manifestações de uma vontade também política, e não só meramente jurídico-formal. (ARANTES, 1997, p. 54/4)

Diante desta distinção, Mauro Cappelletti (1984) busca traçar os motivos pelos quais os países optariam pelo controle concentrado, criando um órgão especial de justiça constitucional. Para o autor, apesar dos inconvenientes do modelo difuso em países que não aceitam o princípio do *stare decisis*, ou seja, a vinculação dos juízes inferiores às decisões dos tribunais superiores, não é suficiente para solucionar a questão.³⁴ “... por que, então, a Constituição austríaca de 1920-29 e, em suas pegadas, as posteriores Constituições italiana,

³³ Cf. BARROSO, 2006; CANOTILHO, 2003; CAPELLETTI, 1984.

³⁴ Em países que não “vinculam” os juízes e tribunais inferiores às decisões dos tribunais superiores, o controle de constitucionalidade difuso implica no fato de que a mesma lei poderia não ser aplicada porque julgada inconstitucional por alguns juízes, enquanto poderia ser aplicada em outros casos porque outros juízes não julgaram inconstitucionais. Isto acarreta incerteza jurídica quando às possíveis soluções no caso.

alemã e de outros Países (Chipre, Turquia e Iugoslávia) preferiram a gravosa, incerta e custosa solução de criar órgãos judiciários totalmente novos, as Cortes Constitucionais?” (p. 87) Por que não optaram em atribuir a função de controle a outros órgãos judiciários já existentes?

Para tentar resolver o impasse, o autor destaca a importância da atividade de interpretação constitucional. Como as Constituições modernas não se reduzem a “dizer estaticamente o que é o direito”, estabelecendo mais diretrizes e programas dinâmicos de ação futura (Constituição Dirigente)³⁵, a atividade de interpretação exige principalmente uma “atividade de natureza legislativa”³⁶. Assim, os órgãos judiciários já existentes e os membros “de carreira” da magistratura (magistrados profissionais) não exerceriam a contento a atividade. “..preferiram criar, ao invés, não obstante todos os onerosos problemas de coordenação disto derivantes, especiais órgãos judiciários, de plena independência e autonomia, mas compostos, analogamente à Supreme Court americana, de juízes (ou, pelo menos, de uma maioria de juízes) não de carreira, nomeados *ad hoc* em escolha feita pelos supremos órgãos legislativos ou executivos do Estado.” (p. 93/4)

Assim, Cappelletti na verdade enfatiza a importância do controle de constitucionalidade concentrado e do papel exercido pelos Tribunais Constitucionais criados no pós-guerra. Apesar da abordagem jurídica concedida ao tema pelo autor, podemos contextualizá-la na metodologia ora utilizada: os atores do campo político não confiaram suficientemente nos atores do campo jurídico para o exercício de proteção do texto constitucional, preferindo a criação de uma nova instituição, com a participação de atores dos dois campos, jurídico e político. Esta interpretação destaca a importância dada pelos atores do campo político à proteção ao texto constitucional, mas também às lutas simbólicas por poder envolvidas.

³⁵ O conceito de Constituição Dirigente será objeto de análise no próximo capítulo, quando traçaremos a relação entre o comunitarismo filosófico-político e o Direito.

³⁶ Cappelletti (1984) não concorda plenamente com a expressão “atividade de natureza legislativa” mas busca destacar o caráter discricionário e equitativo da interpretação constitucional.

Oportuno destacarmos questões referentes ao papel da jurisdição constitucional no contexto do campo jurídico e político:

Destarte, se a jurisdição constitucional, de forma natural e continuada, conseguir preservar a sintonia entre o programa normativo e o âmbito normativo, vale dizer, entre a interpretação constitucional e a realidade constitucional, tarefa que será tanto mais facilitada quanto maior for a capacidade para auscultar e compreender os anseios sociais, as cortes que exercem essa jurisdição estarão legitimando os resultados da sua atividade hermenêutica e, provavelmente, até mesmo preservando a sua própria existência no marco do Estado Democrático de Direito (COELHO, 1997)

Alguns autores separam o controle jurisdicional de constitucionalidade da jurisdição constitucional, ou Justiça Constitucional propriamente dita. O controle seria um aspecto da jurisdição constitucional, cujo escopo, muito mais amplo, diria respeito a todos os procedimentos destinados à função da tutela e atuação judicial dos preceitos da Constituição. (CAPPELLETTI, 1984). O objeto da presente tese não é o controle de constitucionalidade propriamente dito, ou seja, a “judicial review”. Nosso objeto de análise teórica no âmbito do Direito é a Justiça Constitucional como um todo, e suas decorrências, conseqüentemente, o controle de constitucionalidade, de forma indireta.

Isto porque, a Justiça Constitucional tem cinco grandes ramos de competência: o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos; a proteção aos direitos fundamentais; o controle das regras da Democracia representativa (eleições) e participativa (referendos e plebiscitos); o controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais; e o equilíbrio da federação. (MORAES, 2003, p. 66).

Aqui adentramos um outro debate importante para a nossa problemática: a questão da legitimidade da Justiça Constitucional, quando em confronto com a legitimidade da maioria legislativa. Isto se faz necessário porque nossa abordagem envolve a ação direta de inconstitucionalidade, onde o Poder Judiciário afasta a eficácia de leis emanadas por órgãos dotados de representatividade democrática, atuando como “legislador negativo”.

O debate decorre do fato de que se concede a um Corpo de Magistrados poderes para declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo que afeta a produção legiferante do Parlamento, enquanto representante direto das aspirações populares em uma Democracia representativa. “A despeito dos pontos favoráveis às cortes constitucionais, de sua função em sociedades egressas de experiências autoritárias e totalitárias, um aspecto não pode ser ignorado, permanecendo como se não existisse: as cortes constitucionais ultrapassam o texto constitucional, comprometendo o teor democrático da concepção de separação de poderes e até substituindo o poder constituinte.” (LIMA, 2003, p. 204)

A partir do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, as constituições passam a assumir um conteúdo político, ou seja, englobam os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização. “O campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado.” (BERCOVICI, 2004, p. 9) Além disso, os direitos fundamentais também passam a ser compreendidos como valores. Destes novos elementos surge a questão da legitimidade do juiz constitucional.

Entretanto, trata-se de um dilema de difícil solução. Isto porque não é possível conceber a “Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas.” (BERCOVICI, 2004, p. 24). Uma proposta de solução é a apresentada por Habermas (1997) e a teoria da democracia deliberativa: a função do Poder Judiciário é controlar a violação de direitos fundamentais pelas maiorias eventuais. Isto não quer dizer que caberia às cortes constitucionais dizer quais são os valores compartilhados pela comunidade, pois estes estariam previstos no próprio texto constitucional. O dilema é resolvido através de uma argumentação centrada na própria noção de democracia:

Os direitos fundamentais são condições procedimentais da democracia e devem, por isso, ser mantidos dentro de uma esfera de intangibilidade, a ser protegida pelo judiciário contra os arroubos das maiorias eventuais. Ainda que limitando o princípio majoritário, em favor de direitos fundamentais, o Judiciário estará, assim, exercendo a função de guardião da democracia e se atendo ao campo da

neutralidade política, em que se situa o consenso procedimental. (SOUZA NETO, 2003, p. 42)

2.4– O controle de constitucionalidade e as Constituições Brasileiras

No âmbito das Constituições Brasileiras, o controle de constitucionalidade tem basicamente dois momentos: até 1965 e após 1965. Apesar de nossa análise se concentrar nos textos constitucionais “democráticos”³⁷, a Emenda Constitucional de 1965, sob o período militar, representou o divisor de águas entre o modelo difuso até então predominante, e a inovação com a adoção concomitante do modelo concentrado.

Com início na primeira Carta Republicana brasileira, o modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil foi o difuso, sob influência americana: diante de efetiva ou pretensa lesão a determinado direito, ou seja, em um caso concreto, o Poder Judiciário analisaria a alegada inconstitucionalidade, mas sua decisão só alcançava as partes envolvidas no processo. Este modelo permaneceria o único até a Emenda Constitucional de 1965.³⁸

A Emenda Constitucional nr. 16, de 6 de dezembro de 1965 conferiu competência ao Supremo para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-Geral da República. Contudo, com a Emenda Constitucional, apesar de o

³⁷ Isto porque as Constituições “autoritárias”, de 1937 e de 1967, apesar de terem introduzido alterações tanto no desenho institucional do Supremo quanto no próprio controle, refletem mais um caráter nominal das Constituições. Na verdade, os textos constitucionais em períodos autoritários visam mais a legitimação do arbítrio, ou seja, camuflar constitucionalmente o arbítrio praticado pelo “ditador”, sem o condão de regular normativamente a conduta dos detentores do poder. (ALVES JÚNIOR, 2004) O pleno exercício do controle fica condicionado à vontade política dos ocupantes do Poder Executivo, o que exigiria outro tipo de interpretação acerca da atuação dos três Poderes e da própria interpretação constitucional.

³⁸ Alguns autores definem como embrião da ação direta de inconstitucionalidade, a representação interventiva promovida pela Constituição de 1934, apesar de ser instituto destinado ao controle da constitucionalidade da intervenção federal, diante de ação ou omissão contra os princípios fundamentais da ordem federativa. Como as decisões no controle difuso não atingem a todos (efeito *erga omnes*), outorgou-se ao Senado Federal o poder de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário. O Procurador-Geral da República era o único ente legítimo para provocar o STF na alegação de inconstitucionalidade de lei que determinasse intervenção federal nos estados que não obedecessem certos princípios constitucionais na decretação de suas leis e constituições. (MENDES, 1996)

Constituinte ter se utilizado da representação interventiva das Constituições anteriores como modelo, é possível diferenciar os dois institutos, a representação e o controle concentrado.

A distinção reside no fato de que a representação interventiva pressupunha uma alegação de ofensa a um princípio sensível, e, portanto, um conflito entre a União e o Estado. No controle concentrado, o Procurador-Geral exercia o papel especial de advogado da Constituição, interessado exclusivamente na defesa da ordem constitucional. Aqui não há qualquer interesse específico, “sendo-lhe estranha mesmo a idéia de interesse jurídico a ser protegido” (MENDES, 1996, p. 65).³⁹

Neste sentido, Gilmar Mendes aponta uma função supletiva e uma função corretiva do modelo difuso, preenchida pelo controle concentrado, após 1988:

Ele possibilitava a aferição direta da constitucionalidade de leis que, pela via incidental [difuso], jamais teriam a sua constitucionalidade examinada judicialmente por não se mostrarem aptas, em princípio, a ser submetidas, como questão preliminar, numa controvérsia concreta. O controle abstrato [concentrado] de normas desempenhava, também, uma função corretiva na medida em que, mediante decisão direta e definitiva do Supremo Tribunal Federal, permitia superar a situação de insegurança jurídica e corrigir determinadas injustiças decorrentes da multiplicidade e da contraditoriedade dos julgados proferidos pelos diferentes juízes ou Tribunais sobre a mesma matéria. (MENDES, 1996, p. 77)

Cumprе salientar, ainda, que Mendes (1996) defende que até a Constituição de 1988 o modelo difuso era o predominante no sistema brasileiro, o modelo concentrado representava uma exceção. No novo texto constitucional a situação se inverte: confere-se

³⁹ Entretanto, a jurisprudência do Supremo e a própria atuação do Procurador-Geral da República, que detinha o monopólio da ação, trataram esse processo como típico processo de controle concentrado de normas. O Procurador-Geral deveria atuar como representante de toda a sociedade, no exercício de uma atividade do interesse público. (MENDES, 1996, p. 61) Isto decorre do fato de que o Procurador-Geral da República exercia uma dupla função: como representante do interesse geral, mas também como representante dos interesses da União em juízo. Neste sentido, nos primeiros anos (entre 1946 a 1965), a representação interventiva auxiliou na consolidação do direito constitucional estadual, pois o Supremo era chamado para esclarecer questões constitucionais sobre a compatibilidade do direito constitucional de diferentes Estados com a Constituição Federal. Assim, o próprio STF chamou para si o modelo concentrado. Cumprе salientar, ainda, que a Exposição de Motivos da Emenda nr. 16 de 1965 ressalta a necessidade de reduzir a sobrecarga de trabalho dos Tribunais inferiores, em especial do Tribunal Federal de Recursos.

ênfase não mais ao modelo difuso, mas ao modelo concentrado, tendo em vista que as questões constitucionais passam a ser veiculadas mediante a ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo. A própria ampliação dos entes legitimados para propor a ADIn reforça a importância dada ao modelo concentrado pelo Constituinte de 88. Permite-se, assim, que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo mediante processo de controle concentrado de normas.⁴⁰

De qualquer forma, a adoção do modelo concentrado pela Carta de 1988 sugere que a questão jurídica, até então predominante dentre as atividades do Supremo, seja relativizada, incluindo-se um teor mais político para a sua atuação.⁴¹ E esta forma “mista” será agora objeto de nossa análise.

2.5 - O Supremo Tribunal Federal e a Constituição Federal de 1988

No intuito de desafogar o acúmulo de processos no STF, a Constituição Federal de 1988 trouxe algumas inovações, tanto de ordem processual como institucional, de competências.

A principal medida adotada pela nova Carta Magna Brasileira foi a criação do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que absorveu parte das competências que a Constituição anterior conferia ao STF. Assim, retirou-se do antigo Recurso Extraordinário as questões referentes à interpretação do Direito federal e à supremacia deste, que passaram a ser objeto de recurso especial para o STJ. Ao STF assegurou-se a exclusividade no tocante a questões relativas estritamente à constitucionalidade.

⁴⁰ Esta visão não é unânime dentre os constitucionalistas. Isto porque se defende que a defesa dos direitos fundamentais legitima o controle difuso de constitucionalidade, enquanto o processo objetivo que caracteriza o controle concentrado visa promover a defesa da ordem constitucional, a rigor, a defesa do Estado. (BONAVIDES, 1993, apud RÉGO, 2003) Discordamos desta visão na medida em que o controle concentrado busca defender a Constituição como um todo, englobando inclusive os direitos fundamentais, que poderão ser objeto de legislação específica contrária aos ditames constitucionais. Ademais, na medida em que se amplia o acesso ao STF via modelo concentrado, este estaria mais próximo do cidadão.

⁴¹ Alguns autores apontam esta feição política como uma desvantagem (Miranda, 1996, apud RÉGO, 2003), mas a abordagem ora utilizada vai em sentido contrário: ao destacar o texto constitucional e seus valores, o controle de constitucionalidade concentrado assume um papel importante na própria consolidação democrática e na efetiva participação do cidadão.

No entanto, ainda que a intenção fosse positiva, a medida explicitada acima retardou ainda mais o curso da Justiça no Brasil, pois criou-se uma quarta instância. A Justiça Comum no Brasil passou a se apresentar da seguinte forma:

Quadro III - A Justiça Comum Brasileira

1ª Instância	Juízes de Direito	Para as causas criminais, cíveis e comerciais (Justiça Estadual).
	Juízes Federais	Para as causas em que a União for parte (tributárias, administrativas, e previdenciárias).
2ª Instância	Tribunais de Justiça	Para julgar as apelações das sentenças (reexame do direito e dos fatos).
	Tribunais Regionais Federais	Criados pela Constituição de 1988 para julgar as apelações na Justiça Federal.
3ª Instância	Superior Tribunal de Justiça	Criado pela Constituição de 1988 (mediante transformação do antigo Tribunal Federal de Recursos) para uniformização da jurisprudência em torno da lei federal (tanto na Justiça Estadual quanto na Federal).
4ª Instância	Supremo Tribunal Federal	Para interpretação e resguardo da Constituição (desde a Constituição de 1891 até a de 1988, também atuava como órgão uniformizador da jurisprudência federal).

Fonte: MARTINS FILHO, 2001.

Assim, o Supremo atuará como quarta instância nos Recursos Extraordinários - RE em que matéria constitucional for questionada no caso concreto.⁴² Poder-se-ia argumentar que o RE, como instrumento do controle de constitucionalidade difuso, permite que o cidadão chegue ao Supremo, no caso concreto. Entretanto, diante do acúmulo de processos, de uma crise que o acompanha quase desde sua criação, o cidadão se sente mais seguro levando seu caso a uma quarta instância ou já estaria “satisfeito” se pelo menos resolvesse, definitivamente, na terceira? Trata-se de atribuir um valor simbólico ao Supremo que para o cidadão não interessa: ele quer resolver sua demanda o mais rapidamente possível, e não aguardar para que o Supremo seja o último a opinar sobre o litígio.

⁴² Após desenrolar-se a primeira instância perante o juiz singular, há a segunda perante um Tribunal Estadual, de que se segue para as duas Cortes superiores, mediante Recurso Especial - REsp no STJ, e Recurso Extraordinário - RE no STF. O Recurso Extraordinário exerce a função de guardião da Constituição nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 102, III, e alíneas).

Assim, percebe-se que apesar da valorização do papel do Supremo no controle de constitucionalidade concentrado, a crise de “quantidade” que assoberba o Supremo com um acúmulo de serviço se manteve. Várias providências foram sugeridas e adotadas⁴³ no sentido de acelerar a tramitação dos feitos, e, principalmente, reduzir o elevado número de processos encaminhados ao Tribunal. Contudo, a proposta que melhor solucionaria a questão seria a de retirar da competência do Supremo questões não constitucionais e possibilidade recursal, mantendo-o como Corte Constitucional, e esta não foi aceita, pelo próprio Supremo, conforme veremos no Capítulo 5.

No tocante à crise podemos ilustrá-la com as tabelas estatísticas abaixo.

⁴³ Um exemplo, inclusive durante o regime ditatorial, foi a Emenda regimental de 28 de agosto de 1963, que criou a súmula (enunciado) como instrumento de trabalho para facilitar a fundamentação dos julgados.

TABELA I – Percentual Recursos Extraordinários e Ações Diretas de Inconstitucionalidade distribuídos 1990-1994

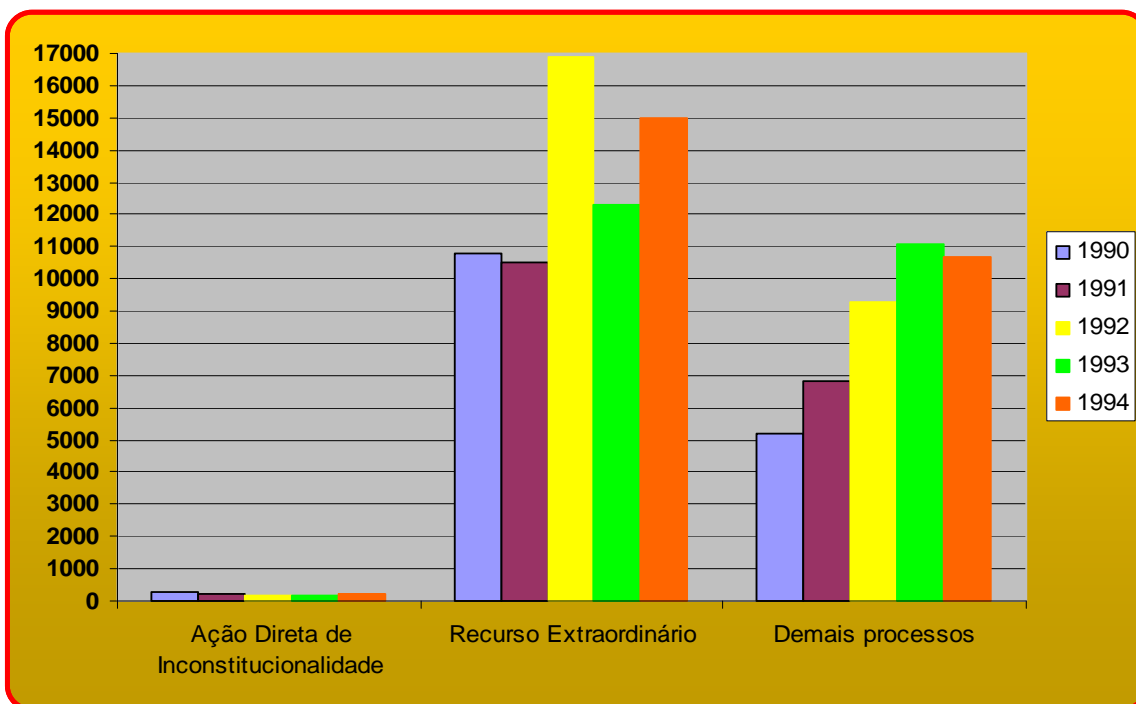


TABELA II – Processos distribuídos por classe processual (RE e ADIn)⁴⁴

	1990	1991	1992	1993	1994	TOTAL
Recurso Extraordinário (RE)	10.780	10.518	16.874	12.281	14.984	65.437
Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn)	267	232	166	159	196	1.020
Outros processos (nota 45)	5.179	6.817	9.285	11.085	10.688	43.054
TOTAL	16.226	17.567	26.325	23.525	25.868	109.511

⁴⁴ O conteúdo das duas tabelas está disponível em www.stf.gov.br

Estes dados refletem que o Supremo despense muito mais tempo com processos⁴⁵ de natureza recursal ao invés da ADIn que representa justamente maior afinidade com a sua função máxima de guardião da Constituição.⁴⁶ A Constituição Federal de 1988 incorporou inúmeras matérias anteriormente tratadas em textos infraconstitucionais, o que ampliou consideravelmente o leque de questões permissíveis de interpelação junto ao STF via Recurso Extraordinário, do que decorre o volume desproporcional de Recursos Extraordinários e os respectivos Agravos de Instrumentos, quando aqueles não são acolhidos.

Apesar da criação do Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988, cuja função é a uniformização de jurisprudência em torno da legislação federal, não se criou mecanismo de seleção das causas a serem julgadas pelo Supremo. O novo desenho institucional do STF permite que o mesmo assumam feições de Corte Constitucional, como guardião da Carta Magna, solução que vários autores apontam como primordial para o desafogamento da Corte Suprema.

Cumpra ressaltar alguns posicionamentos acerca desta crise, por parte de atores do próprio campo jurídico, que na verdade defendem a necessidade de “destacar” a atuação do Supremo do exercício de atividades de cunho mais processual, ou seja, enfatizam o controle de constitucionalidade concentrado. Retomaremos as controvérsias sobre o destaque ao

⁴⁵ Os outros processos distribuídos no Supremo compreendem os seguintes: ação cautelar, apelação cível, apelação comercial, ação cível originária, apelação criminal, ação declaratória, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação especial, agravo de petição, agravo, agravo de instrumento, ação originária, ação originária especial, ação cível originária, ação penal, apelação, ação rescisória, ação regressiva, arguição de relevância, arguição de suspeição, conflito de atribuições, conflito de competência, conflito de jurisdição, comunicação, carta precatória, carta rogatória, carta testemunhável, denúncia, exceção de litispendência, execução penal, embargos remetidos, exceção de suspeição, exceção da verdade, extradição habeas corpus, habeas data, inquérito administrativo, intervenção federal, incidente de falsidade, inquérito, interpelação, inquérito policial, inquérito policial especial, liquidação de sentença, mandado de injunção, mandado de segurança, notificação, oposição em ação civil originária, processo administrativo, pedido de avocação, processo crime, petição, petição avulsa, prisão preventiva para extradição, processo de responsabilidade, protesto judicial, queixa-crime, recurso de apreensão de livro, recurso crime, reclamação, reclamação de antiguidade, recurso ordinário criminal, recurso extraordinário, recurso eleitoral, recurso ordinário em habeas corpus, recurso ordinário em habeas data, recurso de liquidação de sentença, recurso ordinário em mandado de injunção, recurso ord. em mandado de segurança, retificação de nome de estrangeiro, representação, recurso de revista, revista cível, revista comercial, revista crime, revisão criminal, revisão crime. (www.stf.gov.br)

⁴⁶ O momento é oportuno para destacar que o presente trabalho não tratará de questões de cunho processual, como os mencionados dados sobre o número de Agravos e Recursos Extraordinários, e o seu cabimento.

modelo concentrado por intermédio da criação de um típico “Tribunal Constitucional” posteriormente.

Levi Carneiro, advogado, ex-presidente do Instituto da Ordem dos Advogados, ex-Consultor-Geral da República e relator da parte relativa ao Poder Judiciário na Constituinte de 1934, que se manifestou em 1943 com as seguintes palavras:

A mim sempre me pareceu – e sempre manifestei essa convicção – que o Supremo Tribunal deveria restringir a sua tarefa a um número relativamente pequeno de casos, da maior importância, que pudesse estudar aprofundamente e decidir com inteiro acerto. Nesse sentido, o seu magnífico esforço para aumentar o número de julgamentos resulta contraproducente. Nunca me entusiasmarei, portanto, os grandes números que o esforço do egrégio Tribunal apresenta nas suas estatísticas. Todo o meu interesse de advogado, que deseja ver decididos prontamente os seus casos, não sobrepuja as preocupações que em meu espírito, votado ao estudo do Direito, despertam aqueles milhares de casos decididos (...) Em suma: O Tribunal fez um esforço exaustivo, mortífero, arrisca-se a desprestigiar-se; e não satisfaz o legítimo anseio de todos os litigantes de verem decididos os seus casos. É uma situação verdadeiramente insuportável. (sic) (BOMFIM, 1979, p. 50/1)

Dalmo Dallari, importante jurista da área Constitucional, destaca que foi proposta à Assembléia Nacional Constituinte a criação de um Tribunal Constitucional, restrito ao controle de constitucionalidade das leis e atos de autoridades públicas, bem como a promoção da responsabilidade dos que praticassem atos contrários à Constituição. Contudo, o autor destaca que o STF se manifestou contrariamente à criação daquele tribunal, pois diminuiria o seu “prestígio”. (DALLARI, 1996, p. 109/110)

2.6 – Considerações Finais

O presente capítulo explorou o quadro institucional do Supremo à luz das Constituições democráticas brasileiras, em especial da Constituição de 1988, bem como a teoria jurídica do controle de constitucionalidade. Nosso objetivo é clarear o objeto específico de estudo: o Supremo e o controle de constitucionalidade, categorias recorrentes na segunda parte da presente tese, quando abordaremos as três frentes empíricas.

Para finalizar, entretanto, torna-se oportuno adiantar um dos paradoxos a ser explorado na presente tese à luz das noções de campo e lutas simbólicas de Bourdieu: o ator “STF” se manifestou contrário a sua transformação em Corte Constitucional, e a própria retirada da interpretação das leis federais de sua competência e transferência para o STJ.

Entretanto, o Tribunal se encontra sobrecarregado de processos e defende o discurso de “guardião” da Constituição. Nossa hipótese para o citado dilema é a da “crise de identidade”. O STF só se percebe como cúpula do Poder Judiciário, ou seja, prescinde da legitimidade dentro do campo jurídico, e esta só seria possível como instância jurídica propriamente dita, sem relação com o campo político. Desta feita, apesar de defender a proteção ao texto constitucional e o próprio modelo concentrado de controle de constitucionalidade, o Supremo não quer ser confundido com uma instância do campo político, nem mesmo ter “relações” com este campo, tendo em vista o seu receio de perder “poder simbólico” no campo que lhe é primordial, o jurídico.

Para fins de contextualização da presente análise no âmbito do paradigma comunitarista, o STF tem uma missão que está acima da repercussão do litígio, pois questões constitucionais vão além do exclusivo interesse dos litigantes, já que se discute o Direito fundamental da própria Nação. A solução da questão levada ao STF tem importância para o público. E, neste sentido, a compreensão do seu papel e do controle de constitucionalidade implica relacioná-lo com o campo político e social.

Com pouco tempo de existência e tendo por trás de si, um passado de desrespeito às normas constitucionais, a atual Carta Política se afivela ao tipo nominal, uma vez que ainda está a depender tanto dos detentores quanto dos destinatários do poder o fortalecimento do sentimento de constitucionalidade e o apego ao respeito das normas constitucionais, especialmente as de caráter limitado ou de conteúdo programático, voltadas para as correções das profundas e graves injustiças sociais reinantes em nosso País. A Constituição atual ainda não é norma plenamente eficaz, entretanto, pode vir a ser, se levada a sério pelos Poderes, com especial relevo ao Supremo Tribunal Federal como seu guardião, e se defendida pelos principais interessados em sua efetiva aplicabilidade: o povo. (ALVES JR, 2004, p. 447)

Tendo em vista a possibilidade do controle concentrado ser um mecanismo importante na efetivação do texto constitucional, apontaremos a influência comunitarista no desenho institucional provocado pela Constituição de 1988. O próximo capítulo versará sobre o paradigma comunitarista no âmbito da filosofia política e sua relação com o Direito.

CAPÍTULO 3 – O DEBATE LIBERAL-COMUNITARISTA

3.1 – Introdução

Após a apresentação do desenho institucional do Supremo no capítulo anterior, passaremos a refletir sobre a corrente da Filosofia Política, o comunitarismo, novo paradigma de importante influência no processo constituinte de 1988. A presente análise não tem como objeto a polêmica de cunho filosófico sobre a moral e a justiça propriamente dita. Nosso objeto é a reflexão sobre as questões de justificação, de legitimação do papel exercido pelos Tribunais Constitucionais em Estados Democráticos de Direito, a partir da segunda metade do século XX. Trata-se de observar a movimentação dos atores envolvidos no desenho institucional do Tribunal Brasileiro.

Entretanto, não é possível tratar desta legitimação sem adentrar questões como justiça, liberdade e igualdade, e cidadania. Assim sendo, limitaremos a análise aos tópicos relacionados ao nosso tema principal por parte de autores que representam a polêmica “liberal-comunitarista”.

Nas sociedades modernas houve uma reestruturação do núcleo valorativo dominante: do princípio hierárquico (diferenciação) passou-se à noção de dignidade. Esta nova lógica propõe a igualdade de todos os seres humanos, fundada na capacidade de autonomamente guiarem suas próprias existências e instituírem os princípios reguladores da vida social. Em sociedades hierárquicas, o conceito que predomina é o da honra, associada à expressão de um *status*, da demarcação de fronteiras com indivíduos tidos como “inferiores”. Em contrapartida, a dignidade está dissociada de qualquer papel social, atrelada apenas à idéia do *self*, da autonomia. Assim “The concept of honor implies that identity is essentially, or at least importantly, linked to institutional roles. The modern concept of dignity, by contrast, implies that identity is essentially independent of institutional roles” (BERGER, 1983, p. 177).

Entretanto, a descoberta da autonomia individual, da dignidade a partir do “ser” individual, independente de qualquer posição ou identificação social, pode acarretar uma certa sensação de “alienação” e uma crise de identidade.(BERGER, 1983)⁴⁷ Luís Roberto Cardoso de Oliveira (1995) destaca que há a necessidade de se “discutir a dimensão substantiva da solidariedade, indissociável da esfera do vivido ou das representações culturais que lhe dão sentido, e constitutiva da identidade de qualquer pessoa ou cidadão” (p.2/3). Ademais, é preciso reconhecer a dignidade do cidadão enquanto membro de uma comunidade, “onde a identidade dos cidadãos tenha um mínimo de substância que lhes garanta um tratamento que não seja estritamente formal e coisificador” (p. 16).

Assim, é possível distinguir duas percepções do direito: o direito neutro face aos sistemas particulares de valor, e um direito inserido em um sistema comum de crenças, regras e valores, ou seja, a citada polêmica liberal-comunitarista:

O direito à igual consideração e respeito surge-nos, nas discussões políticas, como absolutamente claro: todo ator possui o direito a realizar escolhas, embasando-se nas liberdades individuais estruturadoras do cerne procedimental do liberalismo contemporâneo. A reivindicação pelo elemento solidário enquanto componente da cidadania, por seu turno, pode se tornar mais transparente à medida em que enfatizemos a noção de cidadania enquanto pleno pertencimento a uma sociedade nacional, o que significa tematizar processos de integração social. Ponderações de linha comunitarista buscam dar conta do fato de que o acordo procedimental por si só não seria competente para manter os vínculos sociais suficientemente estreitos. A fim de que se alcançasse uma vida em comum minimamente estruturada, far-se-iam necessários, ao lado de estruturas formais da justiça, laços cujo *locus* é encontrado na esfera dos costumes. (SOUSA, 1999, p. 27)

Assim, a partir da noção de liberdade é que se adensam os debates. A questão pode ser resumida da seguinte forma: “o individualismo liberal representa a reivindicação de uma liberdade que somente pode ser definida de modo negativo” (não-interferência), enquanto os “republicanos” defendem a não-interferência apenas contra o arbitrário,

⁴⁷ Peter Berger (1983) especula sobre a possibilidade de se recuperar a honra para o desenvolvimento da sociedade moderna: “It may be allowed, though, to speculate that a rediscovery of honor in the future development of modern society is both empirically plausible and morally desirable. ... A return to institutions will ipso facto be a return to honor. It will then be possible again for individuals to identify themselves with the escutcheons of their institutional roles, experienced now not as self-estranging tyrannies but as freely chosen vehicles of self-realization.” (p. 181)

proclamando um aspecto social e holístico da liberdade, o que “significa defender uma dupla tese: a do reconhecimento e da igualdade” (BERTEN, 2003, p. 23/4).

Portanto, o elemento central do debate passa a ser as razões que os cidadãos podem ter para participar ativamente do destino de seu país: para protegê-lo da interferência estatal (liberais) ou como condição do exercício da liberdade individual mediante o exercício da “virtude cívica” e da dedicação a uma comunidade política. Neste viés do debate, acerca da participação do cidadão, que concentraremos nossa análise.

O ponto convergente entre os teóricos utilizados, J. Rawls (1997, 2000), Michael Walzer (1990, 2003), Charles Taylor (2000), A. MacIntyre (1984), J. Habermas (1997, 2002) é “a possibilidade de construir um discurso público e democrático que consiga compatibilizar o universal ao particular numa sociedade pluralista e fracionada por inúmeras concepções de bem, de justiça e de democracia.” (LOIS, 2005, p. 24) O foco principal, portanto, residirá na influência do debate na construção da relação entre o campo jurídico e os campos político e social, em especial no “tipo ideal” de participação cidadã.⁴⁸

Este ponto convergente está inserido em uma outra importante temática: o movimento do “retorno ao Direito”, que tem como característica a insistência por um fundamento ético para a ordem jurídica, em meio à retomada do Direito como elemento integrante de uma perspectiva emancipatória. (SCHMIDT, 2004)

Esta retomada surge a partir da necessidade de se buscar a significação de pluralismo nas sociedades democráticas contemporâneas. Enquanto o pensamento liberal interpreta o pluralismo a partir do indivíduo, o comunitarista insiste na primazia das identidades sociais. Assim, a controvérsia se expande para outras significações, como

⁴⁸ Em trabalho sobre a “cidadania” brasileira, José Murilo de Carvalho (2002) aponta que um dos grandes problemas da “liberdade dos modernos” é o da viabilização da virtude republicana, que comporta o ativismo político e a preocupação com o bem coletivo. Isto porque esta virtude é típica do mundo antigo e dificilmente é compreensível em sociedades de mercado, “onde nem há tempo disponível para a ação cívica, nem motivação para que as pessoas se desviem da busca do interesse individual. A única justificativa lógica do bem coletivo no mundo utilitário permanece sendo a que o identifica com a soma dos interesses pessoais.” (p. 121) A presente análise versará sobre a dinâmica que a “justificativa lógica” apresentada pelo autor acarreta quando da análise da atuação do Supremo com a promulgação da Constituição de 1988.

democracia, tendo em vista que as “realidades democráticas contemporâneas não têm exatamente na identidade sua marca. Ao contrário, são altamente caracterizadas pelas diferenças e desacordos de distintos grupos culturais e sociais, visões de mundo, concepções individuais, etc, que compõem um cenário pluralista no qual qualquer consenso há de enfrentar sempre situações conflitivas.” (SCHMIDT, 2004)

Estas discussões retomam, ainda, a controvérsia entre a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos”⁴⁹: a primeira proveniente da concepção rousseauiana de uma sociedade homogênea e a vontade comum suprema; a segunda tem como marco a idéia de um sujeito autônomo, senhor de si e construtor de sua própria história, cuja necessidade jurídica imediata é ver sua liberdade, do tipo ‘deixar agir’ não obstruída, e tem como marco Locke. (TAVARES, p. 113)⁵⁰ Este dois marcos têm balizado o debate sobre a legitimidade constitucional.

Não existe democracia política sem a garantia constitucional dos direitos e liberdades fundamentais. A discussão em torno do ideal de justiça conveniente ao pluralismo do mundo se inicia focalizando o político e o sociológico, mas acaba por adentrar no âmbito do jurídico, pois não há como configurar e justificar um ideal de justiça sem que se encare, simultaneamente, a questão do papel da Constituição, de sua efetivação, dos direitos fundamentais e da atuação do Poder Judiciário. (TAVARES, p. 113)

Ademais, paralelamente aos debates mencionados acima, sobre o conceito de comunidade e suas decorrências entre liberais e republicanos, incorporaram-se novos temas, em especial sobre as práticas jurídico-constitucionais como interpretação

⁴⁹ Este debate é creditado a Benjamin Constant em *"Sobre a Liberdade dos Antigos Comparada com a dos Modernos"* (1819), em que contrapôs a liberdade dos indivíduos em relação ao Estado ("liberdade de") da liberdade dos indivíduos no Estado ("liberdade em"). A primeira forma de liberdade seria característica dos "modernos" (sociedades comerciais e industriais contemporâneas, marcadas pela intensa divisão do trabalho e pela prevalência dos interesses individuais) onde os indivíduos poderiam desenvolver suas potencialidades desde que libertos do poder absoluto do Estado. A "liberdade em" seria característica dos "antigos", ou seja, dos antigos gregos e romanos, em que os indivíduos podiam participar em tempo integral dos corpos de decisão política. Na disputa entre os antigos e os modernos, Benjamin Constant, defensor do liberalismo, conferia um sentido claramente positivo aos modernos.

⁵⁰ No século XX, outro defensor do liberalismo político, Isaiah Berlin (2002), adaptou a terminologia constantiana para "liberdade negativa" ("liberdade de" ou "liberdade para") e "liberdade positiva" ("liberdade em"). Para o autor o cerne do debate está na questão da obediência e da coerção. “Por que devo (ou alguém deve) obedecer a outro alguém?” “Com base nas respostas à pergunta dos limites permissíveis de coação, visões opostas são defendidas no mundo atual.” (p. 228) Para fins da presente análise, as respostas acarretam a forma como cada um dos atores se legitima no campo ou em relação a outro campo.

constitucional, controle de constitucionalidade, sistema de direitos, direitos humanos, dentre outros. Este é o objeto do presente capítulo: como o debate liberal-comunitarista influenciou estes temas mais próximos ao Direito.⁵¹

O debate liberal-comunitarista propicia certa confusão sobre os significados das diferentes designações utilizadas. Por isto, abaixo esclarecemos as designações (classificação) utilizadas no decorrer do presente trabalho é:⁵²

LIBERALISMO	Liberalismo Político	John Rawls
REPUBLICANISMO (ou humanismo cívico) ⁵³	Comunitarismo	Charles Taylor, Michael Walzer, MacIntyre
CRÍTICOS DELIBERATIVOS	Procedimentalismo (ética discursiva)	J. Habermas

Entre o republicanismo e os crítico-deliberativos, o ponto convergente é a defesa de conceitos-chave que designam modelos normativos de democracia, cuja meta comum é enfatizar a participação democrática além dos limites do liberalismo político. “Em vez de limitar a atividade participatória dos cidadãos para a função de legitimar periodicamente o exercício do poder do Estado, essa atividade deve ser permanente na esfera pública democrática e deveria ser vista como a fonte de todos os processos políticos de tomada de decisão.” (HONNETH, 2001, p 64)⁵⁴

⁵¹ Oportuno destacar, entretanto, que sobre o tema específico do controle de constitucionalidade, os comunitaristas o analisam como uma limitação ao processo deliberativo democrático, pois viola “o exercício da autonomia por parte de determinados grupos culturais” (CITTADINO, 2000, p. 194). Como nossa ênfase é a participação política, a dificuldade contramajoritária dos Tribunais Constitucionais será debatida no próximo capítulo.

⁵² Gisele Cittadino (2000) fornece uma outra apresentação do *retorno ao direito* utilizando as designações Liberais (John Rawls, Charles Larmore e Ronald Dworkin), Comunitários (Charles Taylor, Bruce Ackerman e Michael Walzer) e Crítico-Deliberativos (cujo pensador mencionado é Jürgen Habermas). De modo geral tem sido referido mais como *debate liberal-comunitário*.

⁵³ BERTEN (2003) apresenta a distinção entre republicanismo e humanismo cívico, aproximando este último aos comunitaristas. Para os fins do presente trabalho não adentraremos esta polêmica, pois as distinções não afetam a proposta ora apresentada: analisar como os modelos escolhidos enfrentam a questão da participação política.

⁵⁴ Ronald Dworkin (cf. **O Império do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 1999) e Bruce Ackerman (cf. Tres Concepciones de la Democracia Constitucional. In: **Cuadernos y Debates – Fundamentos y Alcances del control judicial de constitucionalidad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 15-31, 1991) também poderiam ser enquadrados na classificação acima, o primeiro como representante do “liberalismo ético” e o segundo nos críticos deliberativos (discurso neutral), entretanto, diante do objeto específico das

No modelo republicano, a esfera pública democrática é considerada um meio para a realização do autogoverno de uma comunidade política, enquanto o modelo crítico deliberativo defende a esfera pública como procedimento no qual a sociedade tenta resolver problemas políticos racionalmente de uma maneira legítima. Neste sentido, para os primeiros a lei é a expressão cristalizada da autocompreensão de uma cidadania solidária, para os segundos, representa medidas preventivas, sancionadas pelo Estado e moralmente legitimadas de proteção do procedimento democrático em sua complexidade. (HONNETH, 2001, p. 65/6)

Com relação ao posicionamento liberal acerca da mobilização dos cidadãos:

A posição republicana situa-se na tênue fronteira que separa, por um lado, a idéia de uma participação política como concepção do bem obrigatório (humanismo cívico) e, por outro, a idéia de que a participação política é um objetivo importante, porém nada mais representa que uma concepção da vida realmente boa, dentre outras (Rawls): para os republicanos, a participação política é obrigatória, não por encerrar um valor em si mesma, mas por ser uma condição necessária ao exercício da liberdade, já que, mais radicalmente, é parte constitutiva do exercício da liberdade. (BERTEN, 2003, p. 22)

Assim, iniciaremos com uma breve introdução de debate liberal-comunitarista, prosseguindo com o modelo comunitarista propriamente dito e, por fim, o modelo procedimentalista de J. Habermas. Para encerrar o presente capítulo, é preciso traçar a conexão entre o comunitarismo filosófico-político e o Direito, tarefa que propiciará vislumbrarmos a corrente adotada pelos diferentes atores analisados mais adiante.

análises no marco teórico, optamos pelos autores que mais influência têm nas análises debatidas na presente tese.

3.2 – O debate liberal-comunitarista (viés liberal)

A origem do debate liberal-comunitário é atribuída ao livro de John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, publicado em 1971, que aponta fundamentos da concepção liberal da pessoa e do Estado. Em reação a estes fundamentos, surgem várias críticas, no que se conhece como movimento comunitarista. Ambos refletem uma complexa discussão sobre a Democracia e seus fundamentos, bem como sobre a Constituição e seu papel, sendo desenvolvida sob o enfrentamento de distintas concepções de justiça, sociedade e sujeito.

A premissa dos liberais é o reconhecimento da pessoa como livre e igual perante as demais – valor primário e referencial da sociedade humana, decorrente de uma noção individualista da liberdade. A princípio, todas as expectativas são legítimas ante a capacidade de autodeterminação moral dos indivíduos. Não há fins filosóficos, religiosos, morais ou econômicos anteriormente concebidos que justifiquem ou definam de antemão hierarquias de privilégios e direitos. Isto não quer dizer, entretanto, que a sociedade seja concebida como uma associação de indivíduos com fins particulares que estabeleceriam um poder político para assegurar contratos, manter as regras da economia de mercado e garantir segurança, como supõe o liberalismo iluminista.

John Rawls (1997) trata da Justiça como equidade, utilizando como premissa a situação hipotética do consenso original, onde os princípios de Justiça são acordados em um *status quo* inicial que exclui pressupostos e preconceitos, onde as pessoas estão sob o “véu da ignorância”⁵⁵ e ninguém procura favorecer sua condição particular. Todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de Justiça, e porque compartilham esta concepção pública de Justiça é que se estabelecem os vínculos da convivência cívica: o desejo geral de Justiça limita a perseguição de outros fins.

⁵⁵ “O véu de ignorância impede que modelemos nossa visão moral de acordo com nossos interesses e vínculos particulares. Não analisamos a ordem social a partir de nossa situação, mas assumimos um ponto de vista que todos podem adotar em pé de igualdade. Nesse sentido, consideramos nossa sociedade e nosso lugar dentro dela de forma objetiva: partilhamos com os outros um ponto de vista comum, e não fazemos nossos julgamentos assumindo um viés pessoal. Assim, nossos princípios e convicções morais são objetivos, na medida em que foram atingidos e testados através da adoção desse ponto de vista geral e através da avaliação dos argumentos a seu favor mediante as restrições expressas na concepção da posição original.” (p. 575)

Estes princípios da estrutura básica são a base comum da Justiça para as instituições, determinando as expectativas mútuas, ou seja, a Justiça formal. Apenas após se adotar os princípios institucionais é que a Justiça substantiva (Justiça para os indivíduos) é analisada. Esta ordem demonstra a natureza social da virtude da Justiça, sua íntima ligação a práticas sociais. As obrigações e deveres de uma pessoa pressupõem uma concepção moral das instituições e, portanto, o conteúdo das instituições justas deve ser definido antes que as exigências para os indivíduos possam ser determinadas. Os homens têm expectativas diferentes, fruto de circunstâncias econômicas e sociais diversas, e por isto as instituições sociais favorecem o ponto de partida para a concepção pública de Justiça. Assim, a posição particular das pessoas na sociedade não é justa, nem injusta, mas sim um fato natural. O justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos.

A partir da idéia de sociedade bem-ordenada, Rawls ressalta o fato de que para haver Justiça é preciso que haja igualdade e liberdade de direitos a todos os cidadãos, o que torna imprescindível a formação de um conjunto de princípios que forneçam os critérios definidores dos direitos e deveres. Cada um aceita, sabendo que todos também aceitam, os mesmos princípios da Justiça, e que, em geral, as instituições também satisfazem esses princípios, sendo reconhecidas como justas. Em uma sociedade justa, as liberdades básicas são tomadas como pressupostos, e os direitos não estão sujeitos à negociação política e ao cálculo de interesses sociais, porque os princípios foram escolhidos na posição original.

Destaque-se que, para a imposição de realização dos princípios, não basta que todos aceitem determinado princípio de Justiça, impõe-se que se comportem no sentido de realizar o que entendem por justo. Não se pretende, com isso, eliminar os conflitos sociais, as divergências de opiniões, mas reconhecer que, mesmo diante desses problemas, todos têm uma concepção de Justiça que os levam a admitir a necessidade de um conjunto específico de princípios para a atribuição de direitos e deveres básicos.

Ademais, o autor entende que as relações dos indivíduos entre si preparam o cenário para as questões da Justiça, e que nossas deliberações e julgamentos são influenciados por nossas atitudes e inclinações particulares. Há deficiências no conhecimento, no pensamento

e julgamento. O conhecimento é incompleto, os poderes de raciocínio, memória e atenção são limitados e o julgamento tende a ser distorcido pela ansiedade, preconceito e preocupação com os próprios interesses.

Neste sentido surge a Teoria da Justiça como equidade: uma teoria contratualista que explica o porquê do sentimento de Justiça, de como os sentimentos morais regulam nossas vidas. A partir do consenso que chegam os membros de uma sociedade bem-organizada sobre os princípios da Justiça, esta passa a refletir não apenas uma preferência, mas uma preocupação com a humanidade.

A idéia de sociedade bem organizada do autor está entrelaçada com a de união social.

De fato é uma união social de uniões sociais. Os dois traços característicos estão presentes: a implementação bem sucedida de instituições justas é o objetivo final partilhado por todos os membros da sociedade e essas formas institucionais são valorizadas em si próprias.... os membros de uma sociedade bem-organizada têm o objetivo comum de cooperarem juntos para realizar a sua natureza e a dos outros de modo que são permitidos pelos princípios da justiça. Essa intenção coletiva é a consequência do fato de todos terem um senso de justiça efetivo. (1997, p. 586)

Assim, Rawls defende o consenso original e seus pressupostos de Justiça. Como a situação hipotética está livre de influências de interesses particulares e preconceitos, estes pressupostos representam a Justiça como equidade, demonstrando os valores principais no estudo da Justiça. O autor procura sistematizar uma Teoria da Justiça por intermédio de uma teoria contratualista da posição original, procurando evitar uma teoria de moral. Na perspectiva liberal de Rawls, existem princípios de justiça publicamente reconhecidos – reconhecimento mútuo entre os membros das diferentes gerações da congruência entre o justo e o bem, escolhido no que o autor chama de “posição original” (1997, p. 124).

Entretanto, a estrutura básica liberal justa do autor comporta a noção de união social ou comunidade. Esta comunidade não tem uma concepção unitária, pois é uma união social de uniões sociais, ou seja, um conjunto de grupos, comunidades, associações de toda ordem “que se apesar de distintas na concepção do bem, e no modo de vida, estão unidas por

instituições que possuem objetivos comuns partilhados de justiça e liberdade” (FERNANDES, p. 81).⁵⁶

Da sua concepção de pessoa decorre a idéia de liberdades fundamentais. As pessoas são tomadas no aspecto moral justamente para serem enfocadas como iguais. Ao supor que as pessoas têm concepções de bens diferentes e incomensuráveis, a única forma de proteger o pluralismo como valor básico das sociedades democráticas é a garantia das liberdades fundamentais.

Aqui surge uma segunda obra, “O Liberalismo Político” (2000), em que o autor procura esclarecer alguns mal-entendidos: a prioridade do justo não nega a idéia do bem. O liberalismo político, que tem papel central na justiça como equidade, apenas restringe a idéia de bem a idéias políticas, que “devem fazer parte de uma concepção política razoável de justiça”. Assim, estas “idéias de bem” são ou podem ser compartilhadas por cidadãos considerados livres e iguais e não pressupõem qualquer doutrina abrangente. (p. 222/3) Portanto, a grande crítica do autor ao comunitarismo, que ele denomina de “humanismo cívico” (p. 254) é a idéia de “doutrina abrangente”: ao incentivar a participação na vida política esta doutrina não está incentivando-a como algo necessário à proteção das liberdades básicas da cidadania democrática e como tal um bem entre outros, mas a considera “o *locus* privilegiado da vida digna de ser vivida” (p. 255).

Portanto, Rawls atribui aos bens primários uma natureza prática:

No entanto, podemos dizer que, quando as instituições básicas satisfazem uma concepção política de justiça reconhecida por todos os cidadãos que defendem doutrinas abrangentes num consenso sobreposto razoável, esse fato confirma que aquelas instituições oferecem um espaço suficiente para formas de vida merecedoras da adesão devotada dos cidadãos. É isso que essas instituições devem realizar, se pretendem ser as instituições de uma sociedade justa e boa. (2000, p. 235)

⁵⁶ Conforme veremos em seguida, Walzer revisa o seu conceito de comunidade a partir desta idéia rawlsiana de união social em artigo posterior à publicação de “Esferas da Justiça” (2003).

Assim, a democracia não é um valor supremo, sendo subordinada aos direitos e liberdades básicas. A concepção de Constituição, desse modo, expressa um procedimento político justo que fixa as restrições pelas quais os direitos e liberdades básicas não apenas são assegurados, como têm garantida a sua prioridade – ou seja, liberdades negativas.

Idealmente, uma constituição justa seria um procedimento justo concebido para assegurar um resultado justo. O procedimento seria o processo político regido pela constituição; e o resultado, o conjunto da legislação elaborada, enquanto os princípios de justiça definiriam um critério de avaliação independente para ambos, procedimento e resultado. (1997, p. 213)

Após a adoção dos princípios de justiça na posição original, as partes procurariam formar uma “convenção constituinte”, decidindo sobre a justiça de formas políticas e escolhendo uma constituição. “Observando as restrições dos princípios de justiça já escolhidos, elas devem propor um sistema para os poderes constitucionais, de governo e os direitos básicos dos cidadãos. É nesse estágio que elas avaliam a justiça dos procedimentos para lidar com concepções políticas diversas.” (RAWLS, 1997, p. 213)

Resumindo sua relação entre o justo e o bem, Rawls tenta responder à seguinte pergunta: como o liberalismo político pode empregar as idéias do bem sem fazer afirmações sobre a verdade de alguma doutrina abrangente?

Primeiro, a prioridade do justo significa (em seu sentido geral) que as idéias do bem utilizadas devem ser políticas, de modo que não precisamos nos basear em concepções abrangentes do bem, mas apenas em idéias moldadas para se acomodar no interior da concepção política. Segundo, a prioridade do justo significa (em seu sentido particular) que os princípios de justiça estabelecem limites para as formas de vida permissíveis: as exigências que os cidadãos fazem ao tentar realizar fins que transgridem esses limites não têm nenhum peso. A prioridade do justo dá aos princípios de justiça uma precedência rigorosa nas deliberações dos cidadãos, e limita sua liberdade de promover certos modos de vida. Essa prioridade caracteriza a estrutura e o conteúdo da justiça como equidade e aquilo que esta considera como boas razões na deliberação. (2000, p. 258)

3.3 – O modelo comunitarista

A premissa comunitarista de sujeito é inversa – não se trata mais do reconhecimento da pessoa como livre e igual perante as demais, mas do reconhecimento do direito à diferença, e da reivindicação política de bens em nome dessa diferença. Os comunitaristas supõem que as sociedades são comunidades constituídas em vista de bens comuns, tendo em vista sua cultura, tradições, o seu “mundo da vida”, o que reflete uma visão historicista, sempre referenciando um conteúdo. O caráter justo ou não de uma sociedade é concebido não a partir de um modelo abstrato de direitos universais, mas conforme o mérito dentro de um contexto social.

Desta forma, reivindica-se uma liberdade participativa do cidadão, ativamente participante dos temas públicos. As instituições políticas e jurídicas são obedecidas não por medo, mas porque são expressões dos cidadãos que compõem esta sociedade. Trata-se da virtude de um patriotismo de tradição humanista e cívica, segundo a qual a disciplina não é imposta, externamente, como coerção, mas auto-imposta, no exercício da diversidade mantida por ideais comuns motivadores, os quais redundam em participação. O objetivo é realçar o equívoco da distinção entre “para mim” e “para você” de um lado, e “para nós”, do outro. (TAYLOR, 2000)

Assim, o que embasa a crítica comunitarista ao liberalismo é a noção de justiça distributiva, priorizando o bem⁵⁷, e não os direitos como fazem os liberais. E como para os comunitaristas o bem é determinado justamente a partir de sua especificidade histórica e cultural, surge o conceito de comunidade e a sua interface com a noção de participação política, categorias teóricas cruciais para a presente análise e na qual concentraremos nossas reflexões a partir de agora. Trata-se de conectar a moralidade com a institucionalidade própria a cada sociedade, à existência de um entendimento comum, um consenso quanto ao bem a ser buscado pela coletividade. (MACINTYRE, 1984)

⁵⁷ A definição de justiça distributiva a partir do conceito de bem significa a forma pela qual uma comunidade se associa para produzir, compartilhar, dividir e intercambiar os bens sociais (produto dos seus significados sociais). (WALZER, 1993)

Para Charles Taylor (2000), no cerne do debate existem dois modelos distintos de dignidade do cidadão: um que se baseia na participação política (A) e outro na recuperação judicial (B). O modelo B concentra-se nos direitos individuais e no tratamento igualitário, na ação governamental que leva em conta as preferências dos cidadãos. Trata-se de enfatizar a capacidade do cidadão de reivindicar esses direitos e assegurar tratamento igual, bem como de influenciar os reais tomadores de decisões. Assim, não se valoriza a participação apenas como procedimento do regime democrático (eleições por exemplo), mas sim o fato de se ter voz ativa (TAYLOR, 2000, p. 216)⁵⁸

O modelo de participação política (A), em contraste, define a participação no autogoverno como a essência da liberdade:

A plena participação no autogoverno significa, ao menos parte do tempo, ter alguma participação na formação de um consenso de governo, com o qual podemos nos identificar junto com outros. Governar e ser governado podem ser ‘nós’, não sempre ‘eles’. Considera-se o sentido da capacidade do cidadão incompatível com uma nossa condição de partícipes de um universo político alheio que talvez possamos manipular, mas com o qual nunca poderemos nos identificar. (TAYLOR, 2000, p. 217)

A definição de regime republicano implica que as relações de identidade e comunidade sejam exploradas, distinguindo as diferentes possibilidades, em particular o possível lugar das identidades-nós em oposição às identidades-eu meramente convergentes. Para o humanismo cívico os cidadãos precisam ter uma identificação patriótica mais profunda, não apenas a liberdade como limitação do despótico (liberdade negativa): a liberdade era pensada como liberdade do cidadão, a do participante ativo nos negócios públicos, livre no sentido de ter voz nas decisões do domínio político, que moldaria a vida de todos. Assim, patriotismo é a identificação comum com uma comunidade histórica fundada em certos valores, que só seria viável diante da partilha de uma adesão comum a

⁵⁸ Outra percepção tem Rawls (1997): “Por ser a constituição o fundamento da estrutura social, o mais elevado sistema de normas que regula e controla outras instituições, todos têm o mesmo acesso ao procedimento político que ela estabelece. Quando o princípio da participação é obedecido, todos têm o *status* comum de cidadãos iguais”. (p. 248)

um conjunto histórico de instituições como o pilar comum da liberdade e dignidade, bem como sua valorização. (TAYLOR, 2000)

De qualquer forma, só é possível resolver a questão em termos da tradição e da cultura de cada sociedade, ou seja, particularizando o tema a determinada sociedade.

Não sei qual se mostrará verdadeiro. Os republicanos alegam que o contínuo crescimento da sociedade burocrática, centralizada, e a conseqüente exacerbação da alienação participante só podem solapar o patriotismo no longo prazo. Replicarão os liberais que os recursos da reivindicação de direitos aumentarão o poder das pessoas *pari passu* com a disseminação do poder burocrático. Medidas como os atos de liberdade de informação já mostram que se pode opor a este último um poder contrário. (TAYLOR, 2000, p. 218)

Cumprе salientar, entretanto, que o comunitarismo não deve ser confundido com uma tentativa nostálgica de reconstruir uma noção primordial e abrangente de consenso moral, ou como um retorno às comunidades tradicionais. Na verdade, é sim “uma tentativa de reformular o ideal democrático em uma sociedade moderna, altamente diferenciada, mas não necessariamente fragmentada.” (JOAS, 2001, p. 109)

Isto porque Taylor discorda da natureza da controvérsia entre liberais e comunitários, defendendo que os liberais também têm “marcas” comunitárias, por intermédio de uma releitura dos princípios ontológicos que fundaram as democracias liberais ocidentais, resgatando uma outra tensão, entre atomismo e holismo, inserida em uma das dimensões do debate, a ontológica. O autor explica que, em virtude da indistinção entre as dimensões do debate liberal-comunitário, a ontológica e a de defesa, que surgem as divergências.⁵⁹

⁵⁹ O autor traça esta crítica analisando os fundamentos da vertente mais forte das teorias liberais, o procedimentalismo, que vê a sociedade como uma associação de indivíduos, cada um dos quais tem uma concepção de boa vida ou vida válida que corresponde a um plano ou projeto de vida individual, e conseqüentemente parece adotar uma fórmula para uma sociedade instrumental, projetada para buscar bens meramente convergentes. Bens convergentes são os bens públicos que, apesar de atenderem aos desejos individuais, só são concebidos coletivamente, como por exemplo, o corpo de bombeiros. Assim, a grande questão levantada “contra” os liberais é de perceberem o autogoverno como mero instrumento do regime de direito e de igualdade.

A dimensão ontológica diz respeito às questões que esclarecem os fundamentos e princípios de uma determinada teoria social, e é nela que se separam atomistas e holistas. Os atomistas são adeptos do individualismo metodológico e acreditam que é possível explicar ações, estruturas e práticas em termos individuais. Trata-se do obstáculo sociológico que MacIntyre (1984) levanta:

The social obstacles derive from the way in which modernity partitions each human life into a variety of segments, each with its own norms and modes of behavior. So work is divided from leisure, private life from public, the corporate from the personal. So both childhood and old age have been wrenched away from the rest of human life and made over into distinct realms. And all these separations have been achieved so that it is the distinctiveness of each and not the unity of the life of the individual who passes through those parties in terms of which we are taught to think and to feel. (p. 204)

Em contrapartida, o debate de defesa trata das questões políticas e morais envolvidas no debate, polarizado entre os que priorizam os direitos individuais e os princípios de igualdade e liberdade de um lado, chamados de liberais, e de outro lado os que dão maior prioridade à vida comunitária ou aos bens coletivos, os comunitaristas propriamente ditos.

As dimensões estão interligadas, mas são distintas. A dimensão ontológica pode ser o suporte para argumentos na esfera da política, porém, as opções são múltiplas. Por isso, não há, necessariamente, uma consequência direta entre partilhar de um individualismo holístico e ser considerado comunitarista. “Cada posição do debate atomismo-holismo pode ser combinada com qualquer posição da questão individual-coletivista. Há não apenas individualistas atomistas (Nozick) e coletivistas holistas (Marx), mas também individualistas holistas (Humboldt).” (1997, p. 201).

Michael Walzer (1990) também aponta que os comunitaristas não negam radicalmente os ideais liberais, mas defendem que estes devem estar contextualizados na história, cultura e valores de uma determinada comunidade⁶⁰. O pressuposto deste autor é a

⁶⁰ Importante salientar que Walzer admite alguns pressupostos liberais, numa tentativa de “correção comunitarista do liberalismo” em um artigo, “The Communitarian Critique of Liberalism” após a publicação do “Esferas da Justiça”, obra em que define sua concepção teórica de comunidade política. Entretanto, apesar

idéia de igualdade complexa.⁶¹ O objetivo do igualitarismo político é uma sociedade livre da superioridade: ninguém possui nem controla os meios de dominação.

O que está em jogo é a capacidade de um grupo de pessoas dominar seus semelhantes. Não é o fato de existirem ricos e pobres que gera a política igualitária, mas o fato de que os ricos “oprimem os pobres”, impõem-lhes sua pobreza, exigem-lhes comportamento respeitoso. De maneira semelhante, não é a existência de aristocratas e plebeus, ou de autoridades e cidadãos comuns (e, decerto, não é a existência das diversas raças ou dos sexos) que produz a exigência popular de abolição das diferenças sociais e políticas; é o que os aristocratas fazem aos plebeus; o que as autoridades fazem aos cidadãos comuns; o que as pessoas que têm poder fazem aos que não têm. (2003, p. XVII)

Assim, o autor defende a idéia da justiça distributiva a partir do posicionamento dos indivíduos, e não da universalidade como defende o ideal liberal. Ao invés de perguntas como “o que os indivíduos racionais escolheriam em situações universalizantes de tal tipo?” O autor propõe “o que escolheriam indivíduos como nós, situados como nós, que compartilham uma cultura e estão decididos a continuar compartilhando-a?” (2003, p. 4) Assim, os princípios da justiça passam a ser pluralistas na forma. A justiça é invenção humana e não é feita de uma só maneira: “as questões apresentadas pela justiça distributiva admitem uma série de respostas, e há espaço dentro dessa série para a diversidade cultural e as opções políticas” (p. 4) O autor defende que, ao procurar unidade fundamental na lista de bens essenciais para a justiça, não se compreende a justiça distributiva.

No tocante à participação dos cidadãos, Taylor aborda os motivos pelos quais os cidadãos reagem com ultraje a atos de caráter abusivo, defendendo que não é nem por um

de sua tentativa de conciliar conceitos liberais e comunitaristas, Walzer acaba retornando ao conceito de comunidade política enunciado em *Esferas* e assumindo o humanismo cívico como formato político ideal para conceber a comunidade política. (FERNANDES, 2000, p. 83)

⁶¹ Cumpre citar trecho em que o autor distingue igualdade complexa de igualdade simples a partir de exemplo emblemático: “A igualdade simples é uma situação distributiva simples: se tenho quatorze chapéus e você tem quatorze chapéus, somos iguais. E será excelente se os chapéus forem predominantes, pois então nossa igualdade se amplia a todas as esferas da vida social. Da perspectiva que adoto aqui, porém, temos simplesmente o mesmo número de chapéus, e é improvável que os chapéus sejam predominantes por muito tempo. A igualdade é uma relação complexa de pessoas, mediadas por bens que criamos, compartilhamos e dividimos entre nós, não é uma identidade de posses. Requer, então, uma diversidade de critérios distributivos que expresse a diversidade de bens sociais.”(p. 21) A igualdade simples supõe de que há um bem social dominante, dinheiro, riqueza ou meios de produção, que, se fosse distribuído de forma igualitária, garantiria a realização de igualdade.

cálculo de que esse seja seu interesse de longo prazo (sentimento atomista, individual), nem por compromisso com princípios da democracia geral, ou seja, altruísmo. Para o autor, o que gera o ultraje é uma espécie de identificação patriótica, e esta também é perceptível em sociedades liberais.

Para comprovar este raciocínio, ele cita a reação a Watergate, o famoso escândalo político americano que chegou a afastar o Presidente do poder:

No caso dos Estados Unidos, há uma ampla identificação com o “american way of life”, um sentido de que os americanos partilham uma identidade e uma história comuns, definidas por um compromisso com certos ideais, articulados famosamente na Declaração de Independência, no Discurso de Gettysburg, de Lincoln e em outros documentos desse gênero, que por sua vez derivam sua importância do vínculo que têm com certas transições climáticas de uma história partilhada. É esse sentido de identidade, e o orgulho que o acompanha, que é ultrajado pelas ações ocultas de um Watergate, e é isso o que provoca a reação irresistível. (TAYLOR, 2000, p. 212)

Assim, o que o autor busca defender, novamente, é que a concepção liberal do regime de Direito tem um referencial, também, comunitarista. Ou seja, a sociedade liberal pode ser republicana e admite o patriotismo. Isto porque o perigoso é pressupor que o “liberalismo procedimental” envolva uma ontologia atomista, já que se refere a planos de vida individuais e, portanto só poderia obter adesão a partir de fontes atomistas. Mas isto é consequência de uma análise ontológica como de defesa, pois é possível um liberal procedimental ser holista.

Portanto, é necessário, para o autor, os dois tipos de liberdade, a positiva e a negativa, para o florescimento das democracias contemporâneas. Os liberais procedimentalistas, ao não realizarem a distinção entre as questões ontológicas e as de defesa, “entendem que seus críticos comunitários simplesmente propõem uma política diferente, que eles apreendem vagamente como de cunho mais coletivista, em vez de ver que a contestação se baseia num mapa redesenhado de possibilidades políticas” (p. 219), e assim, confundem as dimensões ontológicas e de defesa.

Walzer (2003) também aponta a necessidade de limitação do poder do soberano, o Estado. Isto porque, além da necessidade de limitar o poder tendo em vista a liberdade, outra consequência de um governo sem limites é a afronta à igualdade: representa a subordinação de todas as associações de indivíduos à única associação que possui e exerce o poder do Estado. (p. 389)

O que o autor realça é a necessidade de “conversar sobre os problemas”:

Os cidadãos devem governar-se a si mesmos. O nome desse governo é “democracia”, mas a palavra não define nada que se assemelhe a um sistema simples; nem é a democracia o mesmo que a igualdade simples. De fato, o governo não pode nunca ser simplesmente igualitário, pois, a qualquer momento, alguém ou algum grupo precisa resolver este o aquele problema e, então pôr a decisão em prática, e outro alguém ou outro grupo deve aceitar a decisão e tolerar sua vigência. A democracia é um modo de reservar poder e legitimar seu uso – ou melhor, é o modo político de atribuições de poderes. Toda argumentação extrínseca é descartada. O que vale é discussão entre os cidadãos. A democracia valoriza o discurso, a persuasão e ao talento retórico. O ideal é que o cidadão que apresentar o argumento mais convincente – isto é, o argumento que realmente convença o maior número de cidadãos – consiga o que quer. Mas não pode usar a força, abusar do poder ou distribuir dinheiro; precisa conversar sobre os problemas. (WALZER, 2003, 416/7)

Na democracia o poder político é distribuído por meio de debates e votos, e ainda que seja uma espécie de poder, pois relacionada com a habilidade política, é melhor “participar de discussões e debates, mesmo que em desigualdade, do que eliminá-los em nome da igualdade simples” (424) A democracia exige direitos iguais, mas não poderes – os direitos são justamente as oportunidades garantidas de exercer um poder mínimo (o direito de voto) ou tentar exercer um poder maior (o direito à expressão, à assembléia e de fazer petições). Normalmente se imagina o “bom cidadão” como alguém que está sempre tentando exercer um poder maior, embora não obrigatoriamente em benefício próprio, pois ele tem princípios e idéias, e coopera com pessoas de idéias comuns.

Assim, o autor aponta que “todo cidadão é participante em potencial, um político em potencial” (WALZER, 2003, p. 425) e esta potencialidade é condição necessária do auto-respeito do cidadão: ele se respeita por ser alguém capaz de entrar na luta política,

cooperar e competir no exercício e na busca do poder. Mas, obviamente, destituído de bens não políticos, munidos apenas de seus argumentos. “Armas, carteiras, títulos e diplomas” ficam de fora. Não seria legítimo que cidadãos pudessem vencer suas lutas políticas por serem ricos ou patrocinados por amigos ricos ou poderosos.

Entretanto, a noção de cidadão está totalmente imersa na de comunidade política. É a comunidade política o lugar onde os cidadãos partilham seus valores, a fim de produzir seus bens sociais, e decidem sobre quais critérios distributivos aplicar. Neste sentido, pertencer a uma comunidade torna-se essencial para que ocorra a participação dos cidadãos: eles devem ser aceitos e efetivamente pertencer à comunidade. E esta participação efetiva assegura a não tirania e, portanto, a própria justiça distributiva.

Portanto, para Walzer, o poder político é exercido com a participação ativa e explícita dos cidadãos. Fica claro que o cotidiano da participação política (nos comitês e convenções partidárias) é que representa para Walzer a participação política ativa do cidadão na comunidade, ao contrário do voto em plebiscito por exemplo, que, apesar de representar uma forma de participação política direta, para Walzer não confere o bastante aos cidadãos no que tange a uma efetiva participação política ativa na comunidade. Num contexto de igualdade complexa cada cidadão torna-se um participante potencial, um político potencial e não apenas um eleitor. (FERNANDES, 2000, p. 77)

Aqui salientaremos um conceito pertinente ao nosso tema, de Charles Taylor (2000): o de fragmentação política. Para tratar da fragmentação, o autor inicialmente trata da esfera pública: o espaço comum em que os membros da sociedade se congregam, por meio de uma variedade de meios, bem como em encontros diretos, para discutir questões de interesse comum e, assim, serem capazes de formar uma idéia comum sobre essas questões, sem a mediação da esfera política, em um discurso da razão fora do poder. Esta percepção de esfera pública é crucial para uma democracia.

Entretanto, quando o cidadão sente que o poder está a uma grande distância de si, sendo com frequência não-responsivo, verifica-se a fragmentação. Esta se caracteriza por um povo cada vez menos capaz de formular um propósito comum e de buscar levá-lo a efeito. Ela advém quando as pessoas passam a ver a si mesmas cada vez mais atomisticamente, cada vez menos ligadas aos compatriotas em projetos e compromissos

comuns. “As pessoas podem de fato sentir-se ligadas a outras em alguns projetos, mas trata-se de agrupamentos parciais que não abrangem toda a sociedade: uma comunidade local, uma minoria étnica, os adeptos de alguma religião ou ideologia, os promotores de algum interesse especial.” (TAYLOR, 2000, p.299)

A fragmentação pode ser motivada por várias formas, como pela debilitação dos vínculos de simpatia; pela ruptura de um tipo de cisão do processo decisório democrático (quando os cidadãos menos favorecidos sentem que seus interesses são sistematicamente negligenciados ou negados; quando um grupo ou comunidade cultural se sente não reconhecido pela sociedade mais ampla), e também mediante o fracasso da própria iniciativa democrática.

O discurso comunitarista implica esta configuração de valores, de um envolvimento por parte do cidadão além do momento de participação nas eleições, isto porque ele é genuinamente “ouvido” no debate democrático. (TAYLOR, 2000)

Uma sociedade fragmentada, com cidadãos alienados, pode ser considerada democrática e igualitária, mas a política começa a assumir uma forma diferente: o propósito comum que permanece partilhado é o do regime de direito e a proteção de direitos. Este propósito comum, contudo, acarreta o destaque de duas facetas da vida política: batalhas judiciais (revisão judicial), e política dos grupos de interesse e de defesa (pessoas se lançam em campanhas de tema único e agem em favor de sua causa)⁶².

No tocante às batalhas judiciais, pode-se questionar a estabilidade a longo prazo, e a dificuldade de resolução dos problemas propriamente ditos. Isto porque as decisões judiciais são “absolutas”: ou se ganha ou se perde, pedindo a satisfação integral do que se é solicitado. Assim, não se chega a um acordo. “O aborto mais uma vez pode servir de exemplo. Quando se vê a coisa como o direito do feto versus o direito da mãe, há poucas

⁶² O autor novamente utiliza o comportamento e a política americana como exemplos: questões que em outras sociedades são determinadas pela legislação, depois do debate entre diferentes opiniões, são julgadas com objetos adequados de decisão judicial à luz da Constituição, como é o caso do aborto. Presidentes republicanos vêm tentando mudar a composição da Suprema Corte no intuito de reverter a decisão que liberalizou o aborto em 1973 no país. (2000, p. 300)

posições entre imunidade ilimitada de um e a liberdade sem peias da outra. A tendência a acertar as coisas judicialmente, polarizada ainda mais por campanhas de interesses especiais rivais, solapa efetivamente a possibilidade do acordo”. (TAYLOR, 2000, p. 301)

Isto tudo gera muita atividade, mas atrofia a formação de maiorias democráticas em torno de programas dotados de sentido que possam ser levados à sua forma concreta.

“a eficácia dos cidadãos consiste em ser capaz de alcançar seus direitos, sejam quais forem as conseqüências para a sociedade como um todo. Tanto a revisão judicial como a política da questão única operam a partir disso. Uma sociedade fragmentada é aquela cujos membros têm cada vez mais dificuldades para se identificar com sua sociedade política como comunidade. É aí que pode começar o círculo vicioso. A falta de identificação pode refletir a perspectiva atomista, em que as pessoas passam a ver a sociedade apenas em termos instrumentais. Mas também ajuda a arraigar o atomismo, dado que a ausência de uma ação comum efetiva a partir de uma pauta mais ampla, por meio de coalizações majoritárias, volta a deixar as pessoas entregues a si mesmas. A fragmentação é sem dúvida intensificada pelo sentido de que o governo é impermeável e o cidadão, impotente, agindo pelos canais eleitorais, o que instaura uma espiral que se auto-alimenta.” (TAYLOR, 2000, p. 302)

Não há prescrições universais para combater a fragmentação, depende da situação particular, mas ela aumenta quando as pessoas já não se identificam com sua comunidade política, quando seu sentido de pertinência corporativa se transfere para outras instâncias ou se atrofia por inteiro. A participação sem reflexão representa uma política moralmente insatisfatória, na medida em que não gera auto-respeito. “O cidadão precisa estar disposto e ser capaz, quando chegar a hora, de deliberar com os companheiros, ouvir e ser ouvido, assumir a responsabilidade pelo que diz e faz”(WALZER, 2003, 425)

Nesta linha, Walzer aponta que a estrutura da sociedade liberal é comunitária, mas a retórica do liberalismo distorce e oculta este aspecto. Ele se baseia na idéia liberal de associações voluntárias. A proposta seria reforçar estas práticas liberais de estímulo a associações voluntárias, para que contribuam no desenvolvimento de valores comunitaristas dentro da sociedade liberal. “É uma tentativa de agir no contexto da sociedade liberal e não esperar idealmente pela conversão dos valores liberais dos indivíduos em valores comunitaristas”(FERNANDES, 2000, p. 78)

.. American communitarians have to recognize that there is no one out there but separated, rights-bearing, voluntarily associating, freely speaking, liberal selves. It would be a good thing, though, if we could teach those selves to know themselves as social beings, the historical products of, and in part the embodiments of, liberal values. For the communitarian correction of liberalism cannot be anything other than a selective reinforcement of those same values...(WALZER, 1990, p. 15)⁶³

No tocante ao campo específico do Direito, é importante salientar que tanto Taylor quanto Walzer acreditam que os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados traduzem mais vontade e autodeterminação da comunidade do que um espaço de independência individual contra arbitrariedades estatais (liberdades negativas). Assim, “o sistema de direitos constitucionais assegura as liberdades positivas enquanto capacidade de determinação e controle de uma existência conjunta.” (CITTADINO, 2000, p. 161)

Nesta linha de argumentação, o próprio significado de Constituição reflete um projeto comum, um sentimento compartilhado, uma identidade e história comuns de determinada sociedade. Os direitos fundamentais compreendidos como liberdades positivas demandam, em essência, uma cidadania ativa, participativa no processo de deliberação pública.

Para amparar esta compreensão, Taylor aponta a necessidade de uma “identificação patriótica”, o sentimento de pertencimento a uma comunidade de valores compartilhados. A falta de percepção da força e importância da comunidade na vida dos sujeitos acarretaria o desinteresse público, um problema do pensamento liberal. Isto porque a política passaria a ser um mal necessário, “resultado da convivência entre sujeitos livres, iguais e racionais”, pois optaram por um plano racional de vida, vendo o espaço público com o exclusivo propósito de atender a essas demandas (LOIS, p. 26)

⁶³ “.. é preciso que os comunitaristas norte-americanos reconheçam que não existe nenhuma outra coisa que não seres liberais separados, portadores de direitos, que se exprimem livremente e que se associam voluntariamente. Mas seria bom se conseguíssemos ensiná-los a se reconhecerem como seres sociais, como produtos históricos e em parte como personificações de valores liberais.”

O que aflora no debate, é, portanto, uma nova visão da própria significação de cidadania e participação, a noção de “atitude” (SCHMIDT, 2004) mencionada anteriormente. E esta visão poderá ser interpretada, no âmbito da jurisdição constitucional, como uma compreensão dos mecanismos e qualidades da autonomia pública enquanto projeto de elevação das formas de existência social. E a sua realização não pode ser orientada por uma teoria do direito que se sustenta na imparcialidade alcançada pela obrigatoriedade de critérios racionais supostamente universais.

3.4 – As críticas “deliberativas”

O modelo procedimentalista, ou deliberativo, é desenvolvido por J. Habermas, justamente a partir de críticas ao pensamento liberal e comunitário. Em sua obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* (1997), o pano de fundo para as argumentações é a supressão dos laços que uniam o direito à moral e à política, sendo a pergunta chave: de onde as normas do direito obtém sua legitimidade?

Com este intuito, a proposta é de substituir o conceito de razão prática, que até então mediava a relação entre sociedade e racionalidade (por ser uma faculdade subjetiva diz aos atores o que devem fazer), pelo conceito de razão comunicativa, a partir da qual seria possível compreender em larga medida o problema da integração social sob a ótica da tensão entre facticidade e validade. Isto porque a razão comunicativa é compreendida a partir do *medium* da linguagem cotidiana, liberando-se, portanto, do elemento moral que estava presente na razão prática, sendo capaz, contudo, de se abrir ao mesmo tempo para discursos morais, éticos e pragmáticos. O elemento de mediação é a linguagem.

São os próprios atores que, ao usarem a linguagem com vistas ao entendimento mútuo, estabelecem determinadas condutas como válidas. Seus conceitos ou proposições básicas não constituem mais um sistema absoluto capaz de tudo incorporar, uma vez que não passam de simples meios dos quais podemos servir-nos para nos apropriarmos dos

conhecimentos científicos, e para tematizar as intuições oriundas do mundo da vida⁶⁴. Esta substituição não permite somente repensar os paradigmas e bases de uma razão moderna, mas também interpretar e configurar as ordens políticas e jurídicas da prática social contemporânea. A razão não precisa mais se fixar exclusivamente em um único ponto de vista ou apenas no elemento moral, podendo ser conectada a modos de ver empíricos e funcionais, fato decisivo para a construção da teoria do direito.⁶⁵

No tocante à tensão entre facticidade e validade, Habermas destaca que as normas não podem mais ser reconhecidas como válidas sob o ponto de vista da autonomia moral (Kant), nem mais do ponto de vista de uma eticidade substancial (Rousseau), mas sim: por um lado, as normas jurídicas são direito positivo (sentido técnico-jurídico, são válidas/vigentes) e por outro da pretensão de legitimidade por elas levantadas, uma legitimidade que é inerente ao próprio direito (que deve se separar da ética, da moral e da política).

A tensão significa que o Direito positivo não pode garantir a sua legitimidade apenas por meio da legalidade, ou seja, que a interpretação e aplicação de uma norma jurídica a um caso concreto não se limita à constatação de que se trata de uma norma legítima, pois da sua justificação não decorre automaticamente uma decisão correta (consistente e justa). Os processos de interpretação e aplicação do direito devem não apenas considerar a validade das normas, mas também a sua adequação a um caso específico.

Ademais, com relação aos indivíduos, estes não obedecem ao direito apenas porque ele é um instrumento legitimado por um tipo de dominação e seu descumprimento tenha como conseqüências sanções (medo da coerção via sanções), mas também porque ele se fundamenta em um processo legislativo, no qual não se sentem apenas destinatários das normas jurídicas, mas também seus autores.(MATTOS, 2000, p. 47-51)

Trata-se da superação da crise entre dois paradigmas: o Estado Liberal, que tem origem em Kant, e o Estado Social de Rousseau. Sob a égide do paradigma do Estado

⁶⁴ Espaço societário em que ainda sobrevive a ação comunicativa (FREITAG, p. 239)

⁶⁵ Convém salientar que Siebeneichler (1999) denomina a teoria habermasiana de **Direito e Democracia** como uma Teoria do Direito, enquanto o próprio Habermas a chama de Teoria da Sociedade (1997)

Liberal, os direitos individuais eram interpretados como direitos subjetivos superiores e anteriores ao direito objetivo, sob bases jusnaturalistas, cuja fundamentação vinha da moral, pois não se pode mais apelar para motivações religiosas ou tradições inquestionáveis. O Estado Social é aquele em que os direitos individuais são “materializados”: o ordenamento jurídico é uma ordem de valores objetivamente concretizados, sob o respaldo da sociologia do Direito, que consegue empiricamente demonstrar os conteúdos éticos objetivos subjacentes ao Direito. A esfera pública torna-se o espaço por excelência de realização dos direitos fundamentais.

Infere-se, portanto que a justiça nestes dois paradigmas se vincula a uma certa idéia de bem-estar, que pode ser assegurado ou pela igualdade jurídica (liberal) ou pela igualdade fática. Ambos os paradigmas percebem o cidadão enquanto destinatário de bens, equiparando, por um lado, bens e direitos, e desprezando, por outro lado, o papel do cidadão enquanto “autor” do direito. A chave é a autonomia⁶⁶, e não o bem-estar. Em uma comunidade jurídica, ninguém é livre se a liberdade de uma pessoa é obtida com a opressão de outra. Quando os cidadãos vêm a si próprios não apenas como destinatários, mas também como autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica. Daí a estreita conexão entre a plena autonomia do cidadão (privada e pública) e a legitimidade do direito, para Habermas.

A tensão entre facticidade e validade é constitutiva da linguagem, e esta tensão é assimilada por uma teoria do agir comunicativo, já sob as bases da razão comunicativa e não da razão prática. Assim, o agir comunicativo garante a integração social (processo em que atores procuram a construção e preservação de uma ordem social) por meio do mecanismo do entendimento. O Direito para Habermas tem o papel de integrador social nas sociedades modernas.

Isto porque o antagonismo público/privado é essencial na teoria habermasiana: a autonomia privada dos membros da sociedade é assegurada pelos direitos humanos

⁶⁶ Para Habermas (1997) autonomia é auto-identidade, liberdade, competência comunicativa, igualdade e responsabilidade (p. 64)

(direitos à liberdade, à vida e à propriedade) e a pública é deduzida principalmente do princípio da soberania popular (autolegislação democrática).

Assim, o paradigma do Estado Democrático de Direito, que pretende ter superado os paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, visa à complementaridade entre moral e direito, com a conexão entre direitos humanos e soberania popular por intermédio da teoria do discurso⁶⁷, superando assim o antagonismo público/privado.

Na análise de Habermas, tanto a moral quanto o direito têm como base comum o princípio do discurso. Mas eles são esferas normativas distintas. Essa separação se dá historicamente, no processo de racionalização moderno, que exige que o direito atue enquanto instituição neutra. A moral é regulada pelo princípio “U” (universalização) e o direito pelo princípio da democracia. O Direito não medeia a moral e a democracia, ele é tensão permanente entre facticidade e validade (tanto instituição social que regula a ação, quanto um texto de proposições e de interpretações normativas por meio das quais o direito é legítimo).

Portanto, o direito possui um caráter funcional que a moral não tem, porque aquele requer a tomada de decisões e a implementação das mesmas em nível institucional e essa necessidade de chegar a uma decisão e, ao mesmo tempo, fazê-lo legitimamente evidencia a tensão entre facticidade e validade. Sendo regulado pelo princípio da democracia, o direito se abre para a justificação de diversos tipos de discurso, dos quais depende a sua legitimidade. É na tentativa de extrair da legalidade a sua legitimidade, por intermédio de uma racionalidade procedimental com teor moral, que reside a teoria procedimentalista do direito de Habermas: a legitimação do direito positivo se dá a partir do princípio do agir comunicativo na formação da opinião e da vontade.⁶⁸

⁶⁷A teoria do discurso compreende três princípios: o princípio “D” (de discurso) neutro, abstrato, procedimental e normativo (REPOLÊS, 2003, p. 98/9), o princípio moral “U” (universalização) que é o critério de construção do jogo argumentativo; e o princípio da democracia, que opera no plano da institucionalização externa da participação simétrica nos processos de formação da opinião e da vontade.

⁶⁸ Importante salientar aqui que a criação do conceito de soberania popular procedimentalista em Habermas pressupõe que a população esteja acostumada com a liberdade, ou seja, que sua autonomia privada esteja assegurada pelos direitos humanos. (2003, p. 67/8)

Habermas utiliza o princípio do discurso na comunidade político-jurídica como o princípio da democracia, que se destina a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito: somente leis jurídicas capazes de ter o assentimento de todos os parceiros de direito em um processo de normatização discursiva é que terão validade legítima. (COSTA, 2003, p. 42) Nas palavras do autor:

O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estes obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apóia no princípio da soberania do povo. Com o auxílio dos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade. (1997, p. 114/5)

Para Habermas, no entanto, a legitimação reside no fato de que “o Direito não somente exige aceitação; não apenas solicita dos seus endereçados reconhecimento de fato, mas também pleiteia *merecer* reconhecimento” (2003, p. 68). Isto não quer dizer subordinação do Direito Positivo a Moral, mas sim da superação da dicotomia entre autonomia privada e pública dos cidadãos por intermédio do nexo interno entre direitos humanos e soberania do povo. Nas palavras do autor:

O nexo interno entre democracia e Estado de direito consiste em que se, por um lado, os cidadãos só podem fazer uso adequado da sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada que esteja uniformemente assegurada; por outro, só podem usufruir uniformemente a autonomia privada se, como cidadãos, fizerem o emprego adequado dessa autonomia política. Por isso, direitos fundamentais liberais e políticos são inseparáveis.⁶⁹ (2003, p. 72)

Como o direito é regulado pelo princípio da democracia, ele se abre para a justificação de diversos tipos de discurso, dos quais depende a sua legitimidade. Na argumentação jurídica não existe um metadiscurso, no qual se possa apoiar para justificar a escolha entre os vários tipos de argumentação. Há uma diferença entre justificar uma norma jurídica por argumentos pragmáticos (com vista a fins), éticos (do bem), ou morais (do justo), mas está é uma diferença que não pode ser estabelecida *a priori*. Ela depende da

⁶⁹ Cumpre salientar que este pensamento é reflexo do dilema anteriormente apontado entre Estado Liberal e Estado Social.

competência comunicativa de conseguir discriminar quais problemas exigem qual tipo de justificação.

Neste sentido, cumpre ressaltar a importância do princípio da democracia. Diante das lutas simbólicas travadas no interior do campo jurídico, a noção do cidadão mais do que destinatário das normas jurídicas, mas também autor das mesmas, é crucial. Ao associar direito legítimo e democracia, o paradigma procedimental habermasiano compartilha com os comunitaristas “o compromisso com o processo político deliberativo que assegura não apenas a produção, como a interpretação dialógica do direito” (CITTADINO, 2000, p. 209) E o autor resgata o conceito de “comunidade de intérpretes da Constituição”, formulado por Habermas, e que muito influenciou a Constituição Brasileira de 1988.

Aqui reside a formulação habermasiana acerca dos Tribunais Constitucionais, tema específico da presente tese. Habermas (1997, v. I) busca resolver controvérsias sobre o lugar dos Tribunais Constitucionais na estrutura de competências na ordem constitucional, e sobre a legitimidade de suas decisões, pois para ele a existência destes tribunais não é “auto-evidente”, tendo em vista que não existem em todos os países.

Apesar de discordar da forma em que o Tribunal Constitucional Federal Alemão tem conduzido sua jurisprudência⁷⁰, o autor defende o instituto do “judicial review” ou controle de constitucionalidade. A crítica à jurisprudência de valores está embasada no problema da legitimidade, pois este tipo de concretização de normas coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente, transformando-se em uma instância autoritária: “No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o

⁷⁰ MAUS (2000) critica a “jurisprudência de valores” alemã: a Constituição passa a ser um texto fundamental a partir do qual os “sábios” deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O tribunal deixa de ser “guardião da constituição” e atua mais como garantidor da própria história jurisprudencial à qual se refere legitimamente de modo auto-referencial. A transformação da constituição em uma ordem de valores confere às determinações constitucionais individuais uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntariamente os princípios constitucionais positivados, presumindo-se a existência de direitos suprapositivos que também vinculam o legislador constitucional, e que o tribunal tem competência para controlar o teor de constitucionalidade. A justiça, ao fazer das convenções morais o fundamento de suas atividades, reconhece a presença da coerção estatal, mas isto não conduz a uma socialização da justiça, mas sim a uma funcionalização das relações sociais, contra a qual as estruturas jurídicas formais outrora compunham uma barreira.

caráter de argumento de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica⁷¹ de normas e princípios do direito” (1997, p. 321)

Com relação ao controle de constitucionalidade propriamente dito Habermas (1997) assim se manifesta:

Pouco importa o modo como nos posicionamos em relação à questão da institucionalização adequada dessa interpretação da constituição, que diz respeito diretamente à atividade do legislativo: a concretização do direito constitucional através de um controle judicial da constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente. (p. 302)

Assim, o tribunal deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos, através de uma compreensão procedimentalista da constituição, resistindo à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. O trabalho dos tribunais implica uma interpretação construtivista das normas e dos princípios constitucionais, não mais como garantia da “não-interferência” do modelo liberal, mas como o fundamento que justifica prestações positivas, de cunho comunitarista. Entretanto, critica a concepção de comunidade ética de valores compartilhados do modelo comunitarista que “parece desconhecer as relações de poder assimétricas inscritas nas democracias contemporâneas” (CITTADINO, 2000, p. 213)

Contra-pondo-se a isso, uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos. A teoria do discurso rompe com uma concepção ética da autonomia do cidadão; por isso, ela não precisa reservar o modo da política deliberativa a um estado de exceção. E um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito – claramente determinadas na lógica da argumentação – quando o processo democrático, que ele deve proteger, não é descrito como um estado de exceção. (HABERMAS, 1997, v. I, p. 345/6)

⁷¹ O sentido deontológico de validade das normas jurídicas decorre da idéia de que a legitimidade do direito deriva da sua legalidade (observam o procedimento democrático de elaboração legislativa).

Na visão de Habermas, portanto, é preciso conciliar liberais e comunitaristas para perceber a legitimidade do Direito: uma conexão entre soberania popular e direitos humanos, que traz como consequência a incorporação do exercício da autonomia pública dos cidadãos para o âmbito do Estado. É o Estado Democrático de Direito como resultante da ligação entre legitimidade jurídica e obrigatoriedade fática da normatização e implantação efetiva do próprio Direito Positivo.

3.5 – O comunitarismo filosófico-político e sua relação com o Direito

Após a contextualização do comunitarismo no âmbito filosófico-político, cumpre traçarmos a relação deste com o que Cittadino (2000) chama de “movimento comunitarista” brasileiro e que nós denominamos de “comunitarismo jurídico”. Esta relação se dá a partir de três premissas principais: a ênfase dada ao texto constitucional, a idéia de “comunidade de intérpretes”, e o conceito de Constituição Dirigente.

A definição destas três premissas surge a partir da leitura da obra de Gisele Cittadino (2000) sobre a relação entre as Constituições nas sociedades democráticas contemporâneas e concepções sobre ética, moral e justiça distributiva. A partir da análise de diferentes concepções sobre o pluralismo, a autora reflete sobre o papel da Constituição e a atuação do Poder Judiciário.

A escolha das premissas reflete a preocupação em retratar como os atores dos campos político e jurídico se manifestaram como “comunitaristas” ou não, e em que medida o Supremo “repcionou” este ideal na sua atuação no período subsequente à promulgação do texto constitucional.

A primeira premissa é a do valor atribuído ao texto constitucional. Conforme já mencionado, o próprio surgimento do controle de constitucionalidade concentrado implica em uma “valorização” das constituições, a ponto de se exigir a criação de um órgão específico para sua proteção, o Tribunal Constitucional.

Isto porque a Constituição abrange não apenas o Estado, mas também a sociedade, os princípios de legitimação do poder, o que significa uma “politização” do texto constitucional.⁷² Este processo acabou por resgatar a hermenêutica constitucional, e conseqüentemente debates sobre tribunais constitucionais e o controle de constitucionalidade.

Associada a esta valorização, surge uma teoria de suma importância para os que analisam o controle de constitucionalidade nas sociedades democráticas contemporâneas: a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” de Peter Habermas (1997).

Habermas (1997) rejeita uma interpretação constitucional como um “evento exclusivamente estatal”, inserindo todos, mesmo aqueles que não são diretamente afetados por ela.

Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da “res publica” na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário. Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. (p.33)

Portanto, para o autor, limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos”, ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado, significaria um empobrecimento do próprio conteúdo democrático da Constituição. Isto porque a questão da legitimação da Constituição perpassa pela Teoria da Democracia, e esta percebe o povo não apenas como um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição, mas “...também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma

⁷² GARCÍA-PELAYO, 1993, *apud* BERCOVICI, 2003, p. 104.

legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão” (HABERLE, 1997, p. 37)

Nota-se a conexão entre o pensamento de Haberle, e o comunitarismo filosófico-político: ambos defendem um adensamento da democracia a partir de um “ativismo” do cidadão, além da sua participação nas eleições. E para Haberle (1997) esta participação ocorre na própria “guarda” do texto constitucional. A teoria da Constituição e da hermenêutica “propiciam uma mediação específica entre Estado e sociedade”:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HABERLE, 1997, p. 15)

Portanto, o autor atrela a interpretação constitucional a uma teoria democrática, à idéia de uma sociedade pluralista, que, por sua vez, esta associada à noção de Constituição e realidade constitucional. Esta percepção de realidade constitucional implica a valorização do papel da Constituição não apenas como forma de estruturação do Estado, mas da própria esfera pública, não podendo “tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos”. (HABERLE, 1997, p. 33) Trata-se de integrar “as forças da comunidade política” no processo de interpretação constitucional.

Assim, integramos as duas premissas, a do valor atribuído ao texto constitucional e a “comunidade de intérpretes” ao comunitarismo filosófico-político explicitado anteriormente. Trata-se de realçar a importância da participação do cidadão nos contextos políticos, que incluem a própria Constituição, norma de conteúdo político e que, conseqüentemente, demanda uma interpretação que vai além do jurídico exclusivamente.

Aqui, retoma-se a reflexão sobre o papel do Judiciário no próprio controle da política:

Numa ordem constitucional livre e democrática o controle jurídico não é tudo. Controles “sociais” e “políticos” também se desenvolvem como desde há muito foi notado. Defensores da constituição são todos os órgãos constitucionais e todos os cidadãos com “vontade de constituição”. A constitucionalização da ordem política não exclui o conflito político. No governo republicano há lugar para o exercício da democracia como para o exercício da autoridade. Em casos limite ou extremos de dissociação entre o texto escrito e a sua efectividade real, a “razão da constituição” não está na ampliação a outrance dos mecanismos jurídicos de controle, transformando os tribunais de justiça constitucional no seu dominador absoluto. A “razão da Constituição” está no momento constituinte, não importa se “originário” se “derivado”, como presença no encontro consigo mesma. (QUEIROZ, 1990, 218/9, sic)

Finalmente, a terceira premissa: a Constituição Dirigente. Como norma de carácter “político”, a nova forma de se compreender a Constituição, que extrapola a idéia normativa de estruturação do Estado, incluindo valores, implica também percebê-la como um plano global que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade.

José Joaquim Gomes Canotilho, autor português, é responsável por esta noção de uma constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade. Para o autor, o debate constitucional em torno dos dois modelos de Constituição reflete o problema central da teoria do Estado e da filosofia do direito: a legitimação de uma ordem constitucional, no sentido de justificação-explicação de uma ordem de domínio e de fundamentação última da ordem normativa. (2001, p. 15) O modelo da Constituição Dirigente permite integrar o direito e a política.

... dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias... Alguma coisa ficou, porém da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a “linha de caminho de ferro” neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais. (CANOTILHO, 2001, XXIX e XXX)

A questão da legitimidade da ordem constitucional deriva do fato de que ela “consagra um domínio e aponta fins políticos”. E como este “domínio” se justifica? Para

Canotilho (2001), a resposta reside na fixação dos fins e tarefas que incumbem ao Estado, mas isto não quer dizer colocar o problema a partir de valores transcendentais. “Em termos de teoria da constituição isso implica: fixação das condições do exercício do poder (legitimidade processual) e dos pressupostos materiais (fins e tarefas) desse exercício (legitimidade normativo-material)” (p. 19)

A Constituição dirigente não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais, ou seja, substitui a política. Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política, que deve mover-se no âmbito do programa constitucional. Dessa forma, a Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material. O poder estatal é um poder com fundamento na Constituição, e seus atos devem ser considerados constitucionalmente determinados. Inclusive, ao não regular inúmeras questões (afinal, nenhuma constituição pode-se pretender completa ou perfeita), cabe à discussão política solucioná-las. A função da Constituição dirigente é a de fornecer uma direção permanente e consagrar uma exigência de atuação estatal. (BERCOVICI, 1999, p. 40)

Contudo, a grande crítica ao caráter “dirigente” da Constituição é este cunho “filosófico-retórico” do texto, que confia a sua concretização a instâncias políticas, dependendo da vontade dos detentores do poder político. Canotilho admite as fragilidades epistêmicas do texto constitucional dirigente: “Os Constituintes moderados, aceitam, no momento fundacional, compromissos emancipatórios semanticamente formulados, mas não acreditam neles, nem tencionam levá-los à prática.” (2001, XVII)

Em resposta, o autor defende que a Constituição dirigente somente estará morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. Desta reflexão depreende-se que a concretização da constituição depende, também, de prática política-judicial e contexto social favoráveis.

A partir da análise destas três premissas podemos ainda relacioná-las ao fenômeno da judicialização da política como é abordado principalmente na obra de Werneck Vianna

(VIANNA *et al.*, 1999). Este fenômeno pode ser abordado de várias formas⁷³, mas a alegação de judicialização da política no cenário político-jurídico brasileiro parte da possibilidade de concretização de uma cidadania ativa:

Estender a elas [maiorias], agora, como se deu a partir da Carta de 1988, o acesso aos procedimentos que levam à elaboração das leis, e mesmo ao controle da sua produção, permitindo-lhes combinar as ações da sua vida associativa e dos seus órgãos de representação com essas instituições que admitem as grandes massas como novos personagens da esfera pública, se vem apresentando como um caminho inédito, em que a república se recria por baixo, enraizada nos interesses e nas expectativas de direitos do que até agora foi o limbo do Brasil. (VIANNA; CARVALHO, 2002, p. 153)

Neste sentido, atribuiu-se ao Direito, em especial ao Poder Judiciário, um novo papel, um papel predominante na própria concretização da democracia e da cidadania, fruto de uma abordagem em que o juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram, conforme já mencionamos no Capítulo 1 da presente tese. Ele é o último “guardião de promessas”, tanto para o sujeito, como para a comunidade política, diante da crise de legitimidade do Estado. A sociedade tem se remetido aos juízes por conta da ausência de autoridade, passando a preencher a função de instituição unificadora. (GARAPON, 1992)⁷⁴

Assim, expressões correlatas, como judicialização da política, e politização da justiça, buscam indicar os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório

⁷³ Dois eixos analíticos podem ser apontados quando da análise sobre a posição estratégica do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas: eixo procedimentalista, representado por J. Habermas e A. Garapon, que vê na invasão da política pelo direito uma perda da liberdade e conseqüente privatização da cidadania; e o eixo substancialista, associado às obras de M. Cappelletti e R. Dworkin, que afirmam que as novas relações entre direito e política seriam tomadas como inevitáveis e favoráveis ao enriquecimento da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade. (OLIVERIA; CARVALHO; 2002, p. 13/4) Os autores não lidam diretamente com a judicialização, mas trabalham com temas que norteiam esse fenômeno.

⁷⁴ Em uma abordagem que defende a adaptação do juiz a uma democracia “mais associativa, participativa e mais deliberativa”, Garapon (1992) deposita uma grande responsabilidade no exercício das atribuições jurisdicionais: “O prestígio contemporâneo do juiz procede menos de uma escolha deliberada do que de uma reação de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo... O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram... Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade.”(p. 26/7)

das democracias contemporâneas. Vanessa Oliveira aponta o que chama de “ciclo da judicialização”, composto de três fases: “primeiramente no acionamento do Judiciário através do ajuizamento de processos – ou *politização da justiça*; em segundo lugar, no julgamento do pedido de liminar (quando houver); e por fim, no julgamento do mérito da ação, que enseja a *judicialização da política* propriamente dita.”(OLIVEIRA, 2005, p. 560)⁷⁵

Portanto, nas análises do fenômeno no Brasil,⁷⁶ defende-se que o Poder Judiciário deixou de ser um poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais. Werneck Vianna aponta que o Judiciário “se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social”. Seria uma “vocação expansiva do princípio democrático que tem implicado em uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até a pouco inacessíveis a ele.”(VIANNA, *et al.*, 1999)

Werneck tomou o termo para descrever as transformações constitucionais após 1988, que permitiriam o maior protagonismo dos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos de proteção judicial, e que teriam sido descobertas por minorias

⁷⁵ “De algum modo o empolamento da polémica “judicialização da política” vs. “politização da justiça”, quanto ao papel real desempenhado pelos tribunais de justiça constitucional no processo político de concretização e realização da constituição – bem vistas as coisas, ao cabo e ao resto, um problema de legitimidade -, representa, a um tempo, tanto um momento de viragem do discurso constitucional, no sentido da sua renovação como ciência, quanto um ponto de encontro e de (re) dimensionamento dos domínios jurídico e político”.” (QUEIROZ, 1990, p. 22)

⁷⁶ O destaque a abordagem brasileira se dá pela diferença com a abordagem dada por Tate e Vallinder (1995) quando das primeiras análises sobre o “fenômeno”: aos autores buscaram descobrir nas condições políticas alguns dos motivos da judicialização, e a partir de estudo de casos, desenvolveram oito condições para o processo: democracia, separação dos poderes, política centrada nos direitos, o uso dos Tribunais por grupos de interesse, o uso dos Tribunais pela oposição, inefetividade das instituições majoritárias, percepções por parte do público das instituições responsáveis pela elaboração de políticas públicas, proposital delegação da decisão de determinadas controvérsias pelas instituições majoritárias. Institucionalistas, os autores caracterizam a judicialização pela difusão de procedimentos judiciais em arenas de deliberação política, propondo que o ajuizamento de ações que envolvam questões políticas por si só já caracterizaria o fenômeno. “No entanto, os estudos sobre esta temática têm demonstrado que o aumento da litigância na arena política pode ser ocasionado por mecanismos institucionais, os mais diversos, ou por uma alteração no modo de interpretar dos juizes (ativismo judicial). Portanto, as causas da emergência da judicialização a lógicas peculiares, variando de país para país.” (OLIVEIRA; CARVALHO; 2002, p. 18)

parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais.⁷⁷ Podemos atribuir a esta abordagem um forte componente comunitarista, ao defender que o Poder Judiciário surge como alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania.

Em torno do Poder Judiciário surge uma arena pública externa ao circuito clássico sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária, colocando o Judiciário diante de uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios. (VIANNA, *et al.*, 1999). Esta lógica de princípios é inerente ao ideal comunitarista, como vimos.

Portanto, para fins da presente análise, o fenômeno da judicialização da política somente poderá ser utilizado na medida em que se vincula ao movimento comunitarista em seus contornos jurídicos, ou seja, a partir da importância concedida à participação do cidadão e da existência de valores e princípios constitucionais.

⁷⁷ Débora Maciel e Andrei Koerner criticam a utilização da expressão, alegando que o tema das relações entre judiciário e política na democracia brasileira deve ser estudado sem o recurso ao “conceito pouco preciso, mas de rápida circulação pública, de judicialização da política”. (2002, p. 131) É preciso avaliar o papel das instituições judiciais no conjunto de transformações do Estado brasileiro nas duas últimas décadas, centrando a atenção no path histórico desse conjunto, assim como na dinâmica organizacional das diversas burocracias que compõe o sistema judicial

3.6 – Considerações Finais

O relevante para a nossa pesquisa é em que medida as concepções comunitaristas, seja na versão filosófico-política, seja na versão “jurídica”, influenciaram o texto constitucional brasileiro de 1988, e que serão objeto das três frentes empíricas tratadas na segunda parte da presente tese.

Para finalizar, é preciso resumir alguns posicionamentos.

No fenômeno da judicialização da política, a idéia de “atitude” do cidadão é diferente da percepção comunitarista – o que motiva o cidadão não está relacionado a questões “comunitaristas”, mas sim a interesses no jogo político ou a interesses “particularizados”. Resgatando o referencial teórico exposto por Taylor, o patriotismo envolve não apenas a adesão a certos bens convergentes, mas, antes de tudo, a adesão comum a uma história particular, ultrapassando o simples consenso a uma regra de direito. MacIntyre aponta que as “virtudes” não podem ser tratadas separadamente da institucionalidade da vida social, o que confere um outro significado à prática política, pouco valorizada no âmbito do pluralismo, pois a institucionalidade política passa a ocupar um lugar de centralidade na teoria de justiça. (In: OLIVEIRA, 2005, p. 126)

No tocante à relação entre o comunitarismo e a Constituição, o processo de legitimação da Constituição estaria diretamente relacionado à possibilidade de expressão cultural e política da comunidade, e da sua capacidade de controle sobre o poder político. É pela via da participação política que se processa a interligação entre direitos fundamentais – reconhecidos pela comunidade – e a democracia participativa. (COLUCCI, 1991, p. 68)

Entretanto, esta participação implica a emergência da sociedade civil, que passa a se configurar como “um núcleo genuíno que se traduz na reafirmação dos valores do autogoverno, da expansão da subjetividade, do comunitarismo e da organização autônoma e dos modos de vida”. (SOUSA SANTOS, 2001, p. 124) Isto nos leva a uma questão importante da presente tese – apesar de mais acessível com a Constituição de 1988, o Judiciário apenas age quando provocado. E se a sociedade civil não “se percebe” como

importante ator para o debate sobre projetos de elevação das formas de existência social? E se esta sociedade se encontra “fragmentada”, utilizando a definição de Taylor?

Trata-se de resgatar a perspectiva social do conceito de cidadania de Marschall⁷⁸ atrelando-a à idéia de solidariedade. “Trata-se, fundamentalmente, de se estender ao outro o direito ao desfrute de ao menos um padrão mínimo de bem-estar no interior da sociedade nacional, o que pode vir a incluir desde acesso a serviços públicos até ao direito à renda mínima.” (SOUSA, 1999, p. 16) Entretanto, a previsão normativa da igualdade formal não é suficiente para assegurar este nível de solidariedade. Neste sentido, a contribuição comunitarista: o consenso entre os cidadãos sobre valores de sua comunidade política.

A necessidade de princípios éticos e virtudes, em que se ancora toda sociedade, não seria suficientemente contemplada pelas virtudes procedimentais. O Estado deveria se fazer presente como agente promotor de tais virtudes (recorrendo a políticas públicas e suas instituições), uma vez que as liberdades individuais poderiam ser melhor defendidas a partir de uma sociedade civil bem organizada, estruturas familiares sólidas e cidadãos que reconheçam tanto seus direitos quanto suas responsabilidades e deveres. (ETZIONI, 1996) Trata-se do compromisso comunitarista com a devida relação entre instituição de virtudes compartilhadas, políticas públicas implementadoras das mesmas e a defesa das liberdades individuais.

A proposta da presente tese não é defender a formulação de valores associados à capacidade de agir dos cidadãos, mas sim reformular a questão a partir da natureza da relação entre os campos político, jurídico e social. A controvérsia se restringe à legitimidade das reivindicações dos atores, que expressam seus interesses “particularizados”.

O papel do STF sofre interferências do campo jurídico. O campo jurídico tem especificidades próprias, tem um ideal de autonomia e neutralidade com vistas a obter eficácia simbólica junto à sociedade. Trata-se do ambiente em que as lutas simbólicas

⁷⁸ O autor subdivide seu conceito de cidadania em 3 elementos: civil, político e social.

acerca da predominância dos direitos humanos ou da soberania popular se travam. A linguagem como mecanismo de mediação (Habermas) e de diálogo é importantíssima, mas é difícil não perceber que os diferentes atores buscarão tornar o seu discurso mais legítimo (no sentido de pertencimento aos parâmetros acolhidos pelos demais do campo). Este embate existe, ainda que muitas vezes derrube justamente o dogma da neutralidade, haja vista que os atores do campo jurídico não estarão sendo imparciais como costumam apregoar, na medida em que estarão defendendo sua posição no campo e tentando fazer com que sua visão se torne a “legítima” perante os demais.

Neste sentido, cumpre ressaltar a importância do princípio da democracia. Diante das lutas simbólicas travadas no interior do campo jurídico, a noção do cidadão mais do que destinatário das normas jurídicas, mas também autor das mesmas, é crucial. No caso brasileiro, após o período de exceção de duas décadas, se defendeu, ao lado do fortalecimento do Poder Legislativo e da redefinição das competências do Poder Executivo, a restauração da autonomia do Poder Judiciário. Esta restauração ocorreria através da modernização do sistema jurídico e do adensamento de formas de participação política capazes de propiciar aos cidadãos maior acesso aos círculos decisórios, conversão de sua representatividade em poder concreto.

Portanto, a tensão entre a linguagem comunitarista, e a efetividade da mesma nos primeiros anos após a promulgação da Constituição de 1988, depende da análise do padrão das decisões do STF em relação a temas e objetos específicos que poderiam ser enquadrados como de cunho “comunitarista”. O objetivo é evidenciar o impacto da mudança de paradigma constitucional nas transformações sobre a prática judicial, bem como no comportamento da sociedade civil com relação ao Poder Judiciário.

CAPÍTULO 4 – A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

4.1 – Introdução

É possível vislumbrar na Europa um forte apelo ao controle de constitucionalidade concentrado em uma única Corte nas últimas décadas do século XX. Este apelo acarretou controvérsias de cunho teórico, e inúmeras pesquisas sobre o desempenho dos Tribunais e sua relação com o processo de democratização dos países em que foram instaurados. O motivo da maior parte dos estudos é a tensão entre Direito e Política que estes Tribunais descortinam. A partir desta tensão, é que os estudos sinalizam a ocorrência ou não do fenômeno da judicialização da política.

Cumprе destacar que o método comparativo para fins da presente análise se concentrará na abordagem das diferenças e não das similitudes (KANT DE LIMA *et al.*, 2005)⁷⁹. Ademais, a escolha por Portugal e Espanha se dá justamente a partir de estudos a respeito da tensão entre Direito e Política, do fenômeno da judicialização da política e do comprometimento dos Tribunais com o processo democrático.

Neste sentido, iniciaremos o presente capítulo com a análise de referenciais teóricos que permitem relacionar os Tribunais Constitucionais e contextualizar estes novos atores no cenário de processos de democratização e da tensão entre Direito e Política. Serão abordadas duas esferas de análise, que se aproximam dos referenciais teóricos do comunitarismo explicitados no capítulo anterior:

- a) uma esfera constitucional, a partir de categorias teóricas relacionadas ao constitucionalismo contemporâneo e
- b) uma esfera “cidadã”, na linha de um maior “ativismo” e mobilização dos cidadãos.

⁷⁹ “Torna-se, então o método comparado tanto um procedimento relevante para conhecer as particularidades de fatos e de instituições dentro dos sistemas e de culturas investigadas, como apresenta reconhecida eficácia na apreciação de peculiaridades próprias às instituições jurídicas brasileiras, quando comparadas às de outros países.” (KANT DE LIMA *et al.*, 2005, p. xii/xiii)

Importante salientar, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, o caso ora analisado, não se configura no conceito de Tribunal Constitucional com o qual trabalharemos neste capítulo. Isto porque a Corte Suprema brasileira está inserida no Poder Judiciário como última instância da jurisdição ordinária, apesar de possuir típicas competências dos Tribunais Constitucionais europeus.

4.2 – Cidadania e Justiça Constitucional

4.2.1 – Esfera constitucional

Anteriormente mencionamos o movimento de “retorno ao direito”, que defende um resgate ético do Direito. Este movimento também pode ser traduzido na crença no caráter emancipatório do Direito, de transformação social. E os textos constitucionais normalmente também expressam este desejo de “construir uma sociedade melhor no futuro” (GARCÍA-VILLEGAS, 2005).

Esta distinção é perceptível na própria distinção entre os diferentes modelos constitucionais. A primeira abordagem do texto constitucional traduzia a visão liberal do Estado: a Constituição-garantia é minimalista, seu objetivo é limitar a atuação do Estado na esfera privada, proteger o indivíduo contra a usurpação e abusos do poder estatal (ênfase nas liberdades negativas).

Em um segundo momento a influência dos parâmetros do *Welfare State* influenciaram o texto constitucional que passou a traduzir, também, as liberdades “positivas”, ou seja, apregoa-se a atuação do Estado para diminuir a desigualdade e alcançar a igualdade apregoadas nos textos legais. Isto porque não é só o Estado que oprime o desenvolvimento da pessoa, as liberdades também estão condicionadas a situações e poderes extra-estatais: raciais e econômicos, por exemplo. Assim, o governo passa a ter um cunho intervencionista capaz de garantir a liberdade positiva que deveria ser assegurada

pela atividade governamental na promoção dos direitos sociais especialmente voltados aos menos favorecidos.⁸⁰

Atrelada a esta segunda abordagem podemos enquadrar o que Maurício García-Villegas (2005) chama de “aspirational constitutionalism”⁸¹. O autor busca construir uma concepção que relaciona as instituições e os atores sociais no desenho constitucional na América Latina. As características desta percepção político-social do texto constitucional podem ser definidas a partir de quatro características sócio-legais:

- a) a idéia do “aspirational constitutionalism” prospera em situações onde há uma grande inquietude com o presente e uma forte crença na possibilidade de um futuro melhor;
- b) como contraposição às constituições-garantia, as “aspirational constitutions” tem os objetivos maximizados, traduzidos nos direitos positivos e nos princípios. Conseqüentemente, ela promove um ativismo judicial e uma politização da prática judicial;⁸²
- c) a concretização deste tipo de constituição exige mais do que a aplicação legal ou judicial: é preciso que os atores políticos vejam além do texto constitucional. Assim, exige-se um compromisso permanente dos atores políticos envolvidos, que, conseqüentemente, demandará uma nova cultura legal de proteção de direitos;
- d) Por fim, uma última característica que na verdade demonstra o grande paradoxo do “aspirational constitutionalism”: ao mesmo tempo que seu texto maximiza os objetivos, existe um grande fosso entre os objetivos normativos e as realidades sociais. “The fact that maximalist constitutions are often adopted in those societies where not even the minimal and more essential constitutional provision are effective, is a disturbing paradox for an aspirational constitutionalism” (p. 6).

⁸⁰ Para fins da presente análise atrelamos ao referencial comunitarista tanto os direitos sociais quanto os direitos republicanos (BRESSER PEREIRA, 1997)

⁸¹ Optamos por manter a expressão na língua inglesa em virtude da ausência de advérbio, em português, para ambição ou aspiração. A expressão mais próxima seria constitucionalismo “intencional”, que a nossa ver não corresponde bem ao significado.

⁸² “Judges are allowed to protect social rights even when the parliament has enacted specific legislation that according to a judge or a court has not been effective in protecting positive rights” (p. 5)

O autor aponta, ainda, os benefícios⁸³ e os riscos do “aspirational constitutionalism”, destacando que “benefits are likely to happen in those places in which there is a strong commitment of the political forces that bring about the constitution. Conversely, risks are more likely in countries in which a militant constitutionalism has not been developed after the promulgation of the new constitution” (p. 6/7)

Com relação aos benefícios, estes estão relacionados ao movimento do retorno ao Direito citado anteriormente. Isto porque o ambiente sócio-político é alterado, podendo influenciar a própria atuação do Poder Judiciário, que propicia práticas sociais de emancipação. A atuação dos Tribunais pode criar, ou ajudar a criar, ou ainda, intensificar a identidade dos atores políticos e sociais. (p. 8) Neste sentido, a idéia de “aspirational constitutionalism” está também conectada a de Constituição Dirigente (CANOTILHO, 2001) explicitada anteriormente.

No tocante aos riscos é possível resumi-los a uma palavra: expectativas. A tendência do “aspirational constitutionalism” é de criar expectativas exageradas sobre o poder emancipatório do Direito. Assim, o foco da questão passa a ser político: em busca de legitimidade surge um constante movimento de reformismo legal com vistas a legitimar políticas públicas, em um discurso de resposta às demandas sociais, mas sem uma transformação social propriamente dita. (“the legal system becomes more a mechanism devoted to the legitimization of public policies than a tool for the instrumental implementation of these policies”, p. 9).⁸⁴

⁸³ São eles: “keep alive a political conscience of social change”, “it is to be expected that these constitutions will not be reduced to a mere set of symbolic progressive norms”, e “create a strong symbolic connection between the constitutional text and at least some grass-root leaders, who find in the constitution a political banner that inspires them to use legal strategies to vindicate rights”.

⁸⁴ Conforme já mencionamos, a abordagem ora utilizada não se apropria da percepção de constitucionalização simbólica de Marcelo Neves (1994) e que compreenderia, ainda, os riscos apontados por Garcia-Villegas (2005). Isto porque não é nosso objetivo verificar a efetivação do “discurso” constitucional propriamente dito, mas a dinâmica dos atores envolvidos. No presente capítulo a teoria do “aspirational constitutionalism” visa apenas contextualizar o novo papel atribuído a Justiça Constitucional e a motivação para os inúmeros estudos que analisam o fenômeno da judicialização da política dos Tribunais Constitucionais Europeus. (cf. SWEET, 2000; VOLCANSEK, 1999; SCHWARTZ, 2000; GINSBURG, 2003)

Atrelada à idéia de “expectativas”, explicitadas acima, surgem também as estratégias políticas adotadas pelos constituintes no desenho institucional das Cortes Constitucionais. Na maioria das vezes, a opção pelo modelo concentrado de controle de constitucionalidade está atrelada à busca por credibilidade.

Constitutional courts often are established during the initial transition to democracy as part of the wave of anti-authoritarian reforms. In an evolutionary transition to democracy, politicians advocate the establishment of an independent judiciary to strengthen their democratic credentials in the eyes of the public. Those politicians who back the creation of a constitutional court endowed with the power to overrule their own decisions (judicial review) signal a future commitment to the rule of law, and differentiate themselves from other politicians. (THORSON, 2004, p. 189)

Portanto, nosso objetivo aqui é demonstrar que atrelar transformações sociais ao Direito implica desviar o olhar de inúmeros fatores não-jurídicos relacionados à relação entre Estado e sociedade, entre democracia e Direito.

Constitutions, whether they are based on aspirations or not, depend mostly on a series of factors outside of their own domain. It is important to avoid instrumentalist legal visions according to which legal norms are tools that can change social reality simply through articulating proposals (...) Generally speaking, constitutions can change many aspects of social reality, but whether they achieve these changes or not depends largely on the fact that such reality fulfills certain factual conditions that allow efficacious implementation. (VILLEGAS, 2003, p. 16/7)

A grande controvérsia que surge no âmbito da definição da justiça constitucional é acerca do seu papel “político”. Ao se deparar com demandas sobre justiça distributiva⁸⁵, a parte contrária (o réu nos processos judiciais) pode se apresentar como determinado (o Estado, uma agência governamental, uma federação de patrões, uma empresa ou pessoa jurídica privada) mas o que está em jogo é muitas vezes algo que “diz respeito à

⁸⁵ Por justiça distributiva entendemos o conjunto de condições que permite aos membros de uma comunidade atingir por si mesmos objetivos razoáveis ou realizar razoavelmente por si mesmos os valores em razão dos quais tem motivos para colaborar uns com os outros positiva ou negativamente numa comunidade, como direito à não-discriminação em razão de cor, religião, convicção política, sexo ou orientação sexual, defesa do patrimônio comum da humanidade... (LOPES, 1994)

organização social, eventualmente concretizada num litígio determinado”. (LOPES, 1994, p. 27/8).⁸⁶

Aqui está uma das dificuldades enfrentadas pelo Judiciário hoje: a discussão judicial, a discussão política, faz-se ainda sob o signo do confronto de vontades, de interesses, de atores individualizados (mesmo que os atores sejam sindicatos, corporações). Uma política pública (uma política industrial, um regime de importações, uma política educacional, um plano de estabilização monetária) não pode ser compreendida senão em referência plurilateral, e às disputas em torno de um bem comum que não é o interesse do Estado, nem da maioria, nem dos mais ruidosos detentores de espaços privilegiados nos meios de comunicação social. Neste sentido, chegam ao Judiciário como fórum de discussão pública, questões que o sistema representativo brasileiro e a sociedade não têm conseguido resolver. (LOPES, 1994, p. 28)

Portanto, a grande questão reside no fato de que ao demandar questões que não se restringem às partes em conflito, o cidadão busca a intervenção judicial, na figura da Corte Constitucional, na aplicação de direitos sociais, que estão expressos na forma de princípios e exigem reformas sociais. A pergunta que surge é: o Poder Judiciário está preparado para interferir em programas de reforma social?⁸⁷

No caso brasileiro, Reinaldo de Lima Lopes (1997) responde que não: “They can once again be used to mediate disputes or as a public arena in which debate take place, but traditional judicial structures can not respond to social reform programs” (p. 12)

Outra questão é a dificuldade dos atores judiciais de lidarem com conflitos “coletivos”. É preciso uma maior sensibilidade por parte dos juízes e cortes para demandas

⁸⁶ No quadro brasileiro de análise, José Reinaldo de Lima Lopes (1994) prossegue o raciocínio questionando: “O Judiciário servirá, de alguma forma ainda, para fazer justiça? Vale a pena mencionar pelo menos duas coisas: o fato de o Judiciário converter-se numa arena de discussão em que as partes podem racionalizar seus interesses e sua concepção ético-jurídica, e o fato de que os bloqueios institucionais eventualmente criados por demandas judiciais terem a capacidade de explicitar conflitos sociais básicos da sociedade brasileira. O valor do Judiciário é garantir que os arranjos e disputas se façam sob a legalidade e dar visibilidade às diferentes reivindicações. Num sentido limitado, permite que o diálogo se estabeleça formalmente entre litigantes” (p. 33)

⁸⁷ Cass Sunstein (1993) também questiona a idéia “positiva” de constituição: “A constitution that creates positive rights is not likely to be subject to judicial enforcement, because these rights are vaguely defined, simultaneously involve the interests of numerous people, and depend for their existence on active management of government institutions – something for which judges are ill-suited.” (p. 374)

sociais que lhe são trazidas. Mas, ao trazer questões que buscam reformas sociais, deparamo-nos com problemas inerentes ao desempenho das cortes: as cortes não têm meios institucionais de implementar ou monitorar suas decisões no âmbito de políticas públicas e não têm poder de iniciativa, pois o judiciário é passivo, não detendo controle sobre a agenda de reformas (políticas públicas).

Conforme apontamos anteriormente, a intervenção judicial somente ocorre após a violação de um direito substantivo e sua iniciativa fica a cargo dos lesados, pois ela age apenas quando devidamente provocada. A litigância judicial teria um horizonte retrospectivo, versando sobre eventos passados. Um processo controlado pelas partes, a quem caberia a responsabilidade de definir as principais questões submetidas a juízo, e o julgamento ficaria circunscrito apenas a elas. (FARIA, 2003, p. 4)

Normalmente, a maior parte do trabalho judicial consiste na aplicação rotineira de normas existentes: alinhar coisas de acordo com categorias previamente estabelecidas e em analisar os dados para obter resultados previsíveis. Entretanto, sempre é possível uma “excursão ao ‘outro lado’”: sair da aplicação mecânica e rotineira do direito e chegar a estratégias subjacentes, levando em consideração aspectos mais vastos do que os fatos. (GALANTER, 1993)

À medida que se vai alargando e infiltrando no mundo, o direito sofre, ele próprio, um processo de alteração. As suas instituições florescem, mas vão simultaneamente perdendo o seu carácter autônomo e estanque. Podemos observar como em todas as frentes as fronteiras do mundo jurídico se vão tornando difusas e indistintas: o debate jurídico passou a incorporar mais matéria de natureza não-jurídica, adoptando modos de análise que mal se distinguem de outros discursos. (GALANTER, 1993, p. 121)

Importante salientar, quadro elaborado por Faria (2003, p. 17) no intuito de diferenciar a esfera política da judicial.

Quadro IV – Sistema Político e Sistema Judicial

Características/sistema	POLÍTICO	JUDICIAL
Atores	Várias partes representadas por vários partidos	Em princípio, duas partes e um terceiro participante (o juiz)
Litígio	Coletivos	
Contraditório	Plurilateral	Bilateral
Princípio decisório básico	Regra de maioria como critério e fundamentado da decisão	Aplicação da lei por juiz técnico e imparcial
Horizonte decisório	Prospectivo	Retrospectivo
Visão do ator	Macro	Micro
Racionalidade	Material	Formal
Autonomia	Relaciona as demandas que decide com base na conveniência e na representatividade	Não pode escolher demandas nem postergar decisões indefinidamente
Alcance	Toda sociedade	Só as partes do processo

O quadro acima busca diferenciar os campos político e jurídico quando da análise das respectivas atuações. Assim, no tocante ao horizonte decisório e ao alcance, as diferenças propiciam uma possibilidade de maior “ativismo” no político, para o futuro e com relação a toda a sociedade. Entretanto, conforme já apontamos, o controle concentrado de constitucionalidade não é apenas retrospectivo, e não se restringe às partes do processo. Vislumbra-se, portanto, uma forte ingerência “política” na atuação do campo jurídico neste específico instrumento.

E é nesta aparente diferenciação entre os dois sistemas, que os atores do campo jurídico brasileiro divergem da função e do papel do Supremo Tribunal Federal. Quando o aproximam de um Tribunal Constitucional, tendem a reforçar o papel político, quando o distanciam, reforçam o papel jurídico. Ambos esquecem, entretanto, que é possível conciliar os dois sistemas.

Courts can be said to meaningfully differ from the so-called political institutions (the legislature and the executive) in two basic ways. First, they perform a judicial function, that of resolving legal conflicts within specified legal procedures. Courts do so in written decisions, the record of which inevitably comes to constitute or form the basis of a jurisprudence, itself a very specialized form of discursive structure. Second, because courts are commonly understood to suffer, in comparison to executives and legislatures, from a democratic deficit, the legitimacy of the judiciary in democratic societies must be constructed according to criteria that differ from those used to assess the political branches. We have already mentioned two criteria in policing the

horizontal and vertical divisions of powers and to the extent in that they protect fundamental rights and liberties, one can argue that courts function to preserve conditions essential to the existence and well being of constitutional democracy. (SHAPIRO;STONE, 1994, p.414)

Portanto, o que pretendemos salientar aqui é que os atores jurídicos precisam responder às exigências de públicos que se apresentam cada vez mais informados, mais críticos e menos reverentes. Isto, conseqüentemente, demonstra as diversas variáveis incluídas na análise dos Tribunais Constitucionais, que não podem se limitar ao acesso e à fluidez da expressão judicialização da política.

Apesar de se apregoar que o Poder Judiciário passou a ser uma “alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça” (VIANNA et all,1999, p. 22), nossa linha de análise buscará refletir sobre esta “nova alternativa” e sobre a sua concretização no sistema brasileiro.

4.2.3 – Esfera “cidadã”

Assim, na nossa opinião a judicialização da política está mais atrelada ao que Marc Galanter (1993) chama de “direito em abundância”: aumento do número e da variedade de atores jurídicos, do número de pessoas em posição de tomar decisões, da quantidade de material normativo, da amplitude atingida pela teoria jurídica, da quantidade de informação disponível, dos gastos com os serviços jurídicos e da conseqüente intensidade do trabalho produzido pelos advogados, etc...

Nesta mesma linha de raciocínio, queremos destacar uma outra análise recorrente sobre a judicialização da política e a própria atuação dos Tribunais Constitucionais. A partir das estatísticas referentes a litigação, apregoa-se uma “crise” da Justiça. Mas esta crise é uma crise de “quantidade”. Em análise sobre a “avalanche” de processos nos Estados Unidos, Galanter (1993) destaca que:

O exame atento dos dados disponíveis, no entanto, sugere, não recurso febril e ilimitado à via litigiosa, mas antes o seu uso moderado e modulado. Sempre atentos aos riscos, às demoras e aos custos envolvidos, os queixosos estão longe de agir como se os movesse um impulso irrefreável no sentido da contestação e da vingança em terreiro público.... Estas variações das tendências no que se refere a processos parecem reflectir o alastramento global – embora desigual – de **uma expectativa elevada relativamente à justiça** e a consciencialização do direito à protecção contra muitos tipos de ofensa ou à respectiva indemnização. Mas nem tal consciencialização é espontânea, nem o seu crescimento chega para explicar, só por si, os padrões que encontramos na utilização dos tribunais. A sua tradução em litigação depende dos valores e dos recursos dos queixosos, bem como das opções de resolução de que estes disponham. Tais opções, por sua vez, são reflexo das mudanças verificadas no contexto institucional mais amplo em que ocorrem os conflitos. (p. 110, grifamos)

Em análise sobre o mesmo processo de “explosão de litigação” na década de oitenta, Boaventura de Sousa Santos *et al.* (1996) chega a conclusões parecidas: a litigação é “seletiva”:

A explosão da litigação, que ocorre entre nós uma década mais tarde que nos países centrais – ou seja, na década de oitenta, com forte acentuação no final da década – longe de significar uma maior dispersão da actividade judicial por um leque mais vasto de litígios ou de litigantes, aprofunda a concentração e a selectividade. A explosão deve-se quase exclusivamente a um único tipo de acções, as acções de dívidas, e os seus autores são basicamente litigantes frequentes. (p. 686)

Assim, análises sobre a atuação do Supremo no âmbito do controle de constitucionalidade devem levar em consideração estas ressalvas. Como demonstramos no capítulo 2, o Supremo atualmente atua muito mais no controle de constitucionalidade difuso, por intermédio do Recurso Extraordinário, do que no controle de constitucionalidade concentrado. Entretanto, o fenômeno da judicialização da política deveria ser abordado à luz do controle concentrado, tendo em vista que é ele que traduz o caráter de Corte Constitucional e não o difuso, que inclusive, já existia no Brasil. Ademais, conforme destacamos anteriormente, no caso brasileiro não há um Tribunal Constitucional típico.

Conforme Taylor (2000) destaca, as batalhas judiciais por si só não representam uma participação “significativa” do cidadão. Elas traduzem sim a estruturação das relações

humanas em termos de reivindicação e contra-reivindicação – um juridicismo enquanto atitude social, típico da corrente “legalista” de análise (GALANTER, 1993, p. 127).

No caso da implementação dos Tribunais Constitucionais, estes surgem justamente diante da necessidade de efetivar a explosão de direitos, o que acarreta uma grande responsabilidade política ao Tribunal.⁸⁸ E os Tribunais Constitucionais sabem que, ao responder às demandas para proteção de direitos constitucionais, estão justificando sua intervenção na política e se defendendo das críticas acerca do seu caráter “legislativo”. (SHAPIRO; STONE, 1994).

Por outro lado, esta expansão constitucional de políticas sobre direitos afeta o sistema político porque “opposition political parties, lawyers, citizen groups, and others can see that rights claims are an effective avenue of social change.” (SHAPIRO; STONE, 1994, p. 417)

Porém, cada vez mais as instituições jurídicas se deparam com conflitos que envolvem normas contraditórias e complexas e que, conseqüentemente não terá uma resposta certa e única. Os atores jurídicos passam a improvisar soluções para estes conflitos, e que apesar de terem a autoridade reconhecida, não é possível dizer que são “eternos”. As decisões passam a ser temporárias. Sob a fachada da neutralidade (formal, autônoma, sujeita a regras, certa, profissional, erudita, apolítica), os atores jurídicos transmitiam imagens do campo jurídico que permitiam legitimar suas decisões. “Contudo, a grande profusão informativa acerca do funcionamento do direito vem tornar mais difícil a possibilidade de se afirmar que a aplicação de critérios discricionários, a negociação, o improvisado e a política não têm a ver com o direito” (GALANTER, 1993, p. 120)

⁸⁸ “What is clear is that political authority has everywhere given judicial authority the responsibility, expressly or by default, to protect the rights of citizens, police separation of power schemes, and check bureaucratic discretion. Elected officials, lobbyists, and citizens’ action groups have in turn been provided with new arenas (law and courts) for pressing their political claims. These developments reflect, or translate into, a very widespread increase in the prestige and self-confidence of the judiciary” (SHAPIRO; STONE, 1994, p. 402)

Não queremos adentrar a polêmica acerca da neutralidade, mas é preciso resgatar aquilo que ela contribui para a presente análise. E isto se dá, basicamente, no tocante ao discurso. É a partir deste discurso que os atores jurídicos perpetuam seu poder simbólico, isolando dos ditos “leigos” a linguagem jurídica. A fronteira entre os que sabem o Direito e os que não sabem: o monopólio dos detentores da competência jurídica permite constituir uma situação em conformidade com a lei fundamental do campo, ou seja, gerar soluções aos problemas daqueles que não tem acesso ao espaço mental lógico e específico do campo jurídico. O Direito só possuirá eficácia simbólica na medida em que obter o reconhecimento, ou seja, permanecer desconhecido. (BOURDIEU, 1989)

Esta percepção é contrária à “atitude” defendida pelo movimento comunitarista na Constituição de 1988, sob influência dos constitucionalistas alemães. Para eles, o cidadão deve ser encarado como um “autor” da Constituição, e conseqüentemente, passível de questioná-la perante o Poder Judiciário. Acrescentando elementos a este “ideal”, Habermas (1997) coloca que a comunidade de intérpretes da Constituição se faria presente na vida pública e não pela mediação dos tribunais. A função da Corte Constitucional não invade a esfera legislativa, mas se atém a garantir o respeito aos procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania.

Importante resgatar aqui o dilema entre democracia participativa e democracia representativa. A democracia representativa se enquadra no modelo liberal de Estado, em que se enfatiza o procedimentalismo como método de constituição de governos. Já a democracia participativa, ou “inclusiva”, representa a reflexão sobre este mesmo procedimentalismo como prática social.

A democracia participativa se insere no quadro da “terceira onda de democratização” que trouxe à tona questões relacionadas ao problema da qualidade da democracia, a análise da democracia como substância, e não como forma. Trata-se de “uma tentativa de disputa pelo significado de determinadas práticas políticas, por uma tentativa de ampliação da gramática social e de incorporação de novos atores ou de novos temas à política” (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 56)

Assim, adentramos um importante aspecto abordado nesta tese: o da participação, o papel da sociedade civil, dos movimentos sociais na institucionalização democrática. Entretanto, esta nova percepção de democracia exige a constituição de uma nova gramática social, uma nova forma de relação entre Estado e sociedade.

Os movimentos sociais estariam inseridos em movimentos pela ampliação do político, pela transformação de práticas dominantes, pelo aumento da cidadania e pela inserção na política de atores sociais excluídos (...) O que a democratização fez foi, ao inserir novos atores na cena política, instaurar uma disputa pelo significado da democracia e pela constituição de uma nova gramática social. (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 54)

Desta forma, o aumento por si só de participação, não significa necessariamente emancipação, pois é preciso adequar esta participação à tentativa de recriação das formas do político: “um espaço público real porque construído universalmente, portanto aquele no qual a crítica e o dissenso organizado dos excluídos pode se instalar na demanda de direitos” (PAOLI, 2002, p. 403). É preciso concretizar o direito de participar na pluralidade das demandas de cidadania.

Cumprе salientar que, para os fins da presente análise, não se faz necessário distinguir entre movimentos sociais e ação coletiva, sobre o referencial teórico de cada um deles.⁸⁹ Para nós, o importante é a inserção dos “movimentos sociais” no campo da política como expressões de poder da sociedade civil, politizando as demandas socioeconômicas, políticas e culturais, inserindo-as na esfera pública da luta política. (GOHN, 1997, p. 251/2).

Movimentos sociais são ações sociopolíticas construídas por atores sociais coletivos pertencentes a diferentes classes e camadas sociais, articuladas em certos cenários da conjuntura socioeconômica e política de um país, criando um campo político de força social na sociedade civil. (GOHN, 1997, p. 251)

⁸⁹ “La idea de movimientos sociales tiende a fluctuar entre dos polos en la teoría social. Uno es la visión de movimientos sociales como acción colectiva que responde a tensiones o contradicciones específicas en la sociedad y que se orienta a poner término a esa contradicción específica. El otro es el movimiento social como portador del sentido de la historia y como encarnación y principal agente del cambio social global” (GARRETON, 1996)

No caso brasileiro, Paoli (2002) assim analisa as práticas de deliberação participativa:

As práticas de deliberação participativa, no Brasil, estiveram desde seu início ligadas à visibilidade política dos “novos movimentos sociais” e à redefinição das práticas do movimento operário, nas décadas de 1970 e 1980. Elas foram entendidas por intermédio de uma renovada teoria do conflito social, que apontava para formas de participação popular e luta plurais demandantes de representação autônoma nos processos políticos de distribuição de bens públicos e formulação das políticas públicas. O sentido brasileiro da expressão “novos sujeitos sociais” conectava as lutas populares desse momento à visibilidade política de gente que havia sido sempre obscurecida – como “outros que não contam”, cidadãos inferiores – pela cultura fortemente classista e hierárquica da sociedade brasileira, gente cuja experiência da modernidade e da cidadania passava por vários graus de marginalização, precariedade e exclusão social e cujas demandas perpetuavam-se como não-negociáveis pelo Estado, seja pela negação de seu valor político-institucional ou, no caso contrário de seu reconhecimento positivo, pela necessidade de seu controle. (p. 404)

Assim, o que se percebe na história da ação coletiva no Brasil é a retirada dos conflitos distributivos, e da demanda coletiva por cidadania e igualdade da arena política e pública. Isto é feito a partir da gestão eficaz de recursos sociais, cuja distribuição é decidida aleatória e privadamente. É a noção de direitos que cria “comunidades políticas falantes e reflexivas sobre si mesmas e não submissas à aleatoriedade das necessidades e conveniências que vêm de fora, por mais compensadoras e admiráveis que sejam”⁹⁰.

...a regeneração da classe dominante brasileira apóia-se menos em uma clara lógica da cidadania e mais na eficiência da integração social para limitar o perigo e o risco inerente à presença aumentada dos excluídos e sem-direitos. Sua utopia de responsabilidade torna-se então conservadora porque, por mais sensível que seja às desigualdades sociais, preserva ao mesmo tempo as hierarquias desiguais que produzem a descapacitação (disempowerment) dos cidadãos, ao recriá-los como cidadãos de segunda e terceira classes dependentes da caridade da ação externa privada para a possibilidade de inclusão social. (PAOLI, 2002, p. 414)

⁹⁰ Paoli (2002) traça esta conclusão a partir da análise do espaço filantrópico organizado por empresários nacionais e empresas multinacionais no Brasil que propõem ações civis voluntárias. A autora conclui que o ativismo político pela cidadania e justiça social foi deslocado para um ativismo civil voltado para a solidariedade social. Entretanto, as demandas populares são representadas em negociações pragmáticas, tecnicamente formuladas, com os governos, dispensando a base ampliada da participação popular. O cidadão comparece como uma figura passiva de “beneficiário, sombra de quem o beneficia”. O que se critica é a ausência de discussão politizadora ou de qualquer estímulo para conectá-la às ações governamentais ou ao funcionamento das políticas públicas.

Esta conotação é primordial para nossas reflexões. Isto porque o modelo comunitarista apregoado na Constituição de 1988 justamente se contrapõe à idéia de “cidadania simbólica”, ou seja, a atomização da sociedade que não vê no Estado um agente autorizado dos interesses gerais do país. O’ Donnell faz a seguinte pergunta: “quais podem ser as âncoras e ligações com as instituições (as de representação de interesse e as propriamente políticas, tais como os partidos e o Congresso) que tecem os relacionamentos entre o estado e a sociedade nas democracias institucionalizadas?” (1993, p. 141)

E vai além:

A pulverização da sociedade em miríades de atores racionais/oportunistas e sua irritação com uma situação que todos – e, portanto, aparentemente ninguém – parecem encontrar um culpado principal: o estado e o governo. Esse senso comum é, por um lado, um solo fértil para ideologias antiestatistas simplistas; por outro, impulsiona a vertiginosa perda de prestígio do governo democrático, de suas fracas instituições e de todos os políticos. (p. 142)

Inclusive, esta participação ampliada de atores sociais acaba por introduzir temáticas até então ignoradas pelo sistema político. Polêmicas em torno da “maternidade substituta”, da cessação do suporte mínimo de vida em doentes terminais, da demissão ilegal de trabalhadores, e da eliminação de resíduos tóxicos mobilizam a nossa múltipla vinculação a princípios que em nós coabitam e concorrem entre si como a autonomia, a igualdade, a dignidade, a saúde, a eficácia, a retidão e muitos outros. (GALANTER, 1993, p. 126)

Entretanto, como a esfera política nem sempre dá conta deste debate, inclusive diante da falta de mobilização cidadã, a demanda por igualdade e justiça pode se deslocar do campo político para o campo jurídico. (SANTOS; AVRITZER, 2002)

Após analisarmos questões relacionadas ao constitucionalismo e a idéia de democracia participativa, salientaremos alguns aspectos sobre a escolha do controle de constitucionalidade concentrado em um único órgão, um Tribunal Constitucional.

Em novas democracias, existem razões para não confiar em um sistema descentralizado, tendo em vista que o judiciário foi treinado, selecionado e promovido sob o

regime anterior. Ademais, normalmente há uma certa desconfiança popular do judiciário, e conceder a este o poder de controle de constitucionalidade implica em riscos quanto ao prestígio da própria constituição. “Setting up a specialized body, by contrast, designates constitutional adjudication as a distinct, important function. So one explanation for the shift toward centralized review may be that widespread democratization has occurred and that decentralized review is particularly unattractive in new democracies” (GINSBURG, 2003, p. 9).

Vários estudos realizados têm investigado a origem do controle concentrado de constitucionalidade, como ele se desenvolveu nos primeiros anos cruciais do processo de liberalização em países autoritários, e quais as condições políticas que deram suporte para sua expansão e desenvolvimento. Entretanto, o foco normalmente parte da análise das instituições e da política, nas estratégias dos atores políticos para acessar os Tribunais Constitucionais, ou seja, no fenômeno da judicialização da política.

Os teóricos deliberativos defendem que a corte é um fórum alternativo ao Poder Legislativo, e pode assim articular pontos de vista que de outra maneira não seriam ouvidos. “judicial review potentially expands the range of voices to include political losers”. A expansão do controle de constitucionalidade reflete democratização e não o contrário, que é anti-democrático: “judicial review may be countermajoritarian but it is not counterdemocratic”. (GINSBURG, 2003, p. 28)

Conforme destacamos anteriormente, Cappelletti (1984) levanta questões acerca dos motivos que levaram os constituintes aos riscos inerentes à criação de uma corte especial para o controle de constitucionalidade. Sua resposta à questão se alinha à maioria dos estudos: destacar a importância do próprio controle de constitucionalidade, que não poderia ser atribuído a órgãos judiciais já existentes.

Postwar constitutional drafting efforts focused on two concerns: first, the enunciation of basic rights to delimit a zone of autonomy for individuals, which the state should not be allowed to abridge; and second, the establishment of special constitutional courts to safeguard and protect these rights. These courts were seen as protecting democracy from its own excesses and were adopted precisely because they could be countermajoritarian, able to protect the

substantive values of democracy from procedurally legitimate elected bodies.
(GINSBURG, 2003, p. 2)

Na verdade a grande questão é o valor que se passou a dar ao documento constitucional.

As Constituições modernas não se limitam, na verdade, a dizer estaticamente o que é o direito, a “dar uma ordem” para uma situação social consolidada; mas, diversamente das leis usuais, estabelecem e impõem, sobretudo, diretrizes e programas dinâmicos de ação futura. Elas contêm a indicação daqueles que são os supremos valores, as rationes, os Gründe da atividade futura do Estado e da sociedade: consistem, em síntese, em muitos casos, (...) em um programa de reformas em direção ao futuro. (CAPPELLETTI, 1984, p. 89)

Entretanto, apesar do controle concentrado de constitucionalidade ser uma quase “universalidade”, as cortes têm variado quanto à extensão em que estão dispostas a exercer este poder na realidade. E a judicialização da política também dependerá da configuração particular das forças políticas e da “receptiveness of courts to accepting controversial disputes” (GINSBURG, 2003)

4.3 – Tribunais Constitucionais – contexto externo

Conforme já mencionamos, existem várias abordagens que buscam explicar a escolha institucional pelo controle de constitucionalidade feito por uma Corte máxima, dentre elas, a relevância dada ao próprio exercício de revisão constitucional (CAPPELLETTI, 1984). Abaixo, apontamos o estudo de Pedro Magalhães (2003) sobre o assunto, que encontrou três abordagens para a análise:

- a) histórico-cultural – a escolha é basicamente explicada através do legado do passado, de influências históricas, cultura e tradições legais. A própria explosão da revisão judicial, conforme apontamos anteriormente, é atribuída a mudanças históricas em reação aos horrores da Segunda Guerra Mundial.
- b) funcionalista – as instituições judiciais resultam de sua habilidade de resolver ou evitar certos problemas, de caráter social, político, econômico ou legal.
- c) abordagem estratégica – a escolha é descrita como um processo de barganha no qual os atores políticos buscam obter vantagens na distribuição do poder no novo desenho institucional.⁹¹

Nosso objeto no presente capítulo não se refere especificamente aos motivos para a escolha por este desenho institucional, mas será relevante ter em mente não apenas a importância da revisão, mas também as abordagens acima. Elas permitem um olhar mais amplo sobre o tema.

No tocante aos Tribunais Constitucionais escolhidos, cumpre uma ressalva metodológica. Nossa análise se concentrará em características que permitirão perceber a relação do Tribunal Constitucional com o campo político e social, a busca pelo poder simbólico e legitimidade. Assim, questões “periféricas” serão mencionadas nas notas de rodapé, inclusive com menção à literatura específica para ampliação das informações. A

⁹¹ Em análise sobre os motivos para a escolha do controle de constitucionalidade nos países ibéricos, Pedro Magalhães conclui que as abordagens histórico-cultural e funcionalista não explicam o por quê da escolha. Para o autor, a explicação é dada pela abordagem estratégica – os partidos políticos objetivaram impor regras para a nomeação dos juízes que fossem maximizar sua influência nas Cortes, ou ao menos minimizar a de seus oponentes. (2003, p. 124/5)

análise abordará os modelos ibéricos, Portugal e Espanha, pois suas Constituições são tidas como “comunitaristas” e inspiradoras do texto constitucional brasileiro.⁹²

Portanto, as análises que iniciaremos levarão em consideração dois aspectos: em que medida há a legitimidade do Tribunal Constitucional, como ela se configura; e como o Tribunal responde a demandas que extravasam a abordagem estratégia explicitada acima, conduzindo o Tribunal para uma postura mais assertiva no processo de consolidação democrática.

O primeiro caso analisado é o do modelo de controle de constitucionalidade português. Podemos apontar dois motivos para a escolha: o primeiro mediante a influência do constitucionalista português, José Joaquim Gomes Canotilho (2001, 2003) no desenho constitucional brasileiro; o segundo pela controvérsia sobre o caráter “político” do Tribunal.⁹³

O Tribunal Constitucional Português não foi imediatamente criado por ocasião da promulgação da Constituição Portuguesa de 1976⁹⁴, e os critérios de nomeação dos seus Ministros foram alvo de intensas negociações e debates, e posteriormente, de muita crítica.

A mais longa Constituição Portuguesa acatou uma extensa previsão constitucional de direitos civis e políticos, mas também neutralizou a competência das cortes de revisão constitucional da legislação, mantendo os militares tutores da transição e, portanto,

⁹² Além dos países ibéricos, entretanto, mencionaremos, em notas de rodapé, outros Tribunais Constitucionais como referências para comprovação da nossa hipótese. A escolha dos países se deu a partir das fontes secundárias disponíveis e aquelas em que a análise se concentra em questões de cunho democrático. Neste sentido a análise não será aprofundada em nenhum dos países, se concentrando apenas nos elementos pertinentes para a comparação com o sistema brasileiro.

⁹³ Importante salientar que o desenho institucional do Tribunal português em nada influenciou o desenho institucional do STF, tendo em vista que no Brasil não houve mudanças no desenho institucional propriamente dito, enquanto em Portugal o controle de constitucionalidade foi uma inovação do período pós-autoritário.

⁹⁴ A Constituição Portuguesa totalmente democrática foi promulgada em abril de 1976 após um ano de trabalhos oficiais da Assembleia Constituinte, com o apoio de seis dos sete partidos parlamentares. Entretanto, o processo que antecedeu a promulgação foi muito mais longo e envolveu outros participantes além dos parlamentares. Isto porque o golpe de 1974, que derrubou o período autoritário, manteve, até 1982, os militares como atores atuantes do processo de desenho institucional da nova democracia portuguesa. (MAGALHÃES, 2003, p. 81)

assegurando que nem o Parlamento nem o Judiciário iriam se deslocar das conquistas da Revolução. Até a Revisão Constitucional de 1982 o controle de constitucionalidade foi exercido pelo Conselho da Revolução e pela Comissão Constitucional, composta de nove membros indicados pela Suprema Corte e pelo próprio Conselho.⁹⁵ (MAGALHÃES, 2003, p. 93)

A grande controvérsia durante os trabalhos constituintes foi acerca da composição do Tribunal Constitucional, pois se pressupunha que o comportamento de voto de cada juiz constitucional iria depender, em maior ou menor medida, da sua sensibilidade político-ideológica. A fórmula encontrada pelos parlamentares foi uma coalizão entre os três principais partidos – Socialistas, Social Democracia e Democracia Cristã - contra o então Presidente, o General Eanes. Assim, inexistente em Portugal a participação do Presidente da República na escolha dos ministros do Tribunal, cuja única fonte de designação é a Assembléia da República.

Optou-se, portanto, por um sistema de designação parlamentar de dez juizes, sendo os três restantes cooptados pelos primeiros. Isto acarretou uma dependência do Tribunal em relação ao clima de entendimento entre os dois principais partidos, expondo o Tribunal a conflitualidade político-partidária e, conseqüentemente, à opinião pública, que percebe a escolha de juizes constitucionais como um “negócio político”, trazendo sérios problemas na afirmação de sua legitimidade. (ARAÚJO, 1997, p. 26-28).

Importante frisar, entretanto, que apesar das permanentes controvérsias acerca do modo de designação dos juizes constitucionais, pode-se dizer que do ponto de vista institucional existe um respeito generalizado pelas decisões por parte dos outros tribunais (ARAÚJO, 1997, p. 32)

⁹⁵ António Araújo (1997) destaca que apesar de não ser um tribunal propriamente dito, a Comissão Constitucional representou uma preponderância técnico-jurídica sobre o Conselho da Revolução, com decisões muito bem fundamentadas, tendo em vista que a composição do Tribunal permitia a participação de cidadãos juristas não juizes.

António Araújo (1997) defende que é a fiscalização preventiva⁹⁶, e não o modo de composição do Tribunal, que explica a politicidade dos juízes constitucionais. Para o autor, a fiscalização preventiva tem um carácter mais político inclusive pela proximidade temporal entre o debate político que rodeou o surgimento da lei e o debate em torno da sua constitucionalidade, e é este contexto institucional que explica as votações mais “politizadas” dos juízes constitucionais, e não a forma de designação destes juízes. (p. 179) Assim, o comportamento individual dos juízes reflete, na verdade, uma cultura própria do Tribunal Constitucional, que pode ser caracterizada pela discrição, prudência, rigor científico, autodefesa do status dos juízes constitucionais, simbolismo e ritualismo judiciário como forma de legitimação institucional. (p. 171-174)⁹⁷

Assim, “a ‘politicidade’ do comportamento dos juízes constitucionais não é mais do que uma conseqüência da ‘politização da justiça’, que é induzida pela tentativa de, a todo o custo, ‘judicializar a política’ através do controlo preventivo de constitucionalidade.” (p. 176) E a resposta dos juízes é de justamente demonstrar um comportamento de “não-interferência” – o que o autor denomina de “prudencialismo”, típico de momentos iniciais de transição democrática, afastando-se progressivamente dela na medida em que o regime democrático se consolidasse em países que saíram do autoritarismo para a democracia. (ARAÚJO, 1997, p. 30-31)

Portanto, o Tribunal Constitucional Português conquistou sua legitimidade a partir do seu autoposicionamento, discreta atuação e no âmbito de suas decisões. Houve uma reação mais direta, principalmente do próprio Judiciário no início. Atualmente as críticas se concentram em decisões específicas onde determinados atores então aproveitam para

⁹⁶ Fiscalização preventiva é um outro modelo de controle de constitucionalidade, feito antes da própria promulgação da lei, mas dentro da classificação de controle concentrado.

⁹⁷ “Não é possível saber se a ‘cultura do TC’ constitui um limite à ‘politicidade’ da justiça constitucional ou se, pelo contrário, serve apenas para dissimular aquela mesma ‘politicidade’. Existem, no entanto, alguns motivos para aderir à primeira hipótese, sobretudo se tivermos presente que os juízes, ao actuarem como role players, interação, de forma mais ou menos consciente, com a ‘cultura’ que se foi desenvolvendo no interior do TC. Os juízes não são juízes de um qualquer tribunal constitucional: são juízes do Tribunal Constitucional português e, nessa medida, acabam por ser marcados pela ‘cultura’ dominante no seio desta instituição. Como tal, é de crer que a marca da ‘cultura do TC’ acabará por se sobrepor, não raras vezes, às ‘fidelidades’ político-partidárias dos diversos juízes, limitando sensivelmente a ‘politização’ da justiça constitucional.” (ARAÚJO, 1997, p. 174)

recuperar o “pecado original” do Tribunal, ou seja, sua composição de índole político-partidária, mas não há mais ataques a instituição por si só. A autoridade das decisões foi conquistada não por declarações públicas (raras), mas sim pela qualidade das decisões e do exercício das funções.

Nos estudos de António Araújo (1997), este aponta que o Tribunal Constitucional Português, ao longo de mais de dez anos de existência, formou e sedimentou uma cultura própria, baseada nos seguintes tópicos: discricção, “prudencialismo”, preocupação com o rigor científico, preocupação de autodefesa do Tribunal e do status dos juízes constitucionais e invenção da tradição e “ritualismo judiciário”. Interessante destacar que os dois últimos dizem respeito ao posicionamento do Tribunal no campo jurídico: houve uma preocupação em legitimar o exercício do controle de constitucionalidade por parte do Tribunal perante as outras instâncias do Poder Judiciário, a fim de eliminar a “marca política” atribuída ao Tribunal Constitucional.⁹⁸ Aqui, vislumbramos uma similaridade com o caso brasileiro sob análise: a preocupação dos Ministros em serem associados ao exercício jurídico, sem nenhum tipo de influência política.

O segundo modelo analisado é o espanhol, este diante de sua jurisprudência – vários exemplos de sua atuação no processo de transição democrática espanhola, principalmente relacionando-se alguns posicionamentos ao referencial teórico utilizado na presente tese, o comunitarismo. No contexto de uma história repleta de violações aos direitos fundamentais e ao próprio Estado de Direito⁹⁹, diante de propositadas lacunas constitucionais, decorrentes

⁹⁸ O autor cita como exemplos a reação do Tribunal à alteração da hierarquia do protocolo de Estado, alterada pelo General Eanes (Supremo Tribunal de Justiça foi colocado à frente do Tribunal Constitucional), e que acarretou a ausência dos juízes do Tribunal em cerimônias oficiais numa atitude de protesto; adoção de símbolos e ritos próprios dos tribunais superiores como o uso de beca e colar com as insígnias do Tribunal, bem como as honras, direitos, categorias, tratamento, vencimentos e regalias iguais aos dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça. (p. 172/3)

⁹⁹ Após a primeira Constituição Democrática em 1869, a Espanha enfrentou a quebra do Estado de Direito por nove vezes, retomando-se a monarquia por duas vezes. Durante o século XX, até o período mais “estável” de Francisco Bahamonde Franco (1939-1975), a Espanha enfrentou dois períodos ditatoriais, de Miguel Primo de Rivera (1923-1930) e o próprio Franco. Além disso, o nacionalismo nunca emergiu como no resto da Europa e a lealdade política se restringiu ao caráter local (BEIRICH, 1998, p. 47-48), o que aponta que a única instituição a exibir coesão e eficácia durante os dois últimos séculos tenha sido os militares, mantendo a ordem interna. A transição para a democracia se iniciou em julho de 1976, quando Adolfo Suárez se tornou Primeiro Ministro e Rei Juan Carlos assumiu o trono após a morte de Franco. Com o apoio do Rei, Suárez aprovou uma Lei para Reforma Política introduzindo um sistema de representação eleitoral proporcional,

da falta de consenso entre os constituintes, o Tribunal Constitucional Espanhol cumpriu importante missão no processo de consolidação democrática do Estado Espanhol.

O Tribunal Constitucional Espanhol surge após períodos intercalados de autoritarismo e Estado de Direito na Espanha, além de diferenças regionais e a conseqüente violência que dificultam a própria unidade nacional. Estas especificidades históricas influenciaram muito o processo de transição democrática a partir de 1975, e a inserção do Tribunal Constitucional como novo ator político com a Constituição de 1978.

A grande conquista do Tribunal é justamente de legitimação. Isto porque, além dos militares que se perpetuaram no poder, outra instituição que permaneceu com os privilégios durante os períodos ditatoriais é o Poder Judiciário. Havia, portanto, uma descrença no Poder Judiciário pela sociedade. Desta vez, diferentemente do caso português, a “legitimidade” precisa ser alcançada mediante seu posicionamento jurisprudencial.

Esta legitimidade foi alcançada por intermédio de um contexto político interno e internacional favorável: o consenso na elaboração da Constituição de evitar que a violência fosse retomada, e que isto seria alcançado por um tribunal forte e despolitizado, até por influência de exemplos europeus. Ademais, ações que o próprio Tribunal tomou para reforçar sua efetividade, como regras para eleição de seu presidente e da deliberação das decisões, além do acesso aos cidadãos, proferindo inúmeras decisões em recursos de amparo constitucional, o que constitui, também, uma contribuição para a própria qualidade da democracia, transformando a descrença citada anteriormente em confiança na Corte. (BEIRICH, 1998)

Temas de alto teor conflitante no Estado Espanhol, como federalismo e o terrorismo, foram enfrentados pelo Tribunal Constitucional, cujas decisões foram acatadas pelos demais atores políticos: Executivo, Legislativo e sociedade. A própria forma de

calendário de eleições para o Parlamento, e impondo referendo popular nas futuras reformas constitucionais aprovadas pelo novo eleito Parlamento. Em seguida, anistias, a supressão da censura e a legislação dos partidos políticos de oposição proporcionaram as condições para eleições livres em junho de 1977. (MAGALHÃES, 2003, p. 36/39).

Estado em suas particularidades foi omitida da Constituição pela ausência de consenso durante a época da transição. Esta omissão acarretou a judicialização do tema e contribuiu para a sua despolitização. Assim, o Tribunal Constitucional não apenas resolveu os conflitos, mas preencheu a lacuna constitucional, permitindo a consolidação do modelo federativo. (BEIRICH, 1998)

Neste sentido, a redistribuição do poder acarretada pela criação do Tribunal Constitucional contribuiu para uma melhora na “qualidade da democracia”, segundo Beirich (1998). Para a autora, isto ocorreu pelo estabelecimento de uma cultura de direitos, com o acesso dos cidadãos às Cortes, abolindo o legado autoritário (em especial nas duas instituições que permitiram a violação de direitos possível durante os regimes autoritários, os militares e o Judiciário)¹⁰⁰. Assim, é preciso alterar os “authoritarian enclaves”, com reformas profundas, e a mudança na cultura do *civil law*, o conservadorismo dos juízes, que não interpretam a lei, apenas a aplicam (o que implica em uma corte mais ativa, inclusive para mudar a cultura política dos juízes).¹⁰¹

A necessidade da criação de uma Corte Constitucional, e a implementação da revisão constitucional, eram consenso diante do fato da lei ter sido utilizada como instrumento do regime ditatorial de Franco. A Corte Constitucional era vista como um instrumento para assegurar o Estado de Direito na Espanha, inspirada na Alemanha e na Itália.

¹⁰⁰ O Parlamento, os partidos políticos e o Judiciário estiveram a mercê da instabilidade política e durante o regime de Franco criou-se uma proteção contra surpresas no âmbito do Judiciário, onde o governo exercia um filtro entre os candidatos a juízes. Além disso, a jurisdição militar foi muito ampliada. Estes dois fatores (aumento da jurisdição militar e politização das Altas Cortes) foram os dois grandes desafios para a transição democrática e o restabelecimento de uma jurisdição “civil” e a adesão ideológica dos juízes adeptos ao regime autoritário ao novo regime constitucional de cunho democrático. (BEIRICH, 1998, p. 69-70)

¹⁰¹ Outro exemplo em que a jurisprudência do Tribunal Constitucional prossegue na linha “emancipatória” é o caso colombiano. Apesar do controle de constitucionalidade não ser novidade no sistema colombiano, o novo Tribunal, criado a partir da Constituição de 1991, proferiu decisões consideradas “progressistas” na proteção dos direitos das pessoas e das minorias e no controle dos abusos por parte das autoridades e dos poderosos é o Tribunal Constitucional Colombiano. Assim, apesar da tensão crescente entre o texto “legal” e a realidade social, alguns magistrados do Tribunal aproveitaram o contexto político e deram um impulso ao conteúdo emancipador da Carta. É possível destacar este ativismo progressista em quatro casos: o movimento indígena o movimento sindical, os direitos dos homossexuais, e os devedores hipotecários (indivíduos que assumiram hipotecas para aquisição de moradias pelo sistema UPAC – unidade de poder aquisitivo constante). (UPRIMNY; GARCIA-VILLEGAS, 2002)

Entretanto, apesar do aparente consenso na necessidade de criação do Tribunal, a sua organização e competência foi objeto de acirradas disputas estratégicas. Isto é nítido no próprio modelo constitucional: regras ambíguas e vagas que permitiram acomodar todas as demandas, deixando as decisões para o futuro.¹⁰² (MAGALHÃES, 2003, p. 46/7)

Em tese elaborada na Universidade de Purdue/EUA, Heidi Ly Beirich (1998) analisa casos em que o Tribunal Constitucional Espanhol preencheu estas lacunas, ou seja, tomou decisões em que os constituintes se omitiram:

- a) Justiça Militar – até então muito ampla e extensa, acabando com privilégios concedidos a militares e exigindo a observância de princípios constitucionais como da publicidade e da igualdade nos processos, assegurando a proteção de direitos e liberdades constitucionais;
- b) Leis antiterroristas – a jurisprudência do Tribunal forçou a adequação das leis espanholas contra o terrorismo à legislação dos direitos humanos da União Européia.¹⁰³ Isto porque as leis espanholas utilizavam meios contrários ao *due process of law* e a classe política se mostrou inepta no sentido de conciliar a proteção aos direitos humanos e a batalha contra os movimentos terroristas, em especial o movimento separatista Basco. Imperava a necessidade militar e policial por mais poderes na luta antiterrorista sobre o novo regime democrático constitucional. O Tribunal chegou a esta jurisprudência freqüentemente provocado via

¹⁰² “In other words, and to the extent that constitutions can be equated with contracts, the Spanish constitution was indeed a particularly ‘incomplete contract’: vague, ambiguous, imprecise, and with important gaps that would have to be filled in the hoped-for future of Spanish ‘normal’ politics.... This indeterminacy, however, also suggested that the gaps Spain’s incomplete Constitutional would be filled through an interaction between legislative and judicial politics, i.e., whose final outcomes would be dictated by the forces in control the legislature and the judiciary.” (MAGALHÃES, 2003, p. 47)

¹⁰³ “The process of bringing Spain’s antiterrorist regime into line with international legal, as well as its own constitutional norms was accomplished almost entirely by the intervention of the Constitutional Tribunal. The entire Spanish political class, excepting members of the Basque and Catalan regional assemblies, waged its war against terrorism through the use of essentially authoritarian and unconstitutional means, including extraconstitutional and extraordinary laws that blatantly violated constitutional freedoms. These practices placed Spain well outside the mainstream of continental Europe in terms of the mechanisms employed to counter the terrorist threat and, especially, in terms of the lack of judicial oversight accorded to actions taken under these laws, often by police or military forces acting without a warrant (because they were not required by the antiterrorist laws). (p. 146)

recurso de amparo e pelas Assembléias regionais (após alteração na jurisprudência do tribunal que até então não concedia a legitimidade ativa para parlamentos regionais diante da omissão da própria Lei Orgânica do Tribunal).¹⁰⁴

- c) Relação com o Parlamento – assegurando o acesso das minorias parlamentares ao Tribunal, limitando a extensão da imunidade parlamentar que até então sempre fora total;
- d) Relação com o próprio sistema judicial – o Poder Judiciário foi a única instituição, além dos militares, a sobreviver com sua composição e prerrogativas à transição democrática. Assim, havia uma certa resistência às inovações democráticas. Até então o Judiciário estava subordinado ao Poder Executivo, inclusive na própria escolha dos juízes, o que o tornava um poder não independente e muito politizado.
- e) Forma de Estado – o Tribunal Constitucional foi responsável pela construção do sistema de autonomia regional, diante da omissão constitucional sobre o tema, tendo em vista a ausência de consenso entre os constituintes sobre o modelo a ser adotado. Os governos regionais perceberam na Corte um importante guardião de seus interesses. Várias características do sistema foram definidas através da jurisprudência do Tribunal: status constitucional dos estatutos regionais, competência legislativa das comunidades autônomas, o uso de línguas regionais, etc..

Outro importante fator favorável à legitimação do Tribunal no contexto interno foi sua atenção aos recursos de amparo. Entre 1980 e 1995, a Corte julgou mais de 2.300 recursos provocados por cidadãos, que buscavam na Corte Constitucional a proteção para

¹⁰⁴ O caso jurisprudencial mais emblemático do importante papel exercido pelo Tribunal na limitação das leis antiterroristas foi o provocado pela Assembléia Basca (STC 199/87). Isto porque até então o Tribunal não aceitava ações provocadas por parlamentos regionais, mas entendeu que quando a lei afetava sua competência em assuntos concedidos pelos seus estatutos era possível. No caso a lei questionada tratava justamente de medidas antiterror que, conseqüentemente, afetavam seus residentes.

uma violação de direito constitucional.¹⁰⁵ Assim, estes elementos contribuíram para a melhora na qualidade da democracia espanhola:

Cortes constitucionais têm melhorado a natureza qualitativa de suas democracias ao promover uma cultura de direitos, ao abolir legados autoritários e ao ser um catalisador de reformas para cortes de instâncias inferiores. E, este tem sido exatamente o caso em países emergindo de sistemas políticos autoritários onde os responsáveis pelo desenho institucional optaram por incluir altas cortes fortes em sua nova arquitetura constitucional como esteio para o império do direito e especialmente da própria constituição. (BEIRICH, 1998, p. 333, trad. nossa)

A partir da análise dos dois casos, Portugal e Espanha, é possível verificar um denominador comum: os Tribunais, por diferentes mecanismos, buscaram se legitimar perante a nova ordem constitucional. Portugal, mediante um discurso “jurídico”, conseqüentemente visando estabelecer uma nítida fronteira entre o campo jurídico e o político, pois era acusado de fazer parte dos dois campos, o que minava sua legitimidade e credibilidade. Espanha, mediante uma jurisprudência “prospectiva”, assumindo o papel “legislativo” diante das lacunas constituintes e de temas cruciais para a própria integridade nacional.

Desta feita, podemos perceber que quando a interface entre os campos político e jurídico ocorre, o Tribunal Constitucional é mais “ativo”. Quando o mesmo se ampara no discurso “legal-jurídico” da neutralidade, e do distanciamento de questões tidas como “políticas”, seu papel é mais discreto.

¹⁰⁵ Outro Tribunal Constitucional acessível a cidadãos é o Tribunal Constitucional Polonês. Ademais, se destaca sua jurisprudência em decisões de cunho econômico e social, que nem sempre estavam constitucionalmente previstos. (SCHWARTZ, 2000)

4.4 – Considerações Finais

A partir dos dois casos analisados, Portugal e Espanha, podemos chegar a uma conclusão: a judicialização da política não é uma tendência inexorável, universal ou auto-sustentada dos sistemas políticos modernos (ARAÚJO; MAGALHÃES, 2000). O próprio controle de constitucionalidade com caráter emancipatório também depende de uma série de fatores “não jurídicos”. A tensão entre Direito e Política é uma variável constante na análise dos Tribunais Constitucionais, pois estes se encontram no limite entre os campos político e jurídico.

Os atores “políticos”, com acesso aos Tribunais Constitucionais, têm diferentes incentivos para transferir os seus conflitos para a arena judicial, incentivos que variam de acordo com a distância ideológica e as correlações de forças entre maiorias e oposições, a natureza consensual ou majoritária do processo de produção legislativa, os objetivos eleitorais de diferentes tipos de litigantes e as convicções que formam acerca das preferências dos juízes. (ARAÚJO; MAGALHÃES, 2000)

Os atores “sociais”, por outro lado, têm dificuldade em traduzir o interesse público em situações concretas, nas quais estão em choque interesses e direitos difusos, por um lado, e o direito à propriedade privada, por outro. Se as regras processuais foram concebidas basicamente para filtrar, canalizar e viabilizar a tramitação de litígios interindividuais, como os tribunais devem tratar conflitos comunitários, grupais e classistas? Se as decisões dos juízes se circunscrevem apenas aos autos e às partes, como devem agir quando a resolução dos litígios a eles submetidos implica políticas públicas, cuja responsabilidade é do Poder Executivo?

Portanto, o “ativismo judicial” por parte do Tribunal Constitucional parece demandar a redução da autonomia do sistema jurídico, não apenas no que diz respeito ao sistema político, como também ao sistema social.

A atuação formalista dos tribunais superiores, ao prender-se a minúcias processuais na avaliação dos julgamentos das instâncias inferiores, retarda as decisões terminativas e/ou desloca o foco do julgamento das questões essenciais para questões meramente procedimentais. (FARIA, 2003, p. 7)

Assim, o controle de constitucionalidade pode ser um importante mecanismo “emancipatório” e de concretização constitucional, na medida em que se constitui em um canal alternativo para aqueles fora do poder. É possível refletir sobre a atuação dos Tribunais a partir da categoria comunitarista, quando o Tribunal é provocado para atuar em nome de interesses não-estatais, interesses inerentes ao exercício da cidadania. Trata-se de associar o comunitarismo com a idéia de democracia participativa.

Além disso, os Tribunais, desde que não estejam demasiadamente preocupados em evitar a confrontação com o poder político, podem expressar valores fundamentais para a democracia.

Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico ‘sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária’, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos (...) em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo” (VIANNA et al, 1999, p. 22/3)

Cumprе salientar, entretanto, que este novo papel, a nosso ver, não se enquadra no fenômeno da judicialização da política, mas sim na possibilidade ou não da justiça constitucional se configurar como um mecanismo emancipatório: “a justiça constitucional pode chegar a ser importante para o progresso democrático, sempre e quando for entendida como um componente de lutas sociais mais amplas.” (UPRIMNY; GARCIA-VILLEGAS, 2002, p. 335).

No tocante ao caso brasileiro, a Justiça Constitucional brasileira não conseguiu ainda definir seu espaço de atuação a fim de forjar uma identidade funcional mais precisa.

“Se estão certos aqueles que afirmam não ter ela outra legitimidade a não ser a que lhe é dada por sua independência institucional, por sua eficiência funcional e por sua autoridade moral, essa legitimidade precisa ser permanentemente validada pela prática, no cotidiano de cada tribunal – e é por isso que a instituição e seus integrantes têm de mudar” (FARIA, 2003, p. 36)

Para comprovar esta “crise de identidade” passaremos a Parte II da presente tese, onde apresentamos as frentes empíricas explicitadas no Capítulo 1: o processo constituinte e a jurisprudência do Supremo nos seis anos após a promulgação da Constituição de 1988.

PARTE II – FRENTES EMPÍRICAS – Democracia e Direito no contexto político, jurídico e social da transição democrática brasileira

No âmbito da cidadania, efetua-se, sem cessar, essa passagem do privado ao público, do íntimo das convicções e das sensibilidades ao compromisso no fórum público em nome destas mesmas convicções. O fato de se inventarem, a todo instante, modos de expressá-la e realizá-la é o sinal de uma sociedade democrática. A vitalidade da sociedade civil, como todos sabemos, é o testemunho mais seguro da estabilidade, da solidez da democracia e do interesse que todos lhe demonstram.
(Catherine Audard, **Ética pública, moral privada e cidadania**)

CAPÍTULO 5 - O COMUNITARISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

5.1 – Introdução

O presente capítulo tem como escopo principal analisar nossa primeira frente empírica: a influência comunitarista durante o processo constituinte e no próprio texto constitucional promulgado em 1988. Nosso objetivo é destacar os diferentes elementos comunitaristas e analisar o seu processo de inserção no texto constitucional. Quem realmente defendeu o “ideal” comunitarista durante o processo constituinte? Podemos apontar “vencedores” nas lutas simbólicas entre os defensores desta abordagem e os que a recusavam? A hipótese é de que o “ideal” comunitarista era mais um discurso de alguns atores do campo jurídico do que dos atores políticos, os constituintes. Ademais, procuraremos demonstrar que “o discurso enquanto *opus operatum* encobre, por meio de suas significações reificadas, o momento constitutivo da prática” (BOURDIEU, apud Miceli, 1987, p. L), ou seja, o próprio “ideal comunitarista” atribuído ao texto constitucional pode ser relativizado pela intencionalidade da prática jurídica, pelo menos no tocante ao presente objeto de estudo.

A discussão acerca do desenho institucional do Supremo por ocasião da Assembléia Nacional Constituinte se configura na tensão entre duas percepções sobre o papel da Corte no sistema brasileiro: o posicionamento do Supremo como cúpula do Poder Judiciário, portanto, última instância recursal (função jurídica); e a intenção de alguns constituintes de “proteger” o texto constitucional, no âmbito do controle de constitucionalidade (função política).

Os atores envolvidos no processo podem ser distribuídos em diferentes campos, de acordo com o seu posicionamento sobre esta percepção do texto constitucional. Assim, temos os atores jurídicos, definidos a partir de suas respectivas instituições como os advogados e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, os magistrados de instâncias inferiores, a partir da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e os Ministros do

Supremo Tribunal Federal, além de juristas “comunitaristas”¹⁰⁶ que participavam como assessores de constituintes ou em audiências públicas e não estavam, necessariamente, vinculados a alguma instituição jurídica (atores “não institucionalizados”¹⁰⁷).

Em trabalho sobre a influência da *intelligentsia* jurídica no processo constituinte, Luseni de Aquino (2002)¹⁰⁸ aponta que os atores jurídicos citados acima, juntamente com o Ministério Público, falavam em nome do campo jurídico propriamente dito, “a institucionalização do direito como um instrumento de realização de justiça social refletia um envolvimento apenas indireto das instituições e profissionais jurídicos com a questão da justiça social ela mesma” (p. 163).¹⁰⁹

Entretanto, a presença destes atores “jurídicos” foi intensa durante o processo constituinte, com várias audiências públicas em que manifestaram suas propostas. A partir da análise deste material que entramos no segundo tipo de atores abordados na presente tese: os atores políticos, mais especificamente os constituintes, que são designados como “comunitaristas” e “conservadores liberais”.

Para os constituintes “comunitaristas” era preciso destacar e “proteger” o texto constitucional por intermédio da jurisdição constitucional, adotada nos países europeus através dos Tribunais Constitucionais, cuja função é a guarda dos valores que integram o sentimento constitucional da comunidade. Os “conservadores liberais” entendiam que o

¹⁰⁶ CITTADINO (2000) aponta como constitucionalistas comunitaristas: José Afonso da Silva, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, Eduardo Seabra Fagundes, Dalmo de Abreu Dallari, e Joaquim de Arruda Falcão Neto.

¹⁰⁷ Utilizaremos a expressão “institucionalizado” e “não institucionalizado” para fazer referência aos atores jurídicos que possuem um vínculo com uma **instituição jurídica**, seja OAB, AMB, STF, Ministério Público, etc.. e atores jurídicos que não estejam, no discurso analisado, necessariamente vinculados a uma **instituição jurídica**. Trata-se de classificação meramente metodológica para fins de facilitar a compreensão do mapeamento do campo e seus atores.

¹⁰⁸ Cumpre destacar que esta pesquisa utilizou apenas o discurso dos atores jurídicos durante o processo constituinte, não incluindo referências a outros atores.

¹⁰⁹ E vai além: “Neste sentido, pode-se afirmar que o tema da justiça social foi incidental em suas manifestações na Constituinte, surgindo, de fato, mais como um argumento de necessidade para justificar as demandas políticas e corporativas dos profissionais jurídicos do que como um fim social a ser perseguido pelos órgãos e atores que compunham o sistema de justiça brasileiro. Dado seu grande apelo ideológico naquele contexto, a *intelligentsia* jurídica lançou mão do tema da justiça social para defender o direito, e não o contrário”. (p. 164)

Supremo poderia atender a esta demanda, sem a necessidade de criação e/ou transformação em um Tribunal Constitucional.

Para fins do objeto específico da presente tese, cumpre salientar que as “lutas simbólicas” travadas entre estes diferentes atores se concentraram em três eixos: o primeiro, sobre a criação ou não do Tribunal Constitucional; o segundo, sobre a composição deste Tribunal; e finalmente sobre suas funções (jurídicas e políticas). Destacaremos os posicionamentos dos diferentes atores para cada um dos assuntos no decorrer do presente capítulo.

Cumpre destacar, entretanto, que dentre os atores jurídicos não “institucionalizados”, surgem os advogados e professores (principalmente da área de Direito Constitucional) que participaram da “Comissão Afonso Arinos”, antes da instalação da Assembléia Nacional Constituinte - ANC.

Esta Comissão, presidida pelo jurista Afonso Arinos de Mello Franco, iniciou seus trabalhos em 1985, com a presença de quarenta e nove pessoas, das quais 30 eram juristas. Seu objetivo era realizar estudos e oferecer sugestões à Constituinte quando esta fosse instalada. O projeto acabou por ser apresentado a ANC apenas em abril de 1987, a título de colaboração, mas circulava informalmente pelos bastidores do Congresso, e influenciou o processo constituinte. Ademais, vários dos membros da Comissão participaram também do processo constituinte como especialistas convidados a se pronunciar nas audiências públicas ou como assessores e consultores dos constituintes.¹¹⁰

Analisando o anteprojeto apresentado pela Comissão, Gisele Cittadino (2000) define-o como “comunitarista” a partir de três temas fundamentais: definição do fundamento ético da ordem jurídica, amplo sistema de direitos fundamentais, acompanhado

¹¹⁰ Dois exemplos: José Afonso da Silva foi o principal assessor do Senador Mário Covas, líder da maioria e o professor Carlos Roberto de Siqueira Castro assessorou o Senador Afonso Arinos na Comissão e na liderança do PDT na ANC.

dos institutos processuais que visam controlar a omissão do poder público, e Corte Suprema como órgão de caráter político.¹¹¹

Apesar da importância do texto, e da influência de sua ideologia de caráter comunitarista durante o debate constituinte, este já denota a “vitória” da ala “conservadora” acerca do tema diretamente relacionado ao objeto da presente tese: a manutenção do Supremo como órgão de cúpula do Poder Judiciário e ao mesmo tempo com funções de caráter de corte constitucional.

Portanto, resta a pergunta: em que medida o texto constitucional promulgado em 1988 realmente reflete ideais comunitaristas no tocante ao objeto específico ora sob exame? Uma hipótese se alia à apresentada por Luseni Aquino (2002): a proposta comunitarista teve parte de sua ideologia mantida, abstraindo-se “aspectos que, embora essenciais para a realização da concepção original da própria proposta, não contavam com o apoio de grupos especialmente relevantes, devendo, portanto, a doutrina ser ajustada às ‘necessidades’ do contexto político”. Por grupos “relevantes” compreenda-se principalmente o próprio Supremo, ator que atuou durante o processo constituinte com vistas a não diminuir sua competência.

Entretanto, não se permitiu qualquer projeto prévio como ponto de partida para os debates na Assembléia. A solução encontrada para permitir o debate dos inúmeros temas, e a participação de diferentes atores, foi dividir os trabalhos constituintes em oito grandes Comissões Temáticas, que se subdividiram em 24 Subcomissões Temáticas¹¹². Nosso trabalho se concentrou na análise dos anteprojetos na Subcomissão temática do Poder Judiciário e do Ministério Público e suas respectivas emendas apresentadas pelos constituintes, nas Emendas ao Anteprojeto da sua respectiva Comissão Temática, e nas

¹¹¹ A autora designa José Afonso da Silva, professor da Universidade de São Paulo, como um dos mais respeitados “comunitários” brasileiros, responsável por um projeto de texto constitucional diretamente inspirado nas concepções das Constituições Portuguesa (1976) e Espanhola (1978).

¹¹² V. Capítulo 1, primeira frente empírica, para detalhamentos.

Emendas aos Projetos A, B, e C, além das audiências públicas em que o tema foi o desenho institucional do controle de constitucionalidade concentrado.¹¹³

Uma Assembléia Constituinte representa um momento de alta complexidade: “As Assembléias Nacionais Constituintes, quase por definição, espelham momentos de tensão e de conflitos, uma vez que são instaladas para instituir um novo ordenamento do poder, ao mesmo tempo em que, simbólica e efetivamente, devem alterar ou eliminar a moldura política antecedente.” (M.T.SOUZA, 1991, p. 38)

Portanto, trata-se de um “campo” (BOURDIEU, 1990) em que os diferentes atores buscam maximizar suas estratégias¹¹⁴, visando às novas configurações diante do novo desenho político-institucional que o documento constitucional irá prover. Ademais, “a percepção sobre o passado político recente, vivido pelos atores responsáveis pela formulação de um novo arranjo constitucional, consistirá num dos marcos de referência primordiais em suas ponderações.” (M.T.SOUZA, 1991, p. 39) E estas ponderações também resultam de “escolhas reflexivas” que os atores fazem, tendo como pano de fundo os riscos e os esforços com os quais se comprometem para alterar ou manter o *status-quo*.

Desta feita, nossa proposta é analisar a relação entre os campos político e jurídico durante o processo constituinte, refletindo sobre a posição dos diferentes atores acerca dos temas com conteúdo comunitarista relacionados ao objeto específico da presente tese: o controle de constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal.

Cittadino (2000) destaca o papel da jurisdição constitucional na concretização do “ideal comunitário”, e é a partir deste destaque que seguiremos no presente capítulo. Apesar de também partirmos de componentes da filosofia política comunitarista, nossa

¹¹³ Incluímos ainda menção a emendas e discussões na Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias (Comissão Temática I – da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher), responsável pela defesa da criação do “Tribunal de Garantias Constitucionais”, citado em debates em etapa subsequente, durante os trabalhos da Comissão III (da Organização dos Poderes e Sistema de Governo).

¹¹⁴ “O processo de transição política na sociedade brasileira culminou com a formação de grupos e associações reivindicadores de direitos que ansiavam por incluí-los no novo código constitucional. Esta dinâmica permeada pela idéia de interesse combinava-se com iniciativas políticas animadas pelo anseio genuíno de reflexão na perspectiva de um aprimoramento institucional.” (M.T.SOUZA, 1991, p. 40/1)

ênfase não é na incorporação do discurso comunitarista propriamente dito e os institutos jurídicos relacionados.¹¹⁵ Nosso objetivo é a complexa dinâmica de incorporação a partir dos diferentes atores envolvidos, seus interesses e a conseqüente efetivação deste ideal, também referenciada nos atores.

Nossa hipótese é de que o discurso comunitarista estava mais presente entre alguns atores jurídicos do que entre os constituintes, o que refletiu na própria atuação do Supremo, que obteve importantes vitórias nas lutas simbólicas durante os trabalhos constituintes. A incorporação do “ideal comunitarista” não só vislumbra uma “ideologia” para legitimação de interesses¹¹⁶, porém mais do que isso demonstra o posicionamento dos diferentes atores e estes interesses. Esta hipótese decorre da linha teórica utilizada (Bourdieu), que reconduz o estudo dos sistemas simbólicos, ou seja, da própria noção de ideologia (que em sua obra é mais restrita) às bases propriamente sociais, às práticas com que os agentes afirmam seu código comum.

5.2 – O debate comunitarista no processo constituinte

Conforme já mencionado, o processo constituinte reflete o embate entre atores com diferentes percepções sobre o papel da Constituição no Estado: de um lado os que consideram a Constituição um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos, e de outro os que acreditam que a Constituição deve aspirar a transformar-se num plano global, uma Constituição “programática”.

Nesta linha, uma das grandes contribuições que os atores comunitaristas trarão para o Constitucionalismo Brasileiro está relacionada ao fundamento da própria Constituição, que ultrapassa a concepção de direitos subjetivos, defendendo a esfera privada da atuação arbitrária do Estado. Em substituição à percepção de “liberdades negativas” desta corrente, surge a idéia de liberdades positivas: uma visão comunitarista da liberdade positiva limita e

¹¹⁵ O objetivo de Gisele Cittadino (2000) é justamente este: “estabelecer as conexões entre o chamado discurso “comunitário” e a incorporação na Constituição de determinados tipos jurídicos que garantem a participação popular no processo político-jurídico nacional”. (p. 43)

¹¹⁶ O “comunitarismo” como instrumento ideológico utilizado pelos atores “jurídicos” foi explorado por Luseni Aquino (2002).

condiciona em prol do coletivo a esfera da autonomia individual. Portanto, a expressão “direitos fundamentais do homem” extrapola a visão tradicional de limitação do poder público na relação com o indivíduo, incluindo garantias para uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas.(CITTADINO, 2000, p. 17) E, neste sentido, abordam a Constituição a partir de um compromisso com um conjunto de valores de uma comunidade histórica, o que demandará uma interpretação valorativa do texto constitucional.

Explicitamente previsto nos respectivos artigos 1º: “dignidade dos brasileiros” (Anteprojeto José Afonso) e a “promoção da pessoa” (Anteprojeto da Comissão Arinos) – a linguagem comunitarista já se evidencia inclusive no preâmbulo: “os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como os valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...”.

Esta intenção prevalecerá nas diversas fases da Constituinte, como no Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (Comissão Temática I, final da Etapa 3), cujo texto era o seguinte:

Art. 1º O Brasil é uma nação fundada na comunhão dos brasileiros irmanados num povo independente que visa a construir uma sociedade livre, justa e solidária, segundo sua índole e a determinação de sua vontade.

Art. 2º o fundamento da comunhão nacional é a dignidade da pessoa humana, cujos direitos fundamentais são intocáveis.

Na discussão do anteprojeto de Constituição apresentado a Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, o Constituinte Carlos Roberto Siqueira Castro assim se manifesta sobre a expressão “Estado Democrático de Direito”:

A idéia de um estado social e democrático de direito é, sem sombra de dúvida, o que há de mais moderno em termos de predicação dos Estados do mundo contemporâneo. A Constituição espanhola faz essa menção, imitando neste ponto, a Constituição portuguesa. E, de um modo geral, as constituições européias sublinham o aspecto social e democrático do Estado de Direito. Todavia, a locução Estado de Direito pura e simplesmente já soa um tanto conservadora, um tanto obsoleta, quiçá reacionária porque o Estado autoritário, as ditaduras, o absom, (SIC), em certa medida, pelo menos tecnicamente, se

subordinam a uma ordem jurídica, embora autoritária e absolutista. Daí por que se procura associar a legalidade estatal a um compromisso com o avanço social e democrático da sociedade preferindo-se utilizar a expressão Estado Social e Democrático de Direito. (DANC suplemento 83, Ata da 13º Reunião, em 13.05.87, p. 8)¹¹⁷

Percebe-se que a atuação dos atores comunitaristas no processo de elaboração da Constituição se fez presente, informando os constituintes como as contemporâneas constituições européias definiam seus compromissos valorativos e estabeleciam os princípios e os fundamentos dos seus Estados.

Na Emenda¹¹⁸ proposta perante o Comitê Temático da Organização dos Poderes e do Sistema de Governo, já no final da Etapa 3, o constituinte Vivaldo Barbosa aponta a necessidade do povo brasileiro ter um “patriótico e vigoroso sentimento constitucional”, destacando a importância do papel do Tribunal Constitucional, por ele defendido:

Temos razões para acreditar, por fim, que nosso Tribunal Constitucional, estimulado pelos advogados constitucionalistas que passarão a especializar-se para a atuação em seu plenário, bem como e sobretudo pela vigilância de toda a cidadania que, de forma recíproca, receberão o estímulo da jurisprudência do Tribunal de Garantia da Constituição, que fará com que floresça a fé na Constituição, único meio de torná-la duradoura e servir de receita à paz social. (Emenda 0961-3)

Assim, incorporou-se esta influência comunitarista no próprio preâmbulo da Constituição Federal: os “valores supremos” de uma sociedade “fraterna, pluralista e sem

¹¹⁷ E vai além: “(...) É muito comum os textos constitucionais contemporâneos aludirem aos princípios fundamentais da comunidade política. Esses princípios, já se sabe, a teoria do Estado clássico do século XIX procurava tratá-los como fins dos Estados ou fins da associação política. Hoje, prefere-se falar em princípios fundamentais da organização nacional. Na proposta (...), esses princípios seriam a organização nacional, a supremacia da Constituição – esta é uma novidade entre nós, porque nunca se explicitou a supremacia da Constituição, mas em boa hora poder-se-á fazê-lo – a liberdade, a igualdade, o trabalho, a justiça social, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, a legitimidade do poder, a legalidade democrática, a probidade administrativa e a descentralização governamental. A enunciação é exemplificativa, e, assim, todo princípio que os Constituintes entenderem como capital e para a nossa organização nacional, como de superlativa importância e de absoluta necessidade de figurar no novo texto constitucional, também pode ser incluído nesta enunciação, na forma de um parágrafo único ao artigo 1º”.

¹¹⁸ As Emendas apresentadas e suas justificativas foram analisadas no Centro de Documentação da Câmara dos Deputados – Arquivo e no site do Senado Federal (www.senado.gov.br) ícone Legislação, Bases Históricas. Os demais documentos, anteprojeto, projetos, pareceres, substitutivos, estão disponíveis no site da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br), ícone Publicações e Estudos.

preconceitos, fundada na harmonia social: direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça.

O art. 1º trata dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, destacando a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.¹¹⁹ No art. 3, os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro são assim tratados: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O texto constitucional, portanto, claramente optou pela adoção de princípios político-constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do constituinte, consubstanciando a “ideologia” inspiradora da Constituição. “Os princípios fundamentais são diretamente aplicáveis, funcionando como critério essencial de interpretação e de integração, dando unidade e coerência a todo o sistema constitucional... configuram o núcleo irredutível da Constituição, que não pode ter suas normas interpretadas isoladamente, como se fossem artigos meramente justapostos.” (BERCOVICI, 1999, p. 45/6)

Ao trazer para o texto constitucional esta abordagem de cunho axiológico, a aplicação do seu texto passa a refletir estes valores, conseqüentemente, representa uma realização de valores. O procedimento hermenêutico se concentra justamente na compreensão do conteúdo do texto normativo.

O constitucionalismo comunitarista compreende a Constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores – há uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica

¹¹⁹ A Constituição democrática anterior, de 1946, não previa nenhum princípio ou fundamento: Art. 1º Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República (.....).

fundamental e suprema representada pela constituição, cujo sentido jurídico só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva. (CITTADINO, 2000, p. 16)

Isto não quer dizer, entretanto, que as liberdades negativas não estejam presentes. Apenas que juntamente à proteção contra intervenções do poder público na esfera privada, o indivíduo tem mecanismos de buscar pelo livre desenvolvimento de sua personalidade humana, de sua dignidade.

Ao não se definir como um ordenamento valorativamente neutro, a Constituição permite que, frente a um conflito entre direitos fundamentais, juízes e tribunais possam recorrer aos “valores supremos” que se expressam nos princípios fundamentais para dar solução ao caso. (CITTADINO, 2000, p. 47)

Portanto, fica clara a tentativa de criar vínculos “comunitários” entre os indivíduos, “valores de fundação” do novo Estado Democrático Brasileiro, e conseqüentemente, evitar a fragmentação política e a inerente alienação do cidadão, utilizando expressões de Charles Taylor (2000).

Gisele Cittadino (2000) chama a atenção para o caráter valorativo presente inclusive no projeto apresentado pelo grupo conservador denominado Centrão, integrado pelo PMDB, PFL, PDS, PDC, PTB e PL, com apoio do empresariado e do Palácio do Planalto, isto porque estes compreendiam o compromisso valorativo no texto constitucional como uma “filosofia”, com função meramente retórica.

Entretanto, a ANC temia uma inoperância crônica da Constituição nos moldes de constituições anteriores, devido às omissões do poder público relativas à obrigatoriedade de ações normativas e à ausência de instrumentos processuais que pudessem concretizar a idéia de “comunidade de intérpretes” proposta pelo movimento comunitarista.

A prioridade ao dever de prestação por parte do Estado em um exaustivo e completo sistema de direitos constitucionais, individuais e coletivos, exigia a previsão de institutos que permitissem a efetividade das normas asseguradoras de direitos ainda não regulamentados de forma eficaz. Isto porque alguns direitos já existiam, mas foram

“constitucionalizados”, o que novamente reforça o valor concedido ao texto constitucional e, conseqüentemente, ao relevante papel que o controle de constitucionalidade passa a cumprir.

Assim, a proibição expressa do racismo, inclusive determinando que o mesmo é crime inafiançável e imprescritível (art. 5, XLII), bem como a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 6, XX)¹²⁰, são temas que passam a ter relevância para a previsão constitucional.

No âmbito dos direitos difusos, a defesa do consumidor como meta do Estado (art. 5, XXXII), e a ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.¹²¹

Um aspecto interessante em contraste ao texto constitucional democrático anterior, de 1946, é a grande relevância dada à possibilidade de associação, como os incisos XX (ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado) e XXI (as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente) do artigo 5 e o artigo 8 (É livre a associação profissional ou sindical).

No âmbito dos direitos sociais o leque aumenta mais ainda, incluindo no rol de direitos que foram “constitucionalizados” o salário-família (XII), a hora extra (XVI), o aviso prévio (XXI), o fundo de garantia por tempo de serviço (III), o décimo terceiro

¹²⁰ Provavelmente como conseqüência do Estado autoritário anterior, vários incisos do artigo 5 da atual Constituição buscam assegurar direitos aos presos, evitando assim o uso arbitrário estatal, como o inciso XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; o XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; e o L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Além disto direitos sobre o processo, como a proibição de provas obtidas por meio ilícitos (LVI), a publicidade do processo, desde que não ofenda a intimidade ou o interesse social (LX), proibição de privação da liberdade e dos bens sem o devido processo legal (LIV), informação dos direitos do preso (LXIII).

¹²¹ A Constituição de 1946 só previa o seguinte, art. 141: § 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

salário (VIII), princípios de garantia do salário¹²², proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (XXXI); redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (XXII), adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (XXIII), aposentadoria (XXIV), assistência gratuita aos filhos e dependentes (XXV); proteção em face da automação (XXVII); igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (XXXIV).

Importante salientar ainda algumas normas “programáticas”, aquelas em que se responsabilizam os governos futuros pela sua concretização. Assim, como típica Constituição Dirigente, já explicitada anteriormente, a educação, a cultura, o desporto, o desenvolvimento científico e a pesquisa e capacitação tecnológica, o meio ambiente, a família, a criança, o adolescente e o idoso, e os índios, surgem como “metas” do Estado.¹²³

Neste sentido, várias propostas foram apresentadas na linha de configurar mecanismos de concretização da Constituição, conferindo aplicabilidade aos direitos e liberdades constitucionais de toda espécie¹²⁴, superando a inércia dos Poderes Legislativo e

¹²² V – piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

¹²³ Art. 205 – A educação, direito de todos e dever do Estado e da família...; Art. 215 – O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional...; Art. 217 – É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais...; Art. 218 – O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas; Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à saída qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações; Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão; Art. 230 – A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida; Art. 231 – São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam...

¹²⁴ Vários institutos foram incluídos na norma constitucional com vistas a deflagrar processos de controle da atuação do poder público, na figura do Poder Legislativo e do Poder Executivo: institutos da iniciativa popular perante o Poder Legislativo; referendo popular e plebiscito; mandado de segurança coletivo, que pode ser impetrado por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída, em defesa dos interesses de seus membros e associados; ação popular, em que qualquer cidadão é

Executivo, como o mandado de injunção¹²⁵ e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.¹²⁶

Cumprido destacar, entretanto, que o ideal comunitarista se vislumbra essencialmente quando o texto constitucional prevê mecanismos não de defesa, ou seja, de liberdades negativas que exigem a abstenção do Estado, mas sim das liberdades positivas, aquelas que permitem a ação do cidadão. Por isso, os institutos do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão foram apontados como vitórias importantes da influência comunitarista no processo constituinte – diante do enorme elenco de direitos constitucionais, dentre eles os sociais, que são direitos a prestações e exigem ações fáticas por parte do Estado, estes dois institutos seriam mecanismos de concretização destes direitos. Trata-se de um posicionamento no campo político da influência comunitarista, que, entretanto foi “recusada” por um outro ator, provavelmente em virtude de demonstrar seu próprio poder: o STF.¹²⁷

Assim, a efetividade nas normas constitucionais protetoras dos direitos sociais está atrelada à própria idéia de participação cidadã que o comunitarismo defende:

parte legítima para postular a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, a moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural; denúncia de irregularidades ou ilegalidades formulada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato ao Tribunal de Contas da União; mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; ação de inconstitucionalidade por omissão, que pode ser proposta, dentre outros, por partidos políticos, por confederação sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

¹²⁵ Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. É uma ação constitucional que se refere à omissão de regulamentação de norma constitucional.

¹²⁶ A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão também surge diante da conduta negativa (omissão) do Poder Público em norma constitucional que exigisse uma conduta positiva. O instituto visa garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional.

¹²⁷ Como a Constituição não prevê, de forma expressa, poder aos membros do Judiciário para suprir a lacuna legislativa, o Poder Judiciário tem inviabilizado o instituto, em especial o STF, ao adotar a tese da subsidiariedade: o Poder Judiciário deve apenas recomendar ao Poder omisso que elabore legislação reguladora, não tendo qualquer competência para concretizar o direito do impetrante. A posição comunitarista defendia que caberia ao Poder Judiciário solucionar o caso concreto, prevalecendo a decisão individual entre as partes até que a norma regulamentadora fosse editada.

Não há dúvidas que o mandado de injunção foi concebido pelos constituintes brasileiros com o objetivo de conferir proteção à aplicabilidade dos direitos e liberdades constitucionais de toda espécie, procurando superar, em favor da efetivação do sistema de direitos constitucionais, a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo. (CITTADINO, 2000, p. 51)

Ademais, a concretização da constituição depende da capacidade de controle, por parte da comunidade, das omissões do poder público, atrelada à operosidade das instituições encarregadas do seu cumprimento, em especial o Poder Judiciário, na qualidade de último intérprete da Constituição. Cittadino (2000) chega a defender que o constitucionalismo comunitarista brasileiro conduz a figura de um Estado-Juiz, na defesa da jurisdição constitucional enquanto regente republicano das liberdades positivas. (p. 22) Assim, no caso de ausência de norma, cabe ao juiz solucionar o caso concretizando o direito do impetrante, independentemente da inexistência de norma regulamentadora.

O Supremo alega que a concretização do direito pela via judiciária seria uma invasão na esfera de competência do Poder Legislativo, transformando o STF em legislador positivo. Contudo, o princípio da separação dos poderes deve ser compreendido no contexto dos demais dispositivos constitucionais, isto porque a própria Carta Magna autoriza o STF garantir a eficácia de um direito constitucional não implementado pelo legislador ou administrador, o que descarta a hipótese de violação à separação de poderes. “Também do ponto de vista de uma teoria democrática, não se pode questionar a legitimidade do mandado de injunção. Seu objetivo não é delegar ao judiciário um poder legislativo, no sentido de criador de normas gerais e abstratas, mas apenas atribuir a esse poder a aplicação direta de um direito constitucional que, por omissão do legislador, vê-se frustrado.” (VIEIRA, 1994, p. 146)

Adentramos, agora o último tema de atribuído valor comunitarista e objeto específico da presente análise: a caracterização da mais elevada corte de justiça brasileira, o Supremo Tribunal Federal, como órgão de caráter político. O objetivo é que o Tribunal atue no sentido de zelar para que o processo de elaboração legislativa ocorra sob as condições legitimadoras de uma política deliberativa, inclusive com a tarefa de concretizar as normas constitucionais com institutos, como o mandado de injunção e a ação direta de

inconstitucionalidade por omissão. Demonstraremos agora o posicionamento de diferentes atores, jurídicos e políticos sobre a criação de um Tribunal Constitucional.

O constituinte Michel Temer, na justificação de Emenda apresentada ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público (Etapa 2), constituinte João Hermann Neto, assim se manifesta:

Anseia-se pela criação de uma Corte Constitucional. Querem todos um órgão capaz de guardar o novo texto constitucional. Daí as várias sugestões em torno da idéia do Tribunal Constitucional. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal tem grande tradição por força de suas decisões. Não é o caso de extingui-lo. A solução está em ampliá-lo com a criação de uma Seção Constitucional, integrada por ministros exercentes de mandato. Proporciona-se, assim, à Corte Suprema, constante acompanhamento e adaptação às mudanças sociais. (p. 7)

Percebe-se, portanto, que a preocupação residia no fato de “extinguir” o Supremo, instituição que “em mais de um século e meio de existência, sempre soube cumprir o seu dever, apesar de assistir, a cada ano, o aumento do número daqueles que postulam a sua Justiça”. (constituinte Gustavo Faria, durante a mesma Etapa)

Em Reunião da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público discutindo o anteprojeto de Constituição apresentado pelo constituinte Plínio Arruda Sampaio¹²⁸ (Etapa 2), este assim se manifesta sobre a necessidade de criação de um Tribunal Constitucional:

Com relação ao Supremo Tribunal Federal, o certo é que, se esta Constituinte cumprir as expectativas do povo brasileiro, vai criar um novo quadro judicial e jurisdicional neste País, porque vai criar direitos onde hoje não há direitos, vai criar deveres onde hoje não há deveres, e vai limitar faculdades de direitos que hoje compreendem essas faculdades. Então a interpretação disso, em relação à Constituição, vai ser muito mais forte do que hoje, sobretudo no período de consolidação. Era necessário dar à questão constitucional um tratamento realmente privilegiado. Também hesitei muito em não colocar isso na própria competência do Supremo Tribunal Federal, por uma razão simples: temos, de fato, instituições muito pouco ancoradas na História deste País, e o Supremo Tribunal Federal é uma instituição ancorada, com os defeitos que tenha tido e

¹²⁸ No decorrer do próprio debate o constituinte afirma que a criação do Tribunal se apóia em vários constitucionalistas brasileiros, dentre eles José Afonso da Silva, responsável pelo projeto do constituinte Mário Covas. A proposta do relator é de autoria da Ordem dos Advogados do Brasil.

sobretudo com as dificuldades que teve no período autoritário. (DANC, suplemento 83, p. 99)¹²⁹

Outro constituinte, Nelton Friedrich, afirma que não é possível esperar que o STF assumira a nova tarefa, correspondendo às necessidades, pois “dá um tratamento muito mais técnico, quando precisamos do tratamento jurisdicional, a um problema político, que é exatamente o problema da constitucionalidade, do controle da Constituição” e mais:

... a vigilância que há de se construir para que o nosso edifício constitucional seja realmente respeitado, exige uma visão muito mais ampla, exatamente de quem pode controlar, fiscalizar, ser o guardião da Constituição. Não é possível que possamos permanecer num panorama quase corporativista de trato da questão de controle constitucional. Precisamos estabelecer definitivamente aquilo que se chama o guardião da Constituição. Aí é que surge a idéia de um Tribunal Constitucional, um Tribunal específico, um Tribunal determinado, que seja guardião dos valores políticos da Constituição. Não há quem possa negar... que o conflito constitucional está muito mais no campo político, apresentando, portanto, desdobramentos políticos, principalmente, por exemplo, do Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos, porque é uma mera declaração, quando se fala em direitos. Evidentemente, quando se fala em garantia, procura-se assegurar a execução desses direitos.... (DANC, de 7.04.88, p. 90546, nr. 220 – Requerimento de Destaque nr. D 1705 sobre o Projeto de Constituição)

Em audiência pública sobre projeto apresentado pelo constituinte Plínio de Arruda Sampaio, o professor José Lamartine Correa de Oliveira¹³⁰ começa sua intervenção apontando que várias constituições do pós-guerra¹³¹ adotaram os Tribunais Constitucionais. Estes Tribunais visam fiscalizar o exato cumprimento de Constituições que se inseriram em um contexto de “densificação das normas constitucionais e de ampliação do espaço constitucional”.

(...) necessidade de que a democracia não seja apenas algo que esgote suas potencialidades, na mera regra do jogo político, ou seja, que a democracia não seja apenas formal, do direito de voto, mas que haja uma democratização real, isto é, que a democracia sirva de instrumento para permitir condições de vida

¹²⁹ Interessante notar que interpelado pelo constituinte Adolfo Oliveira, que lembrou Ministros que foram cassados pelo regime militar, como Hermes Lima, o relator aponta que “não é uma expedição punitiva contra o Supremo Tribunal Federal”, que não se trata de revanchismo.

¹³⁰ Professor titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, membro do Conselho Federal da OAB, onde representava também aquele Estado, e advogado militante. Autor de uma das formulações acerca da composição do Tribunal Constitucional apresentada, cuja preocupação era evitar um novo tribunal vitalício.

¹³¹ O professor cita quatro exemplos específicos: Itália, Alemanha, Portugal e Espanha.

para o ser humano; as novas constituições se preocupam com a criação de normas que regulem concretamente os espaços da vida do homem comum (suplemento ao DANC 80, p. 106)

E continua defendendo que, para que os princípios programáticos não fiquem adstritos ao discurso e à retórica, é preciso efetivar a Constituição, e isto só poderá ser feito com a criação de um Tribunal Constitucional, “um organismo que, desvinculado da carreira judiciária, dos magistrados de carreira, comprometidos com as idéias políticas da Constituição, e escolhidos diretamente pelos órgãos da soberania popular – as duas Casas do Congresso – funcione como o supremo guardião da Constituição” (p. 107). E ainda atribui ao Supremo um caráter “conservador”.

Entretanto, apesar do discurso “comunitarista”, é preciso considerar que o professor José Lamartine é responsável pela proposta apresentada por um dos atores jurídicos “institucionalizados”: a Ordem dos Advogados do Brasil. Na mesma linha da pesquisa de Luseni Aquino (2002), percebemos que a proposta da OAB tem um teor político-corporativo, na medida em que defende que apenas 1/3 da composição do Tribunal seria de juízes, os demais 2/3 seriam provenientes da advocacia e do Ministério Público e deveriam ser selecionados entre profissionais de “notório saber jurídico, reputação ilibada e com no mínimo 20 anos de profissão: “em nome de um compromisso firmado em lei com a defesa da Constituição, sentia-se legitimada para pleitear a participação de seus afiliados na composição do órgão máximo do sistema de justiça do Estado” (2002, p. 148). No tocante à ação direta de inconstitucionalidade também se atribuía, dentre outros entes, a titularidade ao Conselho Federal da instituição.¹³²

¹³² Em audiência pública junto a Comissão de Sistematização, o presidente do Conselho Federal da OAB, Márcio Thomaz Bastos, assim se posiciona: “Não adianta, como foi dito, que tenhamos uma grande Constituição, que tenhamos uma Constituição moderna, contemporânea, provida de todos os elementos que nos possam levar a uma democracia social, se não tivermos uma Corte Constitucional, que não é o Supremo Tribunal Federal. Tal como se encontra estruturado e articulado hoje, mas uma corte diferente, um tribunal com outra filosofia, com outros princípios, um tribunal de vocação política; um tribunal que não seja nomeado, que não seja recrutado, que não seja designado e formado pela vontade do Sr. Presidente da República, mas um tribunal que seja eleito pelo Congresso Nacional, um tribunal onde os mandatos não sejam vitalícios, onde as pessoas não fiquem lá toda a vida, mas que os mandatos tenham um termo, que foi fixado aqui, na nossa proposta, em nove anos.” (Suplemento ao DAN nr. 114, de 04.08.1987, p. 14). Salienta, entretanto, que não se trata de órgão fora do Poder Judiciário.

Interessante destacar que no âmbito da Comissão I, da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, em sua subcomissão B, dos direitos políticos, dos direitos coletivos e garantias, o anteprojeto apresentado vislumbrava um Tribunal de Garantias Constitucionais, composto por nove juízes eleitos pelo Congresso Nacional dentre representantes das classes trabalhadoras, magistrados, promotores, professores universitários de matéria jurídica, e advogados. A proposta é mencionada em algumas emendas apresentadas perante a Comissão III, mas sempre rejeitada inclusive por não ser da competência da Comissão I tratar deste assunto.

Mas o movimento contrário à criação do Tribunal Constitucional dentre os atores políticos constituintes, que defendiam a manutenção do STF, em grande parte devido à dificuldade de ruptura com a “tradição”, pode ser resumido nas palavras do constituinte Maurício Corrêa:

No que tange à proposta de V.Exa sobre a Corte Constitucional, o Tribunal Constitucional, eu desejaria manifestar a minha contrariedade. Não estou de acordo. Meditei, pensei e acredito que as transformações no Poder Judiciário não podem ser feitas sob o impacto – vamos dizer – ideológico, mas têm de obedecer a uma tradição que não pode ser esquecida; uma tradição que vem desde o Direito Romano, passou pelo Direito Português, passou pelas Ordenações Manuelinas, Filipinas, etc., e chegaram a todas a essas composições jurídicas até os dias de hoje. A eliminação do Supremo Tribunal Federal é uma ruptura difícil de ser digerida neste momento. Basta que diminuamos as atribuições do Supremo Tribunal Federal. Vamos manter o seu nome, tirar a questão da relevância, diminuir as suas atribuições no que tange ao recurso extraordinário, para que ele – Supremo Tribunal – não fique afogado. (DANC, suplemento 83, p. 102)

Dentre os atores jurídicos “institucionalizados” cumpre salientar os embates entre o Supremo Tribunal Federal e a Associação dos Magistrados Brasileiros. Em sugestão apresentada ainda na etapa preliminar (Comissão Afonso Arinos)¹³³, e depois exposta pelo Ministro Sydney Sanches em audiência pública na Comissão Temática III (da Organização dos Poderes e Sistema de Governo), durante a etapa 3, o STF se mantém da forma como era, considerando como “injustificável sua transformação em Corte Constitucional, de

¹³³ Sugestão nr. 10.965, assinada pelos Ministros Moreira Alves, Djaci Falcão, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sidney Sanches, Octávio Gallotti, Carlos Madeira e Célio Borja.

competência limitada, estritamente, a temas dessa ordem, sem o tratamento das relevantes questões de direito federal”.

Percebe-se aqui que o Supremo entende que questões de interpretação da legislação federal são mais importantes do que questões constitucionais, e que a cúpula do Poder Judiciário deveria exercer esta competência, inclusive por estar “o mais afastado possível das áreas de influências locais, regionais ou setoriais”. Portanto, desaprovava ainda a criação de um Tribunal intermediário, a proposta de criação do Superior Tribunal de Justiça – STJ. O Supremo pretendia se manter como órgão da cúpula do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, exercer o controle da constitucionalidade concentrado. Para ele, a criação do Tribunal Constitucional se amparava em inspiração estrangeira que não se coaduna com as especificidades “históricas, geográficas, sociológicas, étnicas” e com a “formação fisiológica, política, econômica, moral e religiosa” brasileira. (DANC suplemento 116, 06.08.87, p. 24)

Ainda na Etapa 2, no âmbito das Subcomissões Temáticas (especificamente a IIIc), o constituinte Adhemar de Barros Filho justifica emenda apresentada tendo em vista conciliar os “justos anseios da Magistratura Nacional”, manifestados em Congressos patrocinados pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. A Emenda propõe a manutenção do Supremo com uma seção constitucional e exige que metade da composição dos Ministros seja reservada a magistrados de carreira. O Desembargador Milton dos Santos Martins, Presidente da AMB, em audiência pública durante os trabalhos da Comissão III se manifesta enfatizando a importância da matéria constitucional, mas ao mesmo tempo contrário à criação de um tribunal intermediário. (Suplemento ao DANC nr. 53, 14.04.1987)¹³⁴

Assim, a pressão exercida pelo Poder Judiciário, em especial a atuação do próprio STF, auxiliou na desistência da criação da Corte Constitucional. Um dos elementos de

¹³⁴ “Os próprios magistrados querem o Supremo atuando vigorosamente no campo do Direito Constitucional. Mas os próprios magistrados não querem que demorem mais as demandas com a criação de um tribunal intermediário, um Tribunal Superior de Justiça. Mais uma instância, justamente quando estamos falando que os processos demoram!” (p. 131)

grande debate, principalmente durante a Etapa 3, no âmbito da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo¹³⁵, foi a ausência, na proposta apresentada, do caráter vitalício no exercício das atividades pelos membros do STF. O anteprojeto apresentado ao final da etapa anterior pela Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público estabelecia o seguinte:¹³⁶

Art. 14 – O Supremo Tribunal Federal compõe-se de dezenove Ministros, nomeados pelo Presidente da República, sendo onze vitalícios e oito com mandato de doze anos, todos bacharéis em direito, há pelo menos vinte anos, de notório saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2 – Renovar-se-ão os Ministros com mandato pela metade a cada seis anos, vedada a recondução.

§ 4 – Os Ministros vitalícios serão indicados pelo Presidente da República, reservando-se quatro vagas para membros da magistratura.

§ 8 – A seção Constitucional será composta pelos Ministros com mandato e quatro dos vitalícios, os quais serão indicados pela Seção Especial e terão investidura pelo prazo de seis anos vedada sua recondução.

Diante da reação contrária, a estratégia adotada foi incorporar as sugestões apresentadas pelos constituintes Maurício Corrêa e Michel Temer, reduzindo as atribuições do STF, que seriam transferidas, para o novo Superior Tribunal de Justiça.¹³⁷

¹³⁵ Para se ter uma idéia da pressão “conservadora”, das 42 emendas apresentadas e analisadas sobre o tema Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Constitucional ao anteprojeto do Relator da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público (Etapa 2, Fase B), 29 se manifestaram contrários a criação do Tribunal Constitucional, apenas 13 eram favoráveis. Na etapa subsequente, na Comissão Temática III, foram duas fases de apresentação de emendas, a fase E com 22 emendas, e a fase F (ao substitutivo do Relator da Comissão, constituinte Egídio Ferreira Lima), com 18 emendas. Deste total de 40 emendas, 11 defendem a criação do Tribunal Constitucional e são basicamente propostas por três constituintes que defenderam a criação do Tribunal durante as duas Etapas iniciais: Vivaldo Barbosa (Emendas 301304-9, 3S0029-2, 3S0961-3), Vilson Souza (Emendas 300811-8, 3S0460-3) e Nelton Friedrich (Emenda 3S0671-1). As demais emendas versam basicamente sobre as funções do Supremo, em especial as partes legítimas para proporem a ação direta de inconstitucionalidade. Percebe-se que a pressão “comunitarista” foi se esvaindo na medida em que o processo constituinte foi prosseguindo.

¹³⁶ “Temos que botar na cabeça que aqui estamos agora, com a Corte nova, e que essa Corte nova deverá ter um novo critério de recrutamento. E por que um novo critério de recrutamento? Por que essa corte, que antes era quase que exclusivamente técnico-jurídica, hoje é, sobretudo, política, técnica e jurídica.” (DANC, de 7 de abril de 1988, nr. 220, p. 9062, Requerimento de Destaque D2009)

¹³⁷ No intuito de desafogar o STF, a principal função do STJ é a uniformização de jurisprudência em torno da legislação federal, permitindo que o STF possa assumir feições de Corte Constitucional, como guardião da Carta Magna. Entretanto, não se criou mecanismo de seleção das causas a serem julgadas pelo Supremo, pois além da ADIn, o STF pode ser demandado, questionando-se matéria constitucional, em grau de recurso.

Da mesma forma como ocorrera em relação à Comissão de Estudos Constitucionais, a pressão do Judiciário e a ação coordenada dos membros do Supremo logo se fizeram sentir no âmbito da Assembléia Constituinte. O segundo substitutivo do Relator, apresentado em setembro de 1987, revelava, ainda que parcialmente, o resultado desta pressão: como na Constituição anterior, o STF continuaria a ser integrado por onze ministros, todos indicados pelo Presidente da República, ouvido o Senado Federal. A vitória, no entanto, foi apenas parcial. Ainda que não tenha convertido o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, foi-lhe atribuída a função de guardião da Constituição e parte de suas antigas atribuições foram transferidas para o novo Superior Tribunal de Justiça. Esta configuração inicial não mais foi alterada ao longo do processo constituinte, nem mesmo pelo Projeto do Centrão, sendo assim incorporada à Constituição Federal. (CITTADINO, 2000, P. 62)

Apesar de não ter sido elevado ao *status* de Corte Constitucional, com exclusiva competência constitucional e assim, fora do Poder Judiciário, como gostariam os constituintes da “ala” comunitarista, o STF teve sua competência reduzida à matéria constitucional: compete ao STF “precipualemente, a guarda da Constituição”. Portanto, a Comissão de Sistematização, na Etapa 4 do processo constituinte, já recebeu um projeto sem a idéia de um Tribunal Constitucional, mas sim mantendo a figura do Supremo. Para fins da presente análise, o debate passou a ser outro: a composição da Corte¹³⁸ e as partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade.

No tocante à composição, a pressão do STF foi vitoriosa: onze ministros, todos indicados pelo Presidente da República, ouvido o Senado Federal, como nas Constituições brasileiras anteriores.

Sobre a legitimidade para propor a ADIn (durante a fase G da Etapa 3), na Comissão Temática III, várias emendas buscaram incluir diferentes entidades da sociedade civil como partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade. Cumpre destacar uma delas, a da constituinte Myriam Portella (Emenda 383-6), que inclui “Art. 75.... XII – o cidadão, as entidades populares, classistas e profissionais”. A justificativa

¹³⁸ O primeiro projeto de Constituição apresentado pela Comissão de Sistematização, na Etapa 4, cujo relator foi o constituinte Bernardo Cabral designa 16 Ministros para o Supremo: cinco indicados pelo Presidente da República, seis pela Câmara Federal, e cinco pelo Presidente da República dentre os integrantes de listas tríplices, organizadas para cada vaga pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

apresentada decorre da idéia de soberania popular, da necessidade de instrumentos que permitam ao povo exercer a titularidade do poder.

Na Etapa 4, Fase O, ao 1º Substitutivo do Relator Bernardo Cabral, também foram encontradas várias emendas sobre o tema, destacando-se outra que inclui o cidadão, apresentada pelo constituinte Roberto Freire: “XI - qualquer pessoa física ou jurídica que invoque direito, garantia ou interesse legítimo, bem como qualquer membro do Ministério Público”. Novamente a justificativa recorre à “habilitação do cidadão para participar dos negócios do Estado”. (Emenda ES32761-5).

Cumprе salientar que, dentre os atores jurídicos institucionalizados, podemos destacar a tentativa de inserir não apenas o Conselho Federal da OAB, mas também suas seccionais como parte legítima para propor a ADIn. As seccionais “são, via de regra, apolíticas e contribuiriam com uma análise jurídica das questões” (Emenda 300964-5, constituinte Leur Lomanto, Etapa 3, Fase E)¹³⁹.

Desta feita, houve uma vitória “comunitarista” no tocante à recepção das idéias de Haberle (1997) sobre a “comunidade de intérpretes”. Destaque-se que na Constituição anterior a legitimidade para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao STF era exclusiva da Procuradoria-Geral da República. Na sugestão apresentada pelo Supremo, mencionada anteriormente, o monopólio da ADIn permanece com o Procurador-Geral da República.

Assim, percebemos mais dois novos embates entre atores do campo político e do jurídico: o Supremo resistiu à interferência do Poder Legislativo na forma de nomeação dos seus Ministros e na sua caracterização como órgão político e não jurídico, ao ser atrelado

¹³⁹ Outra emenda neste sentido foi apresentada pelo constituinte Maurício Corrêa na fase subsequente. (Emenda 3S0395-0)

“apenas” ao controle de constitucionalidade, o que o deslegitimaria frente ao campo jurídico.¹⁴⁰

Entretanto, o caráter político desta função reside no fato de que a “função jurisdicional de tutela da Constituição traduz uma ação política ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política” (CITTADINO, 2000, p. 62). Ademais, quando a própria Constituição no seu preâmbulo, como vimos “não se definiu como um ordenamento valorativamente neutro, pois está comprometida com determinados valores comunitários, tampouco pode ser neutra a tarefa de garanti-la, através de procedimentos interpretativos”. (CITTADINO, 2000, p. 63)

Nessa visão, quanto mais aberto á participação social se mostrar o processo de interpretação e aplicação da Carta Política, mais consistentes e mais eficazes serão as decisões da jurisdição constitucional enquanto respostas hermenêuticas temporalmente adequadas ás perguntas da Sociedade sobre o sentido, o alcance e a própria necessidade da sua Constituição. (COELHO, 1997)

Oscar Vilhena Vieira (1994) aponta que o relevante papel atribuído ao STF também está atrelado à forma como a Constituição de 1988 estabeleceu os limites materiais para sua reforma. A tradição constitucional brasileira era de proclamar como “cláusulas pétreas” (institutos que não podem ser objeto de emenda constitucional) a integridade do Estado sob a forma federativa e republicana. Esta dimensão foi alargada introduzindo-se direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais. Para o autor “a democracia constitucional brasileira passou a ser mais constitucional que democrática e que o órgão mais poderoso dentro desse sistema constitucional é o Supremo Tribunal Federal” (p. 76).

Assim, podemos perceber que, durante o processo constituinte, visualiza-se a resistência de atores jurídicos e políticos a uma ruptura com o modelo adotado até então de texto constitucional, um modelo de Constituição-garantia.

¹⁴⁰ António de Araújo (1997) em análise sobre o Tribunal Constitucional Português, destaca que os juízes não são juízes de um qualquer tribunal, mas do Tribunal Constitucional Português, e “nessa medida, acabam por ser marcados pela ‘cultura’ dominante no seio desta instituição” (p. 174)

Retomando nossa história constitucional, podemos comparar a dificuldade de incorporação de um novo modelo em 1988 com o processo de 1891. A Constituição de 1891 adotou o modelo americano de controle de constitucionalidade, ou seja, o difuso, e manteve a composição do então Supremo, cujos membros pertenciam a uma tradição européia, não familiarizada com o controle. Não queremos discutir aqui a questão da incorporação de modelos estrangeiros, mas sim o interesse conservador da tradição jurídica brasileira, ou seja, a dinâmica de interesses “particularizados” que dificulta rupturas com o modelo anterior.

É importante destacar, entretanto, que há um “idealismo jurídico” durante o processo Constituinte: “uma crença profunda no poder transformador de uma Constituição que, beneficiária do apoio das forças representativas da sociedade, torne-se instrumento para a superação dos graves problemas econômicos e sociais com que se defronta o país” (TAVARES, 1991, p. 74). Esta “crença” está atrelada a uma interpretação que designa ao direito um caráter emancipatório, que por sua vez pode ser apontado como o interesse implícito dentre os constituintes comunitaristas e os constitucionalistas comunitaristas.

5.3 – Considerações finais

Desta feita, vislumbra-se o apontado anteriormente: a atuação do STF no campo político, ao defender seu papel como ator “jurídico”. Conforme destaca Bourdieu (1989), ao analisar o campo jurídico, busca-se uma retórica de autonomia absoluta, de neutralidade e de universalidade.

Os agentes especializados, enquanto terceiros – indiferentes ao que está diretamente em jogo (o que não quer dizer desinteressados) e preparados para apreenderem a realidade escaldantes do presente atendo-se a textos antigos e a precedentes confirmados – introduzem, mesmo sem querer nem saber, uma distância neutralizante a qual, no caso dos magistrados pelo menos, é uma espécie de imperativo da função que está inscrita no âmago dos habitus: as atitudes ao mesmo tempo ascéticas e aristocráticas que são a realização incorporada do dever de reserva são constantemente lembradas e reforçadas pelo grupo do pares, sempre pronto a condenar e a censurar os que se comprometeriam de modo demasiado aberto com questões de dinheiro ou de política. (p. 227)

Somente no interior do universo de relações entre o campo jurídico, que obedece a uma lógica relativamente autônoma, é que se definem os meios, os fins e os efeitos específicos que são atribuídos à ação jurídica. A legitimidade não é fruto nem do reconhecimento de valores universais e eternos/transcendentes aos interesses particulares, e nem efeito da adesão inevitavelmente obtida por aquilo que não passaria de um registro do estado dos costumes, das relações de força ou, mais precisamente, dos interesses dominantes.

A análise da luta que se desenvolveu entre os diversos atores envolvidos no processo constituinte descortinou uma contradição: apesar de se atribuir um caráter comunitarista a Constituição de 1988, no tocante ao controle de constitucionalidade e ao Supremo, o processo de lutas entre os atores não torna perceptível a preocupação com a “ideologia comunitarista”, nem mesmo como instrumento de legitimação de seus interesses. A adesão ao discurso comunitarista se dá apenas quando e na medida em que não coloca em risco os interesses dos atores. Um exemplo é a proposta apresentada pela OAB.

Na linha demonstrada por Bourdieu, a legitimidade não foi obtida nem por adesão ao “ideal comunitarista”, nem por adesão aos interesses dominantes. Ela é fruto da lógica interna autônoma do campo jurídico: a preocupação é com o poder simbólico dentro do próprio campo e não na relação com os demais. Esta lógica proporciona um novo sentido à análise do texto constitucional, e permite uma justificativa para a ausência de ruptura com o modelo anterior que não se restringe aos “interesses dominantes”, mas à dinâmica do campo jurídico.

Interessante resgatar trecho de discurso proferido pelo constituinte José Paulo Bisol que retoma a promessa política e a ação política transformacional de obrigação da ANC. Para o constituinte, não se estaria sequer realizando uma “ação de reforma. Aí está a organização do Judiciário, com mudanças elementares, nada estruturais.” E conclui dizendo que a grande oportunidade para criar-se uma nova estrutura, “uma estrutura mais popular” seria o Tribunal Constitucional. (DANC de 07.04.88, p. 9056) Trata-se de discurso que defende a ruptura, mas uma voz dissonante. Conforme mencionamos, vários constituintes

caminham em sentido contrário: a ruptura representa uma falta de respeito com a tradição, aqui perceptível na figura do próprio Supremo Tribunal Federal.

A título de balanço final, podemos apontar os seguintes atores e seus respectivos posicionamentos e interesses, destacando que a designação “comunitarista”, ou “liberal”, se restringe, exclusivamente, ao objeto da presente tese, o Supremo e o controle concentrado de constitucionalidade:

- os constituintes “comunitaristas” defendem a criação do Tribunal Constitucional e, conseqüentemente, uma abordagem de caráter mais “político” ao exercício das funções jurisdicionais, espelhando-se em modelos europeus e no discurso dos constitucionalistas comunitaristas com vistas a se apresentar perante a sociedade como “progressistas”;
- os constituintes “liberais” são contra a ruptura com a tradição, defendendo a manutenção da ordem e dos interesses de atores jurídicos, como o Conselho Federal da OAB, a AMB e o próprio Supremo;
- os constitucionalistas “comunitaristas” defendem a criação do Tribunal Constitucional e a “comunidade de intérpretes”, com vistas a equiparar o texto constitucional brasileiro a tendências internacionais, e, portanto, demarcar uma nova abordagem constitucional por ocasião da retomada democrática;
- os atores jurídicos “liberais” defendem a manutenção do Supremo conforme o modelo da Constituição anterior, pois representam a tradição conservadora avessa a rupturas e buscam a função jurídica do Supremo, sem nenhum tipo de intervenção de caráter “político”;
- os atores jurídicos “institucionalizados”: a OAB defende a criação do Tribunal Constitucional com composição incluindo representantes da classe; e a AMB é a favor da manutenção do Supremo, mas incluindo-se na sua composição uma reserva a magistrados de carreira. Estes atores deixam claros seus interesses “particularizados”.

Podemos concluir que os constituintes “liberais” e os atores jurídicos “liberais” foram vitoriosos no tocante à manutenção do Supremo Tribunal Federal e a não criação do Tribunal Constitucional. Entretanto, os constituintes “comunitaristas” e os constitucionalistas “comunitaristas” conseguiram uma vitória significativa ao incorporar a idéia da comunidade de intérpretes e a própria função “precípua de guarda da Constituição” para o Supremo, com a criação do Superior Tribunal de Justiça. Esta vitória é reconhecida como a “marca comunitarista” por Cittadino (2000) e como “ideologia da *intelligentsia* jurídica” por Luseni Aquino (2002).

Os “derrotados” durante o processo constituinte foram os atores jurídicos institucionalizados, a OAB e a AMB, mas a primeira o foi parcialmente, pois foi considerada parte legítima para propor a ADIn. Ademais, conforme buscaremos apontar no próximo capítulo, a OAB será “privilegiada” na interpretação concedida ao artigo das partes legítimas a propor a ADIn pela jurisprudência do Supremo.

Entretanto, para a nossa análise o importante não é a “marca comunitarista” ou a “ideologia da *intelligentsia* jurídica”. Para os fins da presente análise, os diferentes atores envolvidos no processo constituinte se apropriaram do discurso quando lhes era oportuno, naquilo que permitia a manutenção de seus interesses “particularizados” dentro do próprio campo jurídico, e os constituintes representaram estes interesses da mesma forma.

A nosso ver, o discurso comunitarista possui, de certa forma, um caráter ideológico e simbólico, mas é preciso ir além desta abordagem. O discurso comunitarista escamoteia a dinâmica de luta interna no campo jurídico na medida em que é apontado como uma conquista da sociedade, uma abordagem mais cidadã do texto constitucional. Quando as pesquisas utilizam a judicialização da política, e apontam o aumento da demanda como um reconhecimento do novo papel desempenhado pelo Direito na ordem democrática brasileira, fechamos o ciclo que permite que os interesses “particularizados” dos atores jurídicos não venham à tona. Assim, a análise dos “bastidores” do “teatro” permite visualizar interesses que não se coadunam com o discurso utilizado para legitimar a nova ordem.

Conforme destaca Sergio Miceli, na Introdução à obra de Bourdieu (1987): “o símbolo serve tanto para exprimir certas demandas por significados como também... constitui tal expressão na medida em que lhes oferece os materiais significantes com que se veiculam as significações visadas pelos interesses e reivindicações dos diversos grupos sociais” (p. LXI)

Agora resta analisar o posicionamento destes mesmos atores jurídicos após a promulgação do texto constitucional, e como a relação destes com a sociedade ocorreu, aqui representada na figura das entidades de classe e confederações sindicais, e o Conselho Federal da OAB. Esta representa a segunda e terceira frentes empíricas analisadas no próximo capítulo.

CAPÍTULO 6 – A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL APÓS 1988

6.1 – Introdução

O presente capítulo busca traçar a segunda e a terceira frente empíricas: a relação entre os ditames de cunho comunitarista previstos na Constituição de 1988, e no próprio discurso do campo político e jurídico à época, e a concretização ou não desta filosofia política na prática judicial do Supremo e na participação da sociedade civil junto ao mesmo.

Para tanto, foram coletados dados a respeito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIn, propostas no período de 1989 a 1994 pelas confederações sindicais e entidades de classe, e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. A limitação da pesquisa nestes novos entes aptos a provocar o Supremo no controle de constitucionalidade se baseia na novidade imposta pela ampliação da “comunidade de intérpretes”, ou seja, os entes legitimados a propor a ação, anteriormente restrita ao Procurador-Geral da República. Ademais, a opção permitirá analisar como o Supremo se comporta quando um dos entes legitimados é um ator jurídico, ou seja, dentro do campo jurídico.

Assim, a pesquisa se restringiu aos entes que poderiam ser chamados como “litigantes¹⁴¹ sociais”, pois têm uma relação mais direta com a sociedade civil mobilizada. Ademais, a jurisprudência do Supremo se consolidou logo após a promulgação da Constituição no sentido de limitar o acesso das confederações sindicais e entidades de classe, a partir do que designaremos como “interpretação restritiva”. No tocante ao Conselho Federal da OAB, entretanto, a interpretação foi mais ampla, o que denota um paradoxo conceitual e interpretativo que será analisado a partir da relação do Supremo com o campo social e com atores do seu campo, o jurídico.

¹⁴¹ A expressão jurídica “litigante” resume bem as características inerentes à legitimidade ativa (atores que podem provocar o Supremo por intermédio da ADIn).

A tabela abaixo demonstra o número de processos (ações diretas) por requerente¹⁴². Depreende-se que os ditos “litigantes sociais”, no período analisado, mantiveram a primeira ou segunda posição de requerentes que mais acionaram o Supremo, atrás ou próximo apenas do Governador do Estado, do Procurador-Geral da República e dos Partidos Políticos.

TABELA III – Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Requerente

REQUERENTE	1989	1990	1991	1992	1993	1994	TOTAL
Presidente da República	0	0	0	0	0	0	0
Mesa do Senado Federal	0	0	0	0	0	0	0
Mesa da Câmara dos Deputados	0	0	0	0	0	0	0
Mesa da Assembléia Legislativa	1	1	7	4	1	1	15
Governador de Estado	55	100	57	47	39	32	330
Procurador-Geral da República	22	63	65	63	49	68	330
Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	5	9	3	4	7	3	31
Partido Político	14	30	39	25	15	29	152
Confederação Sindical ou Entidade de Classe	53	51	58	21	48	64	295
Outros	9	1	3	2	3	1	19
TOTAL	159	255	232	166	162	198	1172 ¹⁴³

Fonte: Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, disponível em www.stf.gov.br

A pesquisa realizada por Werneck Vianna *et al.* (1999), durante o período de 1988 a 1998, aponta que, com relação aos temas das ADIns, percebe-se uma vinculação a questões do Estado, mais do que temas direcionados a sociedade civil ou a direitos individuais ou de grupos sociais. Isto caracterizaria o Supremo mais como órgão de cúpula em questões de

¹⁴² Expressão utilizada no âmbito jurídico processual para designar o ente que propõe uma ação perante o Supremo.

¹⁴³ Cumpre salientar, entretanto, que este universo de 1172 ações propostas junto ao Supremo representa um percentual ínfimo no universo total de processos distribuídos anualmente, conforme demonstramos na Tabela do Capítulo 2. A título exemplificativo, aqui apontamos os números de 1990: foram distribuídos 16.226 ações, das quais 10.780, eram Recurso Extraordinário (última instância recursal no Processo Civil Brasileiro, de competência única de julgamento no Supremo). (BNDPJ, www.stf.gov.br)

Direito Administrativo, e não como instrumento de efetivação de princípios programáticos. Há uma predominância em questões relativas a direitos e prerrogativas de grupos funcionais, que integram a máquina estatal, e não sobre questões de alcance do público geral.¹⁴⁴ Esta análise corrobora o que demonstraremos no presente capítulo quanto aos temas das ADIns propostas pelas entidades de classe e confederações sindicais.

No total foram analisadas 245 ações, buscando saber o dispositivo normativo questionado, sua esfera (federal ou estadual), e o pedido em linhas gerais. Nossa hipótese principal é de que apesar do discurso comunitarista, que pressupõe uma preocupação com os direitos da “cidadania”, ou direitos “republicanos”, e independentemente da manifestação do Supremo em suas decisões, os entes não demandaram o Supremo consoante o ideal “comunitarista”.¹⁴⁵

Apesar de se concentrarem no fenômeno da judicialização da política no Brasil, as pesquisas de Ariosto Teixeira (1997) e Marcus Faro (1997) também concluem que a produção jurisprudencial rotineira do Supremo tem uma direção marcante na proteção de interesses privados, e que não há uma controvérsia instalada sobre questão de direitos civis.¹⁴⁶

¹⁴⁴ A título exemplificativo: dentre as 88,7% de ações propostas por governadores, 87,8% referem-se à administração pública. (p. 77) A pesquisa tem como principal categoria de análise o processo de judicialização da política e para os autores este deriva do papel de duas grandes figuras da federação brasileira, os governadores e os procuradores, mais do que as minorias, grupos sociais temáticos ou étnicos. “Pode-se dizer, portanto, que o caminho das minorias tem sido aberto e pavimentado por agentes que representam as maiorias – o governador e a Procuradoria, à medida que esta última, embora institucionalmente desvinculada do Executivo, ainda exerce um papel freqüentemente próximo do seu repertório tradicional na história republicana.” (p. 91) Apontaremos oportunamente os motivos pelos quais não compartilhamos integralmente com esta conclusão.

¹⁴⁵ Ariosto Teixeira (1997), em outra pesquisa sobre a judicialização da política traz conclusões neste sentido: não há uma controvérsia instalada sobre questão de direitos civis. Há basicamente uma preocupação com os direitos indígenas à demarcação de suas terras (ADIn 823-4), mas não foram encontradas no período ações discutindo por exemplo questões ambientais (salvo ADIns 540-5 e 723-8, contra caça amadora de animais selvagens no RS), ou de interesse das minorias sociais e/ou raciais, a questão das drogas, o problema do aborto, a liberdade de expressão ou ainda para discutir virtuais direitos das minorias sexuais, embora esses sejam temas que a todo momento mobilizam o debate a opinião pública do país.

¹⁴⁶ As pesquisas mencionadas são: a) CASTRO (1997), que efetuou a análise de uma amostra das 1.240 ementas de acórdãos publicados no Diário de Justiça da União (DJU) no primeiro semestre de 1994, classificando-os por número do processo, tipo de ação ou recurso, data de publicação, origem do processo, natureza do conflito de interesse, classe de matéria, tipo específico de decisão, tipo geral de decisão. Destaque-se algumas conclusões que contribuirão na nossa análise posterior: uma elevada proporção dos acórdãos é de conteúdo puramente processual (23/2%), mais da metade dos julgamentos se dão em processos

Conforme mencionamos anteriormente, os estudos brasileiros sobre o desempenho do Supremo, após a Constituição de 1988, tendem a partir do significativo número de ações ajuizadas pelos mais diversos setores da sociedade civil para caracterizar o fenômeno da judicialização. O ponto de partida dos trabalhos é o diagnóstico da expansão do Poder Judiciário pelo aumento expressivo das ações judiciais, entendendo esta “explosão processual como uma forma de participação da sociedade civil”. (CARVALHO, 2004)¹⁴⁷ Nossa análise não perpassa por este pressuposto, até porque não será feita conforme a quantidade, mas sim com relação aos temas explorados. Contudo, na medida em que estas pesquisas puderem colaborar com as hipóteses ora apresentadas, elas serão citadas.

Assim, foi preciso estabelecer categorias analíticas dos temas questionados nas ações. A definição das categorias analíticas, sob as quais se organizaram os elementos de conteúdo, obedeceu a agrupamentos por “parentesco de sentido”, que permitiram definir os critérios de pertinência nas características de cada um dos indicadores.

O principal critério a ser criado era como classificar um pedido (demanda) como de cunho comunitarista. A primeira perspectiva adotada foi quanto ao enquadramento do pedido como de interesse determinável ou indeterminável. Isto porque o comunitarismo apregoa primeiramente os valores comuns de uma comunidade, acima da idéia de liberdade individual. Assim, todos os pedidos em que poderiam ser definidos os “beneficiados” foram agrupados nos pedidos de interesse determinável, e aqueles sem “beneficiado” específico em interesse indeterminável.

em que se discutem tributos; b) TEIXEIRA (1997), analisou 358 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, concluindo, dentre outras questões que o STF tem se mostrado ativo no controle das iniciativas de reformas do Executivo e das decisões do Legislativo, mas não se registram episódios em que a sua atuação tenha representado uma perda significativa dos outros poderes, ou mesmo determinado retrocesso na implementação dos programas reformistas que se encontravam em curso no período estudado. Nesse sentido, é possível afirmar que a mais alta Corte do país interage cooperativamente com os demais poderes do Estado no processo de reformas da economia e das estruturas estatais, à parte qualquer julgamento do autor sobre tais processos. (p. 119)

¹⁴⁷ Em trabalho apresentado no 4º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Ciência Política, Ernani de Carvalho apresenta algumas questões sobre os trabalhos empíricos feitos no Brasil acerca do tema: o aumento puro e simples do número de processos implicou uma intervenção efetiva do Judiciário, interferindo na aplicação de políticas públicas? Para o autor “a importância do caráter substantivo, ou seja, o comportamento judicial e sua contextualização histórica e política, foi deixada à margem” (2004). Na mesma linha de crítica ao diagnóstico de judicialização da política a partir do aumento da “litigância”, ou seja, das ações judiciais, que a presente tese abordará o fenômeno no caso brasileiro.

Esta categorização ainda levou em consideração o conceito de direitos difusos e coletivos dado pela legislação referente à atuação do Ministério Público, da ação civil pública e do Código de Defesa do Consumidor. Os interesses ou direitos difusos e coletivos são transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas. Nos direitos difusos as pessoas estão ligadas por circunstâncias de fato, enquanto nos direitos coletivos estão ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica. Assim, todos os pedidos em que se pode delimitar um indivíduo, ou grupo especificamente interessado, e, conseqüentemente, preocupado com a causa, estaremos diante de pedidos com interesse determinável.

Em segundo plano, agrupamos as diversas unidades em relação a quem se direciona o pedido: contra o Estado ou não, tendo em vista que cidadania não se exerce apenas no tocante às ações estatais, indo além disto, como a própria compreensão comunitarista defende.¹⁴⁸ Trata-se de uma linha de argumentação que aponta o Estado como único responsável pelo respeito aos direitos constitucionais do cidadão. Entretanto, a parte “questionada” não precisa ser necessariamente o Estado, nem mesmo precisa ser determinável, como é o caso da proteção ao meio-ambiente *latu sensu*.

Por fim, as unidades obedeceram a um terceiro nível de categorização, a partir de categorias apontadas por diferentes autores (VIANNA *et al.*, 1999; ARANTES, 1997; MARANHÃO, 2003) e a própria ordem classificatória utilizada pela Constituição de 1988¹⁴⁹. A classificação final é a seguinte:

¹⁴⁸ Neste sentido, Rogério Bastos Arantes chama a atenção para o fato de que a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo define, no artigo 295, a função de promotor de justiça *da* Cidadania: “garantia de efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais assegurados nas Constituições federal e estaduais, da proibidade e legalidade administrativas e da proteção do patrimônio público e social”. E conclui o autor que se o objetivo é defender os direitos do cidadão, a referência exclusiva aos poderes públicos e aos serviços de relevância pública nos indica que o conceito de cidadania está referido ao Estado, ou melhor, em oposição a ele. “Segundo essa definição, cabe ao MP enfrentar o Estado que, ao contrário do que deveria ser, tornou-se no Brasil um agente particular, não universal, enviado nos seus propósitos, incapaz – nas poucas vezes em que está bem-intencionado -, além de muitas vezes agir mesmo de má-fé. É contra o Estado que se deve dirigir a luta pelo respeito dos direitos constitucionais do cidadão e, através dele e de seus serviços públicos, ampliar efetivamente esses direitos...” (ARANTES, 1999, p. 101)

¹⁴⁹ Os Títulos são os seguintes: TÍTULO I - Dos Princípios Fundamentais, TÍTULO II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, TÍTULO III – Da Organização do Estado, TÍTULO IV – Da Organização dos Poderes, TÍTULO V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, TÍTULO VI – Da Tributação e

- a) Organização da Justiça
- b) Política Tributária
- c) Administração Pública
- d) Política Macroeconômica (Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, inclui Política Agrária, Privatizações, Política Econômica Setorial)
- e) Direitos e Liberdades Cíveis (caráter individual, art. 5 da CF)
- f) Relações de Trabalho e regulamentação de profissões
- g) Competição Política (eleições e partidos)
- h) Regulação, controle e fiscalização de bens e serviços
- i) Política Salarial
- j) Ordem Social (normas programáticas - caráter prestacional - Título VIII da CF 88 – inclui seguridade social, educação, cultura, desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, família, criança, adolescente, idoso e índios)
- k) Proibição administrativa (moralidade) – valores
- l) Novas Regras e Instituições (Ministério Público, novos institutos, etc..)
- m) Direitos Difusos e Coletivos (meio-ambiente, patrimônio histórico e cultural, direito do consumidor)

Assim, passaremos agora a traçar reflexões a partir dos dados levantados. A primeira linha de análise se baseia na análise do discurso dos Ministros na consolidação da jurisprudência da já citada “interpretação restritiva”. A escolha das ações, cujos votos são citados, se baseia no requerente e na menção à decisão como precedente em outras ações, ou seja, em decisões posteriores estas decisões são citadas como responsáveis pelo entendimento que se consolidou no Tribunal.¹⁵⁰

A segunda linha de análise se dará a partir das duas grades de análise elaboradas à luz das categorias comunitaristas, e da jurisprudência dominante no Supremo, que constam do Anexo III da presente tese. Portanto, analisaremos as ações propostas pelas confederações sindicais e entidades de classe em um primeiro momento, destacando: a) a relação entre as ações propostas e os pedidos, b) entre as ações propostas, os pedidos e aquelas em que o Supremo adotou a interpretação restritiva quanto à legitimidade ativa, c) entre as ações propostas, os pedidos e aquelas em que o Supremo adotou a interpretação restritiva quanto à relação de pertinência.

Orçamento, TÍTULO VII – Da Ordem Econômica e Financeira, TÍTULO VIII – Da Ordem Social, TÍTULO IX – Das Disposições Constitucionais Gerais.

¹⁵⁰ Conforme mencionado no capítulo 1 (v. p. 36), os votos das ADIns utilizadas estão disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br)

No tocante ao Conselho Federal da OAB, a análise será a partir da interpretação da finalidade da entidade, da grade de análise, do cunho comunitarista e das relações entre este ator jurídico com o Supremo. Outro importante dado será referente à Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, e sua relação com o STF diante das ADIns propostas.

Oportuno, entretanto, reiterar que não estamos defendendo, nem criticando o discurso comunitarista presente na Constituição de 1988. Nossa análise se faz na relação entre o discurso e a concretização do mesmo por dois importantes atores do novo cenário democrático: o Supremo e a própria sociedade civil.

6.2 – As confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional

Conforme já mencionado, a Constituição de 1988 inovou ao incluir entre os entes legitimados (aptos) a propor a ação direta junto ao Supremo, entidades não “estatais”, na linha de Haberle (1997) de “comunidade de intérpretes”. A idéia é que todo o cidadão possa ser um “autor” da Constituição, auxiliando na construção interpretativa do texto constitucional. O inciso que mais se aproximou deste ideal é o nono do art. 103, que inseriu na relação de entes legítimos para propor a ADIn as “confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional”.

Conforme destacado, anteriormente, a democracia exige direitos iguais no sentido de oportunidade de exercer um poder mínimo (o direito de voto), ou tentar exercer um poder maior (o direito à expressão, à assembléia e de fazer petições). Trata-se da idéia do “bom cidadão”: aquele que está sempre tentando exercer este poder maior, embora não obrigatoriamente em benefício próprio, pois ele tem princípios e idéias, e coopera com pessoas de idéias comuns. Este é o pano de fundo que norteia a análise empírica que passaremos a relatar: o cidadão como participante em potencial, um “político em potencial”. (WALZER, 2003)

No período de 1989 a 1994 foram propostas 211 ações por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Destas 211 ações, cinquenta e oito tiveram o

prossequimento negado diante da interpretação do Supremo de ilegitimidade ativa da proponente, o que representa 27,4 % do total de ações destes novos entes legitimados a propor a ação direta.

A interpretação restritiva do Supremo, que limita o acesso destes entes, é baseada em princípios do Direito do Trabalho e da idéia de que estes entes são de Direito Privado. A primeira restrição é quanto ao conceito de “confederação sindical”, que deverá observar a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, arts. 533 e 535.¹⁵¹

A CLT estabelece o sistema confederativo, que significa a possibilidade de associação no nível de sindicatos, federações e confederações, e dominado pelo princípio básico da unicidade, nos diversos graus, de representação da categoria ou grupo de categorias. Assim, a estrutura é vertical e em três níveis. A confederação sindical seria de grau superior, ocupando o ápice da hierarquia da estrutura sindical.

Neste sentido, “centrais sindicais” não estão inseridas nesta estrutura, fazendo parte, sim, do princípio constitucional que assegura o direito de associação às pessoas físicas.

¹⁵¹ Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nr. 5.452, de 1.05.43):

Art. 533 - Constituem associações sindicais de grau superior as federações e confederações organizadas nos termos desta Lei.

Art. 534 - É facultado aos Sindicatos, quando em número não inferior a 5 (cinco), desde que representem a maioria absoluta de um grupo de atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas, organizarem-se em federação. (...)

§ 2º - As federações serão constituídas por Estados, podendo o Ministro do Trabalho autorizar a constituição de Federações interestaduais ou nacionais.

§ 3º - É permitido a qualquer federação, para o fim de lhes coordenar os interesses, agrupar os Sindicatos de determinado município ou região a ela filiados, mas a união não terá direito de representação das atividades ou profissões agrupadas.

Art. 535 - As Confederações organizar-se-ão com o mínimo de 3 (três) federações e terão sede na Capital da República.

A plena liberdade da constituição e das atividades de tais associações, é óbvio, não as converte em entidades sindicais. O sindicato é também uma associação. Peculiar, no entanto, como se sabe, pelas prerrogativas que o ordenamento lhe reconhece e que ultrapassam as raias da esfera de ação aberta às associações civis em geral. A principal dessas prerrogativas sindicais específicas – que tem sua manifestação mais eloqüente no mecanismo das convenções coletivas –, é o poder de representação de que são dotados ou, nos termos da Constituição (art. 8, III), de “defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas” (voto Ministro Sepúlveda Pertence, ADIn 271, da Central Única dos Trabalhadores – CUT, p. 151)

Assim, o STF entendeu que centrais sindicais não integram a pirâmide em que se estrutura a organização sindical. Para o Supremo, as centrais sindicais são associações civis licitamente constituídas por entidades sindicais e associações profissionais de trabalhadores de qualquer categoria. Isto porque assim como é permitido ao trabalhador, paralelamente à sindicalização, constituir associações profissionais, é permitido às entidades sindicais a liberdade de associar-se para a coordenação da defesa de interesses comuns, “independentemente de sua integração paralela no sistema confederativo, a cujos integrantes se reservam com exclusividade os poderes jurídicos de representação sindical.”(voto Ministro Sepúlveda Pertence, ADIn 271, p. 154)

Ademais, o caráter de “mera pessoa jurídica de direito privado”, na visão da linha de interpretação do Supremo, diferencia estes entes da Procuradoria-Geral da República e do Conselho Federal da OAB, “que estão institucionalmente incumbidos da defesa da ordem jurídica” (ADIn 913, Ministro Carlos Velloso). A preocupação do constituinte era de legitimar para a ação direta, além do Procurador-Geral da República e de autoridades governamentais e legislativas da União e dos estados, “uma ou mais entidades, nas quais se reconheceram qualificações para o papel de veículo das instâncias da sociedade civil” (ADIN 42, Ministro Sepúlveda Pertence).¹⁵²

¹⁵² Em seu voto na ADIn 42, o Ministro Sepúlveda Pertence retoma os “passos” da ampliação dos legitimados durante o processo constituinte: nos anteprojetos das comissões temáticas qualificava-se, além das autoridades, a Ordem e as Confederações sindicais. Os primeiros substitutivos do relator Deputado Bernardo Cabral, de agosto e setembro de 1987, adotaram a proposta mais restrita da Comissão de Organização dos Poderes: além das autoridades e da Ordem, apenas, as confederações sindicais. Na votação plenária em primeiro turno é que se chegou à fórmula “vitoriosa até final”, das autoridades, da Ordem e qualquer confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Para o Ministro percebe-se que “iniludivelmente prevaleceu, na Constituição de 1988, uma orientação ampliativa da qualificação para a ação direta, com evidente preocupação de abri-la à participação ativa da sociedade civil no controle da legitimidade constitucional do exercício do poder do Estado”.

E aqui adentramos a segunda linha de argumentação restritiva: a definição de “entidade de classe de âmbito nacional”, segunda parte do inciso VII do art. 103 da Constituição Federal. Entretanto, aqui a jurisprudência não é unânime e mostra claramente as divergências internas sobre a interpretação que deve ser concedida a Constituição no tocante à ampliação do rol de legitimados.

Na ADIn 42, o Ministro Celso de Mello esclarece que a idéia de “classe” demanda quatro tipos de exigências: de ordem formal, de caráter teleológico, de índole espacial e de um “coeficiente de representatividade”:

A primeira dessas exigências, de ordem formal, supõe a existência de uma entidade devidamente personificada, à qual se filiem pessoas ou grupos de pessoas integrantes de idêntica categoria profissional ou econômica, ainda não representada por organismos sindicais ou, afastado esse reducionismo ao modelo corporativo – sindical, manifeste-se, entre essas mesmas pessoas ou grupos, a existência de um vínculo jurídico ou de uma relação-base, que as congregue e lhes imprima caráter unitário na ação social em que se busque a colimação do interesse coletivo.

Esta primeira exigência prende-se à segunda, que é de caráter teleológico, pois concerte à finalidade mesma para a qual a entidade de classe é constituída: o estudo, a defesa e a coordenação dos interesses daqueles que a compõem. Há, na realidade, subjacente a tal noção, como já salientado, a idéia de um vínculo social básico, a traduzir a existência de uma solidariedade não transitória de interesses homogêneos, que se unificam na identidade e comunhão dos objetivos sociais perseguidos.

A terceira exigência é de índole espacial. A entidade de classe, para legitimar-se ao exercício da ação direta, deve ter âmbito transcendente das esferas meramente regionais e locais. A sua atuação, por superar necessariamente esses lindes, deve ter caráter amplo e dimensão nacional. ...

Outra exigência tipificadora do conceito de entidade de classe associa-se ao seu coeficiente de representatividade, a tornar imprescindível, tanto quanto possível, para efeito de sua compreensão, a universalidade da representação da categoria ou de grupo em função dos quais foi constituída e organizada. (Ministro Celso de Mello, Adin nr. 42, p. 40-42)

O debate sobre o conceito de classe ainda é relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence nesta mesma ação direta:

Assim, valendo-se, *mutatis mutandis*, das definições legais do art. 511, CLT¹⁵³, entidades de classe serão as associações cuja base social e cuja orientação sinalística partam, ou (a) da pressuposta “solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas” (categoria econômica ou empresarial) ou do reconhecimento dos interesses comuns derivados (b) do exercício da mesma atividade profissional ou de profissões similares ou conexas ou ainda, finalmente, (c) do trabalho em comum, ainda que em profissões diversas, na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas. (p. 67)

Conforme mencionamos no capítulo 1, esta seria a dificuldade de incluir a comunidade estudantil como ente legítimo para propor a ação direta. Para o Supremo, o texto constitucional é dirigido “à idéia de ‘profissão’, - entendendo-se ‘classe’ no sentido não de simples segmento social, de ‘classe social’, mas de ‘categoria profissional’”(Ementa ADIn 894)¹⁵⁴.

Apesar de negar o acesso, vários votos não deixam de destacar a importância da União Nacional dos Estudantes – UNE na participação ativa em movimentos cívicos nacionais, na defesa das liberdades públicas, ao lado de outras organizações da sociedade brasileira. “(...) inequívoca sua posição de entidade nacional que congrega tais estudantes e luta pela afirmação e defesa de interesses estudantis, quando, em nome da juventude, tem pugnado em campanhas em que se defendem interesses sociais relevantes e diversificados inclusive pela moralidade pública” (Voto Ministro Néri da Silveira, p. 2246)¹⁵⁵

Com base nesta mesma argumentação negou-se legitimidade ativa para a Associação Brasileira de Defesa do Cidadão – ABRADDEC, em ação cujo pedido

¹⁵³ Art. 511 - É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

¹⁵⁴ Oportuno destacar que o pedido da ação da UNE questiona lei que exige que os alunos realizem as provas de avaliação apenas após comprovarem quitação da mensalidade escolar. A entidade alega que a exigência “não estimula o acesso da pessoa à educação, e sim contempla apenas a ganância lucrativa dos estabelecimentos de ensino”, e assim contraria o art. 205 da Constituição, que define a educação como direito fundamental de todos, dever do Estado e da família. É possível apontar “interesse determinável” neste pedido?

¹⁵⁵ Defenderam a legitimidade da UNE para a ação direta os Ministros Francisco Rezek, Marco Aurélio de Mello, e Sepúlveda Pertence.

questionava uma legislação federal que criava o Instituto de Previdência dos Congressistas e contrariaria o princípio da isonomia e da moralidade:

Cuida-se de uma associação civil, cujo corpo social se constitui pela livre filiação de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, desde que admitidas pela assembleia geral. Dos filiados não se requer, pois, que constituam uma classe ou categoria identificada por algum critério objetivo de diferenciação social. A declarada finalidade institucional da associação, ademais, é altruísta, voltando-se à promoção e à defesa de aspirações cívicas de toda a cidadania e não de interesses específicos de um determinado setor da sociedade. (voto Ministro Sepúlveda Pertence, relator, ADIn 61, p. 21)

O paradoxo na linha de pensamento jurisprudencial adotada pelo STF também reside na idéia de abstração. O Supremo limita o acesso a entidades que agreguem “somente uma coletividade, congregada pelo interesse contingente de estarem os associados a serviço de determinado empregador”. Nesta linha de raciocínio, a unidade da associação não poderá se restringir à pessoa desse empregador, mas sim na idéia de categoria propriamente dita, ou seja, de interesses. Desta forma, exige-se a caracterização de interesse comum, o que contraria a idéia de “abstração” do objeto tutelado pela ADIn.

A razão de ser da distinção [entidade de classe e associação legalmente constituída], reside, certamente, na maior generalidade do objeto tutelado pela ação de inconstitucionalidade, cuja iniciativa está a exigir um grau maior de representatividade do que a do mandado de segurança [coletivo], o qual, mesmo sendo coletivo, nada mais persegue do que a proteção de uma soma de direitos individuais, sem alcançar a abstração característica do resultado pretendido na ação direta. (voto Ministro Octavio Galloti ADIn 34, p. 6)

Portanto, o Supremo restringiu o acesso ao controle de constitucionalidade concentrado, apesar da apregoada conquista de cunho comunitarista da ampliação do rol de legitimados. O cidadão participa além do momento do “voto”, sendo também um “autor” do texto constitucional.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Um resumo da interpretação jurisprudencial dominante do Supremo com relação ao inciso IX do art. 103 pode ser o exposto pelo Ministro Moreira Alves na ADIn 271: “... porquanto não é uma entidade que congregue os integrantes de uma determinada atividade ou categoria profissional ou econômica, e que, portanto, represente, em âmbito nacional, uma classe, em contraposição às confederações sindicais (...), que além de atuarem na esfera nacional, como associações sindicais que se encontram no topo da hierarquia sindical, congregam, pelas federações que as constituem, a representação de atividades ou categorias profissionais ou econômicas diversas, diferentemente, aliás, do que ocorre com os sindicatos e as federações sindicais.” (p. 138)

Entretanto, alguns Ministros se posicionaram contrariamente à restrição na interpretação do inciso constitucional, tendo em vista que “o novo texto fundamental quis efetivamente fazer a grande válvula de abertura e descentralização social da iniciativa do controle direto da constitucionalidade das leis” e que “prevaleceu, na Constituição de 1988, uma orientação ampliativa da qualificação para a ação direta, com a evidente preocupação de abri-la à participação ativa da sociedade civil no controle da legitimidade constitucional do exercício do poder do Estado” (ADIn nr. 42, voto Ministro Sepúlveda Pertence).

O Ministro Sepúlveda Pertence, na ADIn 271¹⁵⁷, citada anteriormente, provocada pela CUT, cujo pedido questionava Instrução Normativa do Ministério do Trabalho e da Previdência Social referente ao registro de entidades sindicais, defendeu que:

... para ser fiel às inspirações pluralistas e participacionistas do art. 103, IX, da Constituição, ao conceito de “entidade de classe de âmbito nacional” é preciso emprestar toda a abrangência que ele comporte sem violência, de modo a estender a legitimação ao maior plexo possível de associações representativas de estrutura plural da sociedade. (p. 157)

O Ministro Marco Aurélio, na mesma ADIn, seguiu similar raciocínio:

Penso que não se deve, realmente, dar, ao que se contém no inciso IX do artigo 103, uma interpretação elástica, a ponto de pulverizar a legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade. Contudo, não há como, em determinados casos, como este que estamos apreciando, em que vem à balha o envolvimento de uma entidade de classe reconhecida por vários preceitos legais como representante dos trabalhadores, chegar simplesmente à exclusão, adotando-se, portanto, uma interpretação rígida ou uma definição toda própria, singular quanto ao que se entende como entidade de classe de âmbito nacional. A realidade salta aos olhos. (p. 163/4)

¹⁵⁷ O Ministro ainda ressalta a influência das centrais sindicais: “As centrais, por isso, não exercem atividade sindical, embora exerçam, sobre ela, inequívoca influência de fato. Não me aventuro ao cometimento sociológico de identificar as causas dessa influência, de que resulta o fato, igualmente notório, do grau crescente de preferência das autoridades públicas, como das entidades sindicais, pelo diálogo com as centrais sindicais, em detrimento das entidades de cúpula, as confederações, dos diversos subsistemas confederativos da classe trabalhadora. (p. 154)

Esta divergência jurisprudencial denota a forma pela qual os Ministros encaram o acesso ao controle concentrado disposto no inciso IX do art 103 da Constituição: para alguns é uma questão de legitimar as inspirações pluralistas e participativas da Constituição, ou ainda, uma “liberalização da legitimidade para a ação direta” (ADIn 42, Ministro Sepúlveda Pertence), enquanto que, para outros, são entidades ou autoridades “de alta expressão na hierarquia político-administrativa do País, ou entidades de caráter público” (Ministro Paulo Brossard, ADIn 42), e mais:

Tendo entendido que deveria haver uma seleção, não vou dizer rigorosa, mas cuidadosa, no reconhecimento de determinadas entidades como habilitadas a ajuizar ação direta, porque figuram num elenco privilegiado, ao lado das mais altas autoridades do País e dos Estados, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Procurador-Geral da República, de partidos políticos com representação no Congresso Nacional, de Confederações Sindicais. (ADIn 894, Ministro Paulo Brossard, p. 2258)

O mesmo Ministro Paulo Brossard, na ADIn 913, definiu a ação direta como uma “ação nobre, no sentido de que permite que algumas pessoas, ou algumas entidades, praticamente falando em nome do País, compareçam ao Supremo Tribunal Federal questionando a legitimidade de uma norma legal”, salientando-se que é uma “faculdade extraordinária, nobilíssima”, não suscetível a “exercícios retóricos”.

A grande controvérsia que se seguiu à idéia do requisito de pertinência temática, é o caráter “objetivo” do controle concentrado de constitucionalidade. A ação direta independe de direito de “a” ou de “b”, de interesses pessoais: o processo é objetivo por que sem partes, “no qual, em princípio se dispensa a indagação de legitimação ativa dos órgãos autorizados, no interesse impessoal da defesa da Constituição” (ADIn 138, Ministro Sepúlveda Pertence). E neste ponto encontramos a divergência doutrinária que demonstra as “lutas simbólicas” internas no Tribunal: a função “política” do Supremo ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Esta divergência é perceptível na outra interpretação restritiva do Supremo: a “relação de pertinência”.

Um outro aspecto merece referência e diz respeito ao interesse de agir das entidades de classe, a envolver a necessidade de que demonstrem, objetivamente, a relação de pertinência entre a finalidade institucional que motivou a sua criação e o conteúdo e a natureza da lei ou ato normativo impugnado. A descoincidência temática entre esses dois elementos referenciais – finalidade da associação e conteúdo material da lei ou ato normativo – descaracterizará o interesse de agir e ensejará a carência [negar prosseguimento] da ação direta. (Ministro Celso de Mello, ADIn nr. 42)

A ementa da ADIn nr. 714, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais, questionando lei estadual que limitava teto para vencimento de servidores civis ou militares, assim trata do assunto: “Ilegitimidade ativa para a proposição de ação direta de inconstitucionalidade, por falta de relação de pertinência entre o objeto das normas impugnadas (destinadas a empregados) e a finalidade da entidade de classe requerente (representativa do interesse de profissionais autônomos).”¹⁵⁸

Portanto, mais uma vez o Supremo utilizou interpretação restritiva, contrária aos ditames comunitaristas do discurso constituinte. A relação de pertinência ainda tem uma agravante: ela atrela, necessariamente, o objeto da ação a interesses que poderiam ser enquadrados como “corporativistas”¹⁵⁹, pois diretamente relacionados à finalidade da entidade de classe.

Por ocasião de duas ações apresentadas pela Associação Nacional dos Magistrados Brasileiros - AMB - encontramos as controvérsias que denotam a busca pelo “poder simbólico”, para legitimar as decisões do Tribunal por parte de seus membros nesta interpretação da relação de pertinência.

Podemos resumir a controvérsia da seguinte maneira: o Supremo acata a legitimidade ativa da AMB, como entidade de classe de âmbito nacional, de acordo com a interpretação já exposta aqui. O problema surge com relação à exigência, ou não, da

¹⁵⁸ Oportuno já antecipar que esta relação de pertinência entre a associação, enquanto entidade de classe e o objeto da ação direta não é exigida no tocante ao Conselho Federal da OAB, conforme será discutido no próximo item.

¹⁵⁹ No decorrer da tese utilizamos a expressão direitos ou interesses “particularizados”.

pertinência temática. Em uma linha que demonstra o vínculo entre a ação e “interesses”, o Ministro Sydney Sanches assim se manifesta na ADIn 138:

Ora, se os Tribunais não têm legitimidade para a propositura, perante o Supremo Tribunal Federal, mesmo quando se trata de leis ou atos normativos, que envolvam interesses gerais ou especiais do Poder Judiciário ou de seus membros, é de se admitir, ao menos, que uma entidade associativa de magistrados, de âmbito nacional, possa fazê-lo.... (p. 10)

Penso que essas indagações levam à resposta de que há um interesse político manifesto dos magistrados na propositura da ação como a da espécie.

E como a ação direta de inconstitucionalidade não se rege apenas pelos princípios estritamente jurídico-processuais, mas por outros, mais altos, de notório conteúdo político, dada sua própria natureza e finalidade, como tem acentuado esta Corte, em vários precedentes, a legitimidade ativa e o interesse de agir devem ser aferidos por critérios políticos e não estritamente jurídicos e processuais. (p. 13)

Entretanto, em debate na mesma ação, os Ministros Paulo Brossard e Célio Borja discutem se caberia às entidades de Direito Privado, como a Confederação Sindical, discutir assuntos que não digam respeito a sua categoria, “pois para isso existem as respectivas outras entidades”. Mas, e quando os diretamente interessados não questionam determinada lei, “não quiseram questionar ou não entenderam conveniente fazê-lo”?

Torna-se claro que a controvérsia reside justamente na influência comunitarista na Constituição de 1988. A ampliação da legitimação ativa para propor a ação direta visava atender apenas aos “interesses” das entidades? E a integridade da ordem constitucional, não independe de “interesses”? O Ministro Carlos Velloso deixa clara esta “pré-compreensão” dos Ministros acerca das entidades “privadas” aptas a requerer a ação direta:

Já ouvi críticas às associações de classe, no sentido de que elas somente defendem direitos ou interesses imediatos dos componentes da classe, vale dizer, interesses ligados diretamente a salários ou vencimentos. Essa mesma crítica já foi feita aos magistrados. ... quando o magistrado, pela sua associações de classe, vem à Corte Suprema pretendendo defender o Poder Judiciário porque, no seu entendimento, a emenda constitucional, ao criar a ação declaratória de constitucionalidade, causa dano á função jurisdicional, acho que a Corte Suprema deve examinar as alegações e dar-lhe resposta, numa sentença de mérito. Não deve a Corte Suprema dizer ao juiz que somente aqui que é de interesse imediato do magistrado – os atinentes a salários ou vencimentos, por exemplo – poderia ser posto numa ação direta, ou daria legitimidade ativa à sua associação. (ADIn 913)

Esta visão pode ser atribuída à própria origem dos direitos sociais no caso brasileiro: o processo de expansão de benefícios previdenciários e trabalhistas durante a era Vargas se deu através da regulação das profissões, que acabou por criar uma hierarquia entre as profissões reguladas ou não, e conseqüentemente, entre os cidadãos que tinham acesso aos direitos sociais ou não. Assim, os direitos sociais foram instituídos não a partir de princípios universalistas, mas segundo o *status* de cada uma das profissões reguladas, dando “suporte à idéia de que demandas por direitos, bem sucedidas, favorecendo grupos particulares teriam, de fato, significado uma expansão dos direitos de cidadania, ainda que tenham significado, também, uma estratificação dos cidadãos no acesso aos respectivos direitos, dos quais uma parcela importante da população se manteve totalmente excluída”. (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2001, p. 15/16)

Ademais, esta estrutura hierárquica, e o fortalecimento dos sindicatos, acarretaram o desenvolvimento de identidades sociais vigorosas, “as quais ainda hoje desempenham um papel importante na esfera pública e motivam os atores a ver seus sindicatos ou corporações como totalidades significativas, constituindo uma referência abrangente ou universalizável, cujos interesses eles têm dificuldade para relativizar e/ou para distinguir da idéia de interesse público” (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2001, p. 16) Portanto, a interpretação do Supremo acaba por corroborar esta interpretação “particularizada” dos interesses, sem admitir a hipótese de que uma associação busque defender interesse “público”, como os direitos republicanos que Bresser Pereira (1997) identifica.

A divergência demonstra, ainda, a luta simbólica existente no interior do Tribunal sobre o seu papel e seu “poder simbólico”. Para alguns Ministros o Tribunal deve estar acessível ao cidadão, na linha comunitarista do discurso constituinte. Outros já “isolam” o Supremo, destacando que os entes legitimados a propor a ação compreendem um “elenco privilegiado” e que os “litigantes sociais” apenas representam “interesses” específicos. E dentro do próprio campo jurídico, com relação a AMB, o debate levantado também reside na idéia de “interesses determináveis”, ou seja, a princípio não caberia à Associação defender princípios e regras atinentes ao Poder Judiciário como um todo.

Oportuno destacar, contudo, que nem sempre a opinião divergente é manifestada como voto divergente. Na ADIn 433, cujo pedido questiona lei que dispõe sobre a revisão dos vencimentos, salários, proventos e demais retribuições dos servidores civis e da fixação dos soldos dos militares do Poder Executivo, na Administração Direta, autárquica e fundacional, proposta pela Federação Nacional das Associações de Servidores da Justiça do Trabalho e outros, o Ministro Sepúlveda Pertence destaca sua contrariedade à jurisprudência consolidada do Supremo, mas alega que, como sua posição tem sido minoritária, a “insistência seria inócua”:

Minha convicção pessoal é sabidamente contra essa linha de raciocínio: as objeções postas, afastam, algumas delas, a caracterização de tais entidades como confederações sindicais, data vênia, não lhes subtraem, em princípio, a natureza de entidades de classe de âmbito nacional... Sem prejuízo de voltar a discutir, quando se faça necessário, alguns dos argumentos que alicerçam, neste e nos precedentes referidos, a linha restritiva que a Corte vem adotando, no caso, dada a conjunção de vários deles, a insistência seria inócua. (p 7/8)

O que este voto evidencia é a dificuldade de se alterar a jurisprudência “consolidada” do Tribunal. Apesar da análise aqui ser “institucional”, é importante destacar a influência dos atores na composição do papel institucional exercido pelo Supremo com a promulgação da Constituição de 1988. Conforme mencionamos acerca da Constituição de 1891 e a criação do Supremo na época, o continuísmo “interno” dificulta a compreensão dos novos ideais e teorias.

Nossa hipótese é que os Ministros do antigo regime não buscavam legitimar o “poder simbólico” da Corte com uma interpretação que buscasse os “valores” contidos no texto constitucional, mas sim no discurso “legal”, de influência liberal-positivista, que apregoa a neutralidade do campo jurídico. Na linha de raciocínio dos Ministros, questões “valorativas” seriam mais perceptíveis em questões “políticas”, que não podem ser da competência do Supremo. Sua preocupação era com a legitimidade “interna”, dentro do campo jurídico, e não com os atores de outros campos, como o político e/ou o social.

Neste sentido, adentramos nossa outra abordagem de análise dos dados coletados: os pedidos das ações diretas de inconstitucionalidade no período levantado, 1988 a 1994.

No Anexo III desta tese apresentamos um quadro com todos os pedidos analisados dentro das categorias explicitadas acima, mas aqui nos concentraremos em alguns.

Antecipamos que os pedidos classificados como de “interesse indeterminável” estão mais próximos do que podemos enquadrar como “caráter comunitarista”, pois representam valores e/ou “bens” sem vínculo direto com um “beneficiário”. Trata-se da idéia de Taylor (2000) de “bens convergentes”, bens públicos que, apesar de atenderem aos desejos individuais, somente são concebidos coletivamente. Apregoa-se a proteção de interesses que extravasam a titularidade individual.

Assim, dentre os pedidos classificados como de “interesses indeterminável” encontramos os seguintes temas: isenção de tarifas em transporte coletivo para deficientes, policiais, idosos e estudantes; reforma psiquiátrica, criação de Instituto Previdência dos Congressistas; criação de fundo estatal de Previdência Parlamentar; criação de direito à aposentadoria para serventias judiciais e extrajudiciais, concessão e efeitos de medidas cautelares, proibição de corte e exploração de vegetação nativa da Mata Atlântica; definição da vegetação considerada de preservação permanente.

Das 58 ações cujo prosseguimento foi negado diante da interpretação de ilegitimidade ativa, apenas quatro estariam enquadradas no item “interesse indeterminável”, a saber:

- duas ações questionando a criação de fundos de previdência parlamentares, ambas propostas pela ABRADE (Associação Brasileira de Defesa do Cidadão) em 1989;
- uma ação questionando artigos da Reforma Psiquiátrica de lei estadual do Rio Grande do Sul, proposta pela Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS) em 1994;
- uma ação questionando Medida Provisória que dispõe sobre a concessão e os efeitos de medidas cautelares, proposta pela Associação dos Engenheiros da Petrobrás em 1993.

As demais ações, em que o Supremo não permitiu o prosseguimento por ilegitimidade ativa, versavam sobre temas de interesse determinável. Nossa conclusão comprova nossa hipótese: mesmo sem a interpretação restritiva dominante no Supremo, as entidades de classe e confederações sindicais buscam “interesses”, ou seja, direitos particularizados, e não a defesa de direitos republicanos. Esta constatação resgata a dificuldade de incorporação do “ideal comunitarista” por estes entes, que seriam os mais próximos representantes da sociedade civil que o constituinte conferiu legitimidade ativa para propor a ADIn.

Outro dado interessante é o número elevado de ações propostas contra o Estado, em matéria de organização da Justiça, de Política Tributária e Administração Pública. Aqui mais uma vez predominam os interesses “particularizados”, diretamente relacionados ao exercício de cargos públicos, aos vencimentos, aos impostos. Não queremos aqui questionar o direito destes entes de demandar o Supremo sobre temas relacionados à sua causa. Nosso objetivo é apenas refletir sobre a relação entre este tipo de demanda, os objetivos atribuídos às ações e a linha interpretativa do Supremo para estes novos entes legitimados a propor a ADIn.¹⁶⁰

Torna-se perceptível que na relação entre o campo jurídico e o social, apesar da resistência dos atores jurídicos, aqui representados pelo próprio Supremo e sua jurisprudência, o campo social não o demandou tendo em vista uma preocupação com os “direitos republicanos”, mas sim a direitos “particularizados”. Podemos atribuir esta ausência de temas considerados como “públicos” à compreensão da sociedade de que o Poder Judiciário não possui mecanismos para mudar a realidade social.

Esta interpretação, portanto, segue linha contrária à exposta por pesquisas como a de Werneck Vianna (1999) e Castro (1997). Estes defendem que o próprio fenômeno da “judicialização da política” representa uma valorização do Poder Judiciário, numa crença

¹⁶⁰ Aqui concordamos com a posição de Werneck Vianna *et al.* (1999): quando o STF exige a pertinência temática em relação à identidade associativa, robustece uma prática corporativista, na medida em que lhes interdita o comportamento de advogados em geral da Constituição, isentando-os da responsabilidade cívica de defender a liberdade e a justiça. Entretanto tem-se apresentado como o principal intérprete em termos quantitativos. (p. 105)

na capacidade do Direito de solução dos problemas. Mas quais são os problemas? Não são de ordem pública, mas sim “particular”, o que desvirtua a relação entre o fenômeno da judicialização da política e uma compreensão “comunitarista” da nova ordem constitucional.

Dentre os pedidos das ações em que o Supremo aceitou a entidade como parte legítima, percebe-se que predomina o questionamento de lei ou ato normativo com relação de pertinência aos interesses da entidade. Mesmo em casos onde poderia se apontar “interesses indetermináveis” na motivação para a ação, ou que conduziram a um debate no Supremo, este não se manifestou sobre o mérito da questão, se atendo a questões processuais. A título exemplificativo, selecionamos cinco ações cujos pedidos questionam leis ou atos normativos que tratam de “bens convergentes” de forma indireta, a saber: transporte público gratuito para minorias (portadores de deficiência física, idosos) e policiais militares, adequação do transporte público às necessidades dos portadores de deficiência física, saúde pública, educação e proteção ao meio-ambiente.

Nosso objetivo não é “valorar” os temas propriamente ditos, ou seja, concordar ou discordar da lei ou do ato normativo. Nossa intenção é apontar como questões de “cidadania” podem ser levadas ao Tribunal, e não necessariamente precisariam ser questionadas sob o prisma de interesses determináveis como a maioria das ações aqui mencionadas. O questionamento e, conseqüentemente, o debate sobre o tema poderiam ser levados sob uma perspectiva “positiva” (concessão) e não de “prejuízo” (retirada).¹⁶¹

- a) ADIn nr. 1052, proposta pela Confederação Nacional dos Transportes contra lei do Estado do Rio Grande do Sul que determinava o uso gratuito do transporte coletivo intermunicipal pela corporação militar estadual, obrigando as empresas concessionárias a fornecer duas passagens por coletivo para os policiais militares, desde que fardados, em serviço ou

¹⁶¹ FARRELL (1995) questiona esta maneira de encarar os direitos comunitários: “La actitud de muchos individuos frente a la eventual protección de ciertas culturas sin duda variaría si se concibe el problema no como uno de conceder derechos a esos grupos, sino como el de restringir los derechos de todos los integrantes de los demás grupos” (p. 91)

não. A requerente alega que há “verdadeira desapropriação sem o pagamento da correspondente indenização”, tendo a gratuidade natureza confiscatória, pois viola as regras constitucionais que protegem a propriedade. A requerente ainda alega que é preciso “desestimular a proliferação de normas congêneres”. O Supremo julgou, até a presente data, apenas a medida cautelar, não concedendo a liminar que suspenderia a efetivação da norma. Julgamento de maio de 1994.

- b) ADIn nr. 107, proposta pela Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos – NTU contra artigo da Constituição do Estado do Amazonas que isenta do pagamento de tarifas nos transportes coletivos, urbanos ou fluviais, os deficientes de locomoção, os policiais em serviço, os idosos maiores de 65 anos e os alunos da rede escolar oficial, no período letivo. A requerente alega que não é da competência estadual legislar sobre o transporte coletivo, e sim do Município. Na mesma linha, outra ação, a de nr. 903, questiona a legislação mineira, que exige a adaptação dos veículos de transporte coletivo intermunicipal para facilitar o acesso e a permanência de portadores de deficiência física e de pessoas com dificuldades de locomoção.
- c) ADIn nr. 1.130, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL, que questiona Medida Provisória que permite a venda de medicamentos em supermercados e lojas de conveniência, sem depender de assistência técnica e responsabilidade profissional. A requerente alega que a Medida Provisória “atenta contra a justiça social pelo direito do indivíduo à informação adequada, correta, pela composição do medicamento, sua qualidade e preço justo” e que no Brasil inexistia uma política de medicamentos que conceitue o que sejam “produtos anódinos”, que possam ser vendidos sem receita médica, o que permite a venda indiscriminada de medicamentos que podem ter conseqüências fatais, com “risco de vida para o cidadão comum, habituado a automedicar-se, por uma questão de cultura social”.

- d) ADIn nr. 912, proposta pela Associação Brasileira dos Professores do Ensino Público – ABRAPEP, que questiona lei que revogou Decreto-Lei que incluía a disciplina Educação Moral e Cívica como disciplina obrigatória nas escolas de todos os graus e modalidades dos sistemas de ensino no país. A alegação da requerente é que estas disciplinas defendiam o princípio democrático brasileiro, ou seja, a valorização da democracia, como questão de ordem e civismo, dentro dos princípios morais e éticos, e que “o espírito de civismo e cidadania é condição fundamental na formação do cidadão de qualquer nação do mundo”. A requerente alega ainda que não houve uma ampla discussão prévia com as entidades de classe do magistério brasileiro, e com vários segmentos da sociedade nacional, para discutir o tema.
- e) ADIn nr. 487, proposta pela Confederação Nacional da Indústria que questiona Decreto Presidencial em que se proíbe, por prazo indeterminado, o corte e a respectiva exploração da vegetação nativa da Mata Atlântica. A requerente alega que o ato normativo impõe “uma interdição de uso que suprime da propriedade imobiliária sua essência econômica, sem qualquer indenização”. Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio coloca a controvérsia da seguinte forma: considerado o social, considerados os interesses da sociedade como um todo, e não interesses isolados e momentâneos de algumas indústrias que exploram a mata e que pretendem, portanto ver afastado o óbice a uma só penada..., e aí a utilização se faria via corte das árvores existentes”.

Assim, o Supremo teve a oportunidade de debater sobre a atuação “positiva” do Estado com relação à defesa de “minorias” como os portadores de deficiência física, da mudança na cultura social de uso indiscriminado de medicamentos sem receita médica, de disciplinas que poderiam estimular virtudes cívicas no âmbito do ensino oficial, e da tensão entre propriedade privada e proteção ao meio-ambiente. Destas ações, a única em que o Supremo adentra a questão propriamente dita, ainda que de forma “transversal”, é a da

proteção ao meio-ambiente, sem, entretanto, “negar a relevância da fundamentação” da requerente que defende a propriedade privada.

Outro importante dado é, novamente, com relação à Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Trata-se do ente que mais propôs ações diretas, 29 no total. A maior parte dos pedidos analisados se enquadra em questões relacionadas à Organização da Justiça e à Administração Pública, predominando questões relacionadas ao exercício da magistratura, dos interesses da classe. Conforme mencionamos anteriormente, assuntos relacionados ao Poder Judiciário foram aceitos dentro da exigência de relação de pertinência, pois o Poder Judiciário não está dentre os entes legitimados a propor a ação. Se o processo da ADIn é objetivo, sem partes, por que o Poder Judiciário precisaria estar dentre os entes legitimados?

Aqui nos deparamos, novamente, com a hipótese ora apresentada e um paradoxo: o Supremo limitou a influência comunitarista, mas com relação a AMB, ator do campo jurídico, permitiu uma interpretação um pouco mais “elástica” por entender que o Poder Judiciário não está “representado” nas ações diretas. E por que não permitiu uma interpretação mais “elástica” no tocante à ABRADEC? Esta sim seria legítima para questionar qualquer lei ou ato normativo, pois seus interesses não são determináveis, eles visam o “cidadão”. Entretanto, aqui o Supremo entendeu que não poderia ser questionado por entidade com “finalidade altruísta de promoção e defesa de aspirações cívicas de toda a cidadania”. Se o processo de controle concentrado de constitucionalidade é abstrato e objetivo, por que não?

Nossa visão é de que ao permitir esta interpretação mais “elástica”, que inclui questões de cunho “político”, o Supremo perde sua legitimidade simbólica a partir da neutralidade. Entretanto, internamente, no âmbito do campo jurídico, os interesses “corporativos” falaram mais alto. Mais uma vez o ator jurídico se detém no âmbito do próprio campo jurídico, não se preocupando com eventuais reflexos em outros campos.

Uma interessante questão a ser levantada é com relação à Associação dos Delegados da Polícia (ADEPOL), com nove ações¹⁶²: apesar de o Supremo ter declarado a ADEPOL parte ilegítima para propor a ação direta, esta insistiu na propositura da ação (a última ação é de 1994). Entretanto, todos os seus pedidos seguem a relação de pertinência e a idéia de interesses “determináveis”.

As duas outras entidades com maior número de ações diretas são:

- Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), com 24 ações, das quais 21 versam sobre legislação estadual referente ao Imposto de Renda;
- Confederação Nacional da Indústria (CNI), com 14 ações, versando sobre questões trabalhistas, tributárias e previdenciárias.

Percebe-se, portanto, que na verdade, poucas foram as tentativas de questionamento da lei ou ato normativo não diretamente atrelados a interesses “corporativos”, na linha demonstrada anteriormente de dificuldade de tornar as demandas mais “universais” e menos seletivas.¹⁶³

6.3 – O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Outro ente legitimado pela Constituição de 1988 para propor a ação direta é o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Entretanto, as controvérsias no âmbito da OAB foram resolvidas logo no início, diante do disposto no art. 44 do seu Estatuto, mencionado anteriormente:

¹⁶² O pedidos se resumem a: órgãos de segurança pública, remuneração e proporcionalidade nas carreiras da polícia civil, regulamentação da Promotoria Investigação Penal Isonomia, vencimentos do Ministério Público e magistrados, prerrogativas dos membros do Ministério Público, Polícia Técnica-científica, funções do Ministério Público, reajuste vencimentos funcionalismo estadual.

¹⁶³ Luis Roberto Cardoso de Oliveira (2001) defende que o resgate dos direitos republicanos não pode se dar exclusivamente na esfera legal, mas inclui a necessidade de “internalização de valores que viabilizem uma transformação na orientação das ações ou das atitudes dos atores em suas práticas cotidianas” (p. 16). A idéia de internalização de valores pode ser conectada a idéia comunitarista de uma comunidade compartilhar valores e princípios.

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

Não há decisão que negue o prosseguimento do processo por ilegitimidade ativa (não adequação ao artigo constitucional que prevê quem pode propor a ADIn), isto porque o STF entende que “sua [Conselho Federal da OAB] colocação no elenco a distingue das demais entidades, devendo ser interpretada para permitir defesa da ordem jurídica com o primado da Constituição, sem exigir requisito de pertinência entre o seu conteúdo e o interesse dos advogados”. Esta relação de pertinência é exigida dos demais entes tidos como “sociais”, ou seja, confederações sindicais e entidades de classe.

Na Ementa da ADIn nr. 3, cujo pedido questiona atos normativos anteriores à Constituição de 1988 que tratam do reajuste dos contratos então em vigor, firmados com a Administração Pública, o Supremo deixa claro que para a entidade a Corte seguirá uma linha diferenciada de interpretação:

(...) em se tratando do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sua colocação no elenco que se encontra no mencionado artigo [103 da Constituição de 1988], e que a distingue das demais entidades de classe de âmbito nacional, deve ser interpretada como feita para lhe permitir, na defesa da ordem jurídica com o primado da Constituição Federal, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra qualquer ato normativo que possa ser objeto dessa ação, independe do requisito da pertinência entre o seu conteúdo e o interesse dos advogados como tais de que a Ordem é entidade de classe.

Assim, o Supremo “elevou” o Conselho a um *status* de “classe” diferenciado, que não precisaria comprovar o interesse específico e a relação de pertinência, que as confederações sindicais e entidades de classe precisam. No próprio campo jurídico há vezes discordantes desta interpretação diferenciada do Supremo:

Do ponto de vista estritamente jurídico, no entanto, entendemos, data vênua, que a exigência da mencionada relação de pertinência não encontra qualquer amparo na Constituição. Fere, inclusive, o princípio da igualdade, pois não se

requer tal relação de pertinência a respeito de todos os órgãos ou pessoas legitimados pelo art. 103. (VELOSO, 1999, p. 84).

Na ADIn nr 42, mencionada anteriormente, o Ministro Sepúlveda Pertence destaca os motivos pelos quais o Conselho foi tratado de forma diferenciada pelo Constituinte e pela própria interpretação da Corte:

A singularidade conferia à Ordem – legitimada independentemente de sua função corporativa -, valeu pelo reconhecimento constitucional, não apenas de seu papel histórico na defesa das liberdades, nos períodos autoritários, mas também da singularidade, de que tanto se orgulha, de ser uma entidade de classe à qual a lei já conferira, desde 1963, a função, minimamente política, de “defender a ordem jurídica e a Constituição da República” (lei 4.215, art. 18, I)

No tocante ao conteúdo dos pedidos das ações propostas pelo Conselho¹⁶⁴ verificamos o seguinte: no mesmo período que a frente empírica anterior, 1989-1994, foram propostas 32 ações, destas 27 foram analisadas pois tiveram algum tipo de decisão, liminar ou mérito, até 1994. Novamente elaboramos uma tabela com os pedidos e sua classificação nas categorias de análise, que se encontra no Anexo IV.

Salientamos aqui a presença de apenas quatro pedidos de “interesse não determinável”, a saber: proibição de concessão de medidas cautelares em mandado de segurança e ação civil pública; atuação do Ministério Público no campo de interesses dos incapazes e ausentes; atuação do Ministério Público como *custus legis*; prisão temporária e cobrança de taxa judiciária.

Poderíamos atribuir um caráter de direito menos “particularizado” a outros três temas: intimação mediante publicação dos atos no órgão oficial (princípio da publicidade), eleição de vice-governador quando vago pela Assembléia, direito de preferência dos credores em crédito de natureza alimentícia, e o conceito de salário efetivo. Os demais temas estão nitidamente relacionados ao exercício da advocacia, a interesse relacionado ao interesse da classe.

¹⁶⁴ O processo interno para proposição de ação direta perante o Supremo implica na análise do pedido pela Comissão Permanente de Estudos Constitucionais do Conselho Federal, conforme o disposto na Resolução nr. 06/2000.

Percebe-se ainda que a única unidade em que os pedidos do Conselho se enquadram como interesse “indeterminável” é o das novas regras e instituições. Entretanto, analisando as seis ações citadas, não encontramos o mencionado interesse indeterminável, a saber:

- a ação nr. 758 questiona a atuação do Ministério Público como “*custus legis*”¹⁶⁵ ou fiscal da lei, alegando que permitir que o mesmo tenha tempo ilimitado para sustentação oral ofende o princípio da igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa. Importante salientar que o entendimento do Supremo é justamente que, enquanto “*custus legis*”, o regimento Interno dos Tribunais pode sim conferir ao Ministério Público uma “posição de grande eminência no contexto da relação processual, na medida em que lhe incumbe o desempenho imparcial da atividade fiscalizadora pertinente à correta aplicação do direito objetivo”. Não é bem um interesse “indeterminável”, pois afetaria a atuação do advogado no caso;
- a ação nr. 932 questiona Lei Complementar do Estado de São Paulo que dispôs sobre a criação e extinção de cargos de Promotor de Justiça, Curador Judicial de Ausente e de Incapazes no quadro do Ministério Público local, e assim adentrou sobre direito processual, de competência exclusiva da União. Apesar da importância do tema, tendo em vista que se trata de instituição de suma importância para os interesses dos ausentes e incapazes, o Ministro relator, Marco Aurélio, aponta que a ação foi ajuizada após dois anos da edição da Lei Complementar questionada;
- a ação nr. 162 questiona Medida Provisória que cria nova forma de prisão temporária para facilitar a apuração dos crimes hediondos e daqueles praticados contra o “sistema financeiro”. A ação acabou levantando um extenso debate

¹⁶⁵ A expressão “*custus legis*” designa a função do Ministério Público de “fiscal da lei”, ou seja, de “verdadeiro defensor da sociedade” no campo penal, cível e como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa (MORAES, 2004, p. 520).

sobre a evidência ou não dos requisitos de “relevância e urgência”¹⁶⁶, que autorizam a edição de Medida Provisória pelo Presidente da República¹⁶⁷;

- a ação nr. 948 que questiona a cobrança de taxa judiciária no Estado de Goiás, pois dentre os direitos e garantias individuais se destaca “o direito do indivíduo à prestação jurisdicional do Estado, direito que não poderia ser cerceado por qualquer razão de ordem econômica ou concernente à condição social do jurisdicionado”;
- as ações nr. 272 e 975 que questionam lei federal que regula a concessão de medidas cautelares em Mandado de Segurança e ações civis públicas, limitando a atuação do Poder Judiciário. O Conselho alega que “nenhum interesse geral pode se sobrepor a direitos individuais líquidos e certos, máxime no Estado Democrático de Direito, que se distingue pelo primado da sociedade civil sobre o Estado. Se há um valor a ser preservado em nosso Estatuto Político é esse o da primazia do individual e do social sobre o estatal, tanto assim que, pela primeira vez em nosso Direito Constitucional, se cuidou antes da declaração dos direitos individuais e sociais para, somente depois, se tratar da organização do Estado”.

Para a presente análise, questões relacionadas ao acesso à Justiça e à atuação do Ministério Público fazem parte do “interesse indeterminável” e, por isto, constam da unidade “Novas Regras e Instituições”. Evidencia-se, entretanto, que apesar do caráter comunitarista apontado, ambigüidades surgem: em quatro ações o interesse do advogado vem à tona como um dos elementos que conduziram a entidade a propor a ação.

¹⁶⁶ A Medida Provisória é instrumento de função legislativa atípica do chefe do Poder Executivo, e justamente por não ser sua função típica a de legislar, exige-se que somente no caso de relevância e urgência poderá ser emanado o ato normativo (art. 62 da Constituição)

¹⁶⁷ Importante destacar trechos do voto do relator, Ministro Moreira Alves: “Ninguém, de sã consciência neste país, pode ficar insensível à avalanche de crimes cometidos de modo violento e contra bens jurídicos relevantes como a vida, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio ambiente e outros fundamentais à própria paz social. Tal circunstância, no entanto, não pode levar a que se baixe Medida Provisória, que agride a ordem constitucional e que conspurca a liberdade individual, solapando conquistas obtidas ao longo da história e em decorrência de anos de lutas contra o arbítrio, a prepotência, a insegurança jurídica e a onipotência do Estado” mas que estas questões não são de agora.

6.4 – Considerações Finais

Cumpre salientarmos a abordagem utilizada no presente capítulo. A partir de categorias teóricas de Bourdieu, como campo e poder simbólico, analisamos a jurisprudência do Supremo no tocante às ADIns propostas pelas entidades de classe e confederações sindicais e o Conselho Federal da OAB, de 1989 a 1994. A questão central não era identificar determinadas posturas políticas tomadas nas decisões do Supremo como conservadoras ou progressistas, mas sim perceber a dinâmica dos atores, Supremo, Conselho, AMB, e outras entidades, e em que medida estes atores estão comprometidos com o ideal comunitarista a eles atribuído pelo novo texto constitucional.

O que foi possível perceber é que nenhum dos atores parece realmente mobilizado neste sentido. Arelada à ausência de pedidos de cunho comunitarista por parte das confederações sindicais e entidades de classe, independentemente da interpretação restritiva do STF, exigindo a relação de pertinência, a sociedade brasileira não se mobiliza para a proteção de “interesses indetermináveis”. De tradição liberal-positivista, nossa sociedade não está habituada a buscar o Poder Judiciário na defesa de direitos “republicanos” que refletiriam os valores e princípios constitucionais.¹⁶⁸

Portanto, o cerne da divergência passa a ser a própria percepção de cidadania: “... todos os direitos e princípios básicos para o exercício da cidadania partem da premissa de que os mesmos têm, pelo menos ao nível teórico, a possibilidade de beneficiar igualmente a todos os cidadãos.” Esta premissa é inviabilizada pela tendência brasileira de transformar direitos em privilégios. (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1992, p. 7).

¹⁶⁸ Reinaldo de Lima Lopes (1997), em estudo de caso sobre os direitos sociais alega que os casos sobre direitos sociais têm sido solucionados sob a proteção do Direito do Consumidor, e que os atores jurídicos tendem a despolitizar o problema. Um exemplo são as políticas públicas sobre educação. Os problemas ficam restritos entre as escolas particulares e os pais, e até mesmo o Direito do Consumidor é deixado de lado. “Framed as a suit wherein a large number of parentes confront one single school, the class action [ação civil pública] becomes a ground for ‘collective’ interests litigation, and very little attention is given to the ‘diffuse’ interests; no discussion of ‘public good’ is necessary, because it is limited to the good of a limited number, put together by factual (attendance of the same school) and legal (all have executed the same Standard agreement with the same supplier of educational services) circumstances” (p. 24)

Quando analisamos as diferentes interpretações do Supremo com relação a outros atores jurídicos como a OAB, e a atores sociais, como as entidades de classe e confederações sindicais, podemos perceber, como pano de fundo para o seu posicionamento dentro do campo, este destaque ao “privilégio”. O privilégio é caracterizado pelo posicionamento no campo jurídico, e a ausência deste privilégio para os outros atores reside justamente no fato de não pertencerem a este campo jurídico. Portanto, a peculiaridade brasileira parece permear o posicionamento dos atores no campo jurídico.

No tocante à restrição feita pelo Supremo de acesso dos litigantes sociais, podemos analisá-la sob a ótica da própria construção da cidadania. Esta tem a ver com a relação de indivíduos com o Estado e com a nação, pois a partir do momento em que os indivíduos passam a se sentir parte de um Estado, como sujeitos de direitos e obrigações, surgem os cidadãos. Entretanto, no caso brasileiro, o Estado teve mais importância no processo de difusão dos direitos. (TEIXEIRA MENDES, 2005, p. 19) Quando o Supremo restringe o acesso de cidadãos, representados em suas entidades e confederações de classe, não está contribuindo para a já precária cidadania brasileira, principalmente no âmbito dos direitos sociais e republicanos.

Madalena Duarte (2005) elenca alguns fatores para o estreitamento na passagem dos conflitos potenciais para os conflitos judiciais na proteção de interesses difusos, e aponta a legitimidade para agir (quando não se confere capacidade judicial ativa aos entes representativos desses interesses) como um deles. Para a autora “qualquer análise superficial ao uso do Direito mostra que este permanece preso a uma tradição secular que enfatiza o perfil individualista do autor e, podemos dizer, até mesmo do réu. Este paradigma da tutela individual é, hoje em dia, manifestamente obsoleto.” (p. 17)

A controvérsia reside no caráter emancipatório do Direito nas lutas dos movimentos sociais. A autora aponta duas abordagens: uma que considera o Direito importante para os movimentos sociais, a outra não.

1. Ao optarem por uma estratégia judicial, os movimentos sociais estão se politizando e, por isso, questiona-se a sua capacidade para levar a cabo lutas contra-hegemônicas. Os argumentos são: a justiça falha no caráter redistributivo, com uma discrepância entre a “law in books” e a “law in action” (sem efeitos práticos concretos); pessoas mais desfavorecidas e grupos minoritários tendem a ter mais receio dos tribunais, o que dissuade a mobilização legal; basicamente os direitos são aquilo que as pessoas que estão no poder dizem que eles são, portanto, ao recorrerem ao tribunal os movimentos sociais estão reforçando as condições que os oprimem.
2. O grupo que refuta os argumentos acima considera o direito emancipatório: os tribunais têm uma crescente visibilidade como instrumentos de apoio a lutas cívicas e, conseqüentemente, podem ser usados pelos movimentos sociais nas suas lutas. Os argumentos são: instrumento de democracia e de cidadania (a mobilização implica na consciência de direitos e na capacidade de os reivindicar), o que implica, de igual modo, um marco de participação; o mínimo de inclusão que grupos minoritários têm na sociedade civil; mais do que a componente redistributiva, é preciso ter em mente as funções simbólicas dos tribunais – o enfoque deve ser não na efetiva aplicação da decisão judicial de um caso concreto, mas no uso do direito como um recurso estratégico na luta global do movimento (ex. a atenção da mídia ao tema). Para esta corrente, se bem que o direito possa ser um instrumento de dominação social que visa à legitimação das suas práticas, também pode, pelo menos potencialmente, ser usado como uma ferramenta para fomentar a mudança social e a proteção dos direitos que ela acarreta, assumindo-se, desta forma, como um instrumento de resistência e emancipação contra o poder hegemônico. (p. 10)

A segunda abordagem está atrelada ao modelo comunitarista de “participação do cidadão”, levantado anteriormente. A proteção de interesses, que extravasam a titularidade individual, é utilizada como bandeira contra o liberalismo. O ideal comunitarista pressupõe a “atitude” do cidadão, “todo cidadão é participante em potencial, um político em potencial”. (WALZER, 2003, p. 425) Deve-se evitar a “sociedade fragmentada” (TAYLOR, 2000), pois nesta o propósito comum é o do regime de direito e a proteção de

direito em facetas como batalhas judiciais e lemas de grupos de interesse único, ou seja, defesa de direitos individuais.

A hipótese aqui lançada, todavia, é de que tanto o Supremo quanto a sociedade brasileira, na figura dos movimentos sociais, não conseguiram compreender este novo referencial, por motivos inerentes às lutas simbólicas travadas entre os campos jurídico e social. No tocante ao campo jurídico, a preocupação com a legitimação inviabiliza a adesão aos novos valores colocados pelo discurso comunitarista, pois a mentalidade jurídica ainda concede espaço significativo para o discurso da neutralidade, e questões relacionadas à justiça social são questões “políticas”. Por outro lado, os movimentos sociais não acreditam no potencial “emancipatório” dos tribunais, nem mesmo na sua “função simbólica” de permitir o debate, compreensão reiterada pela própria manifestação do Supremo no tocante à participação dos “litigantes sociais” no controle de constitucionalidade.

Assim, fechamos um “ciclo vicioso”: a sociedade se manifesta de forma tímida na defesa de direitos de cunho “comunitarista”, e o Supremo a “reprime” mais ainda ao interpretar de forma restritiva esta mesma possibilidade de participação e de debate público sobre temas relevantes à idéia de cidadania “participativa”. A dinâmica dos dois atores, o Supremo e os litigantes “sociais”, deixa claro que não se trata apenas da adoção ou não do discurso comunitarista, ou então da utilização do mesmo como ideologia, mas sim do posicionamento dos diferentes atores dentro de seus respectivos campos, a partir de interesses específicos e próprios à necessidade de sua legitimação nestes campos. E esta dinâmica acaba por transparecer elementos inerentes à própria “cultura” de direitos brasileira.

CAPÍTULO 7 – CONCLUSÃO

*O nexu interno entre democracia e Estado de direito consiste em que se, por um lado, os cidadãos só podem fazer uso adequado da sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada que esteja uniformemente assegurada; por outro, só podem usufruir uniformemente a autonomia privada se, como cidadãos, fizerem o emprego adequado dessa autonomia política. Por isso, direitos fundamentais liberais e políticos são inseparáveis. (Jürgen Habermas, **Sobre a legitimação pelos direitos humanos**)*

A presente tese buscou analisar questões relacionadas à tensão entre Direito e Política, a partir das novas abordagens contemporâneas sobre o papel da Constituição e, conseqüentemente, da Justiça Constitucional em ambientes de consolidação democrática. Estas abordagens enfatizam o caráter “político” do texto constitucional, o que demanda uma nova interpretação do próprio papel dos Tribunais Constitucionais.

Neste contexto, apontamos duas correntes da filosofia-política que divergem sobre questões como justiça, liberdade e igualdade, e cidadania. Para fins da presente análise enfatizamos o tema da participação cidadã, como liberais e comunitaristas se posicionam a respeito do tema e as decorrências do debate para o campo jurídico.

A partir deste debate, analisamos a dinâmica dos diversos atores dos campos político, jurídico e social por ocasião do desenho institucional elaborado pela Assembléia Nacional Constituinte de 1988 sobre o Supremo Tribunal Federal, e o desempenho da Corte nos primeiros seis anos após a promulgação da Constituição de 1988.

A tese iniciou com uma descrição sobre o próprio Supremo Tribunal Federal Brasileiro, seguindo para a influência teórica comunitarista atribuída à opção dos constituintes pelo modelo concentrado de controle de constitucionalidade, finalizando na análise da própria idéia de Justiça Constitucional na contemporaneidade. Após a análise do objeto de estudos, prosseguimos para a demonstração das frentes empíricas: o debate constituinte e a jurisprudência.

Após este percurso, cumpre destacarmos nossas conclusões finais, salientando que não houve a pretensão de se opinar sobre o modelo constitucional adotado, ou o exercício das atividades por parte do Supremo, de forma valorativa. Nossa análise se restringiu à dinâmica dos campos envolvidos: o campo político compreende a Assembléia Nacional Constituinte e seus constituintes; o campo jurídico pode ser subdividido em atores “institucionalizados” como o próprio Supremo, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação dos Magistrados Brasileiros; e “não institucionalizados”, como os juristas doutrinadores; e, por fim, o campo social, aqui representado pelas entidades de classe e confederações sindicais.

Conforme Bourdieu (1989), o campo jurídico se caracteriza pelo discurso da neutralidade com vistas a se manter “distante” do que os atores jurídicos denominariam de “leigos”, ou seja, os que desconhecem a linguagem jurídica. O discurso da neutralidade inclui um distanciamento do campo político e de questões relacionadas ao campo social. Trata-se de um discurso que permite escamotear as reais motivações dos atores jurídicos, em especial da magistratura em suas decisões.

A análise da presente tese se vislumbra justamente a partir do questionamento sobre o caráter “a-político” dos membros do Poder Judiciário, em especial da Justiça Constitucional. Conforme apontamos, a doutrina constitucional brasileira tem apregoadado um novo papel ao Poder Judiciário por ocasião da promulgação da Constituição de 1988, que criou uma série de institutos em que o cidadão “participa” da democracia além dos momentos eleitorais. Este novo papel é justificado a partir de influências “comunitaristas”, de ordem filosófico-política (Taylor, 2000, Walzer, 2003) e de ordem jurídica (Haberle, 1997; Canotilho, 2001).

Portanto, o principal perigo para o direito constitucional democrático-republicano não é o caráter político do Direito, mas sim o mito do Estado de Direito “a-político” (CANOTILHO, 2001). O que foi possível comprovar é que o discurso da neutralidade escamoteia a recusa de “abertura”, nos termos do discurso comunitarista atribuído ao novo texto constitucional brasileiro.

Assim, os comunitaristas apregoam o potencial participativo do cidadão, que compartilha valores com sua comunidade política. Na ausência de propósitos comuns, de uma “identificação patriótica” (Taylor, 2000), a sociedade se fragmenta: a política passa a ser um mal necessário, um espaço no qual indivíduos buscam atender suas demandas “particularizadas”. A ênfase dos autores é no espaço de reflexão que a participação do cidadão propicia.

No âmbito do “comunitarismo” de cunho jurídico, vimos que esta participação do cidadão pode se vislumbrar em três premissas: na abertura constitucional (comunidade de intérpretes), na valorização do texto constitucional, e na noção de Constituição Dirigente, preocupada com as liberdades “positivas”.

Vimos ainda que esta influência se ampara em um contexto internacional de valorização do texto constitucional e da necessidade de proteção, principalmente em países em processo de democratização, o que acarretou a criação de vários Tribunais Constitucionais. Estes modelos, principalmente o português e o espanhol, foram reiteradamente utilizados nos discursos e justificativas dos constituintes durante os debates da Assembléia Nacional Constituinte.

Conforme destacamos, vários estudos desenvolvidos com vistas a analisar o papel destes Tribunais, no processo de consolidação democrática, interpretam a demanda “quantitativa” perante o Supremo como um indício de que a sociedade civil brasileira se apropriou do discurso “comunitarista” e elevou o Poder Judiciário a um “guardião de promessas”¹⁶⁹. Para estes autores (VIANNA *et al.*, 1999, CITTADINO, 2000), o constitucionalismo “comunitarista” brasileiro deixou suas “marcas” na Constituição de 1988, a partir da previsão de mecanismos que configuram uma cidadania juridicamente participativa para assegurar a efetivação do amplo sistema de direitos.

¹⁶⁹ Estes estudos utilizam a “judicialização da política” como categoria teórica de análise, que a nosso ver está muito relacionada com o próprio comunitarismo, e nesta linha que foi mencionado durante o presente trabalho. (v. Capítulo 3)

Entretanto, os citados estudos concordam que esta “cidadania participativa” exige um certo nível de pressão e mobilização política. O que foi possível perceber durante a análise da primeira frente empírica, entretanto, é que o “ideal comunitarista” não foi tão nitidamente defendido durante os próprios trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, pelo menos tocante ao nosso objeto empírico específico, o controle de constitucionalidade. Ao se defender uma maior participação do cidadão na esfera pública brasileira, os comunitaristas brasileiros atrelavam esta participação a uma gama de institutos jurídicos, dentre os quais a ação direta de inconstitucionalidade, e a própria relevância do controle de constitucionalidade concentrado, inclusive com a transformação do Supremo em Tribunal Constitucional, nos moldes de países europeus.

Conforme apontamos, a idéia comunitarista acima desenvolvida somente foi apregoadada nas primeiras fases dos trabalhos constituintes, encerrando-se muito cedo, pois os atores contrários a esta visão saíram vitoriosos, com a manutenção do Supremo, e apenas a ampliação da legitimidade ativa para propor a ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o ideal “comunitarista”, no âmbito ora analisado, nem poderia ser realmente defendido como ideologia, da forma que Aquino (2002) o faz no tocante à Justiça Social.

A Associação dos Magistrados Brasileiros e a Ordem dos Advogados do Brasil até defenderam a criação do Tribunal Constitucional, desde que sua composição tivesse representantes destas duas categorias, o que demonstra um claro interesse pelo “poder simbólico” que sua participação no novo órgão representaria para a sociedade. Trata-se de um flagrante exemplo de luta por legitimidade simbólica.

Entretanto, o Supremo se opôs à criação do Tribunal Constitucional, porque isto acarretaria uma perda de poder simbólico dentro do campo jurídico. Por isto, o Supremo se opôs inclusive a repassar competências para um novo Tribunal, o Superior Tribunal de Justiça. Neste específico tema sua proposta não prevaleceu, apesar de que, ao permitir que matéria constitucional seja questionada via recurso perante o Supremo, o constituinte criou uma quarta instância e foi conivente com a manutenção da crise de “quantidade” que assola aquele Tribunal desde sua criação.

Contudo, ao optar por manter como integrantes do Supremo todos os Ministros que haviam sido investidos no Tribunal pelos governos anteriores, os constituintes perpetuaram uma tradição das Constituições anteriores: uma “crônica desatenção com a composição do Supremo”, que reduz a importância do seu papel. Conforme afirma Luís Roberto Barroso (1998), não se trata de questionar o caráter técnico de seus acórdãos, mas sim o comprometimento da “visibilidade e relevância de suas decisões constitucionais”.

Neste sentido, denotam-se os motivos pelos quais o Supremo, diferentemente dos atores políticos constituintes, se opôs às influências comunitaristas diante de uma preocupação com seu poder simbólico: não perante a sociedade ou o campo político, mas sim dentro do próprio campo jurídico. E esta compreensão se repete na análise da segunda frente empírica, a jurisprudência. Ao restringir o acesso de atores sociais, na figura das entidades de classe e confederações sindicais, o Supremo manifesta sinais de resistência ao modelo que o discurso comunitarista alegou ter o constituinte adotado, o da “comunidade de intérpretes”.

Diante da ausência de ruptura com o modelo anterior, ou seja, de manutenção do desenho institucional da Corte, de suas garantias e de seus membros, a única inovação que realmente poderíamos destacar como “comunitarista” não foi recepcionada pelo Supremo. E novamente, no tocante ao seu campo, o jurídico, o Supremo, todavia, se manifestou de forma mais flexível: eximiu outro ator jurídico institucionalizado, e parte legítima para propor a ação direta de inconstitucionalidade, da “relação de pertinência”. O Supremo entendeu que o Conselho Federal da OAB poderia representar interesses da “cidadania”, o que justificaria a interpretação mais flexível.

Surge a seguinte pergunta: por que as entidades de classe, e as confederações sindicais, não podem questionar ato normativo infra-constitucional com dimensão de direito que não seja direcionada a seus interesses profissionais específicos? Utilizamos “profissionais”, pois aqui o Supremo também se manifestou: entidade de classe exige caráter “profissional”.

Vislumbramos, assim, o que Roberto Kant de Lima (2007) chama de “direitos particularizados”: na tradição brasileira, cada categoria deve reivindicar competitivamente os “seus” direitos humanos. Na linha de “direitos humanos”, incluímos os direitos republicanos (Bresser Pereira, 1997), ou seja, direitos relacionados com a defesa do interesse público e de direitos individuais universalizáveis. São direitos que não deveriam ser apropriados por indivíduos ou grupos de interesse.

Conforme destacamos anteriormente, trata-se de posição linear à idéia de Taylor (2000) dos “bens convergentes”. Para o autor, são direitos que afetam todos de forma indireta. Esta idéia está implícita na concepção de direitos difusos: direitos de caráter transindividual, de natureza indivisível, cujos titulares não são pessoas determináveis.

Uma outra análise feita durante a segunda frente empírica diz respeito aos temas das ações. Independentemente da linha interpretativa restritiva efetuada pelo Supremo, as entidades de classe e confederações sindicais demandaram temas “republicanos”? Nossa resposta foi negativa. O que se percebe é que a idéia de “direitos particularizados” permeou os atores analisados na presente tese. “Apesar de estarmos assistindo e vivendo uma época de fortalecimento e estabilização das instituições republicanas, que busca atualizar as práticas democráticas, a sociedade brasileira não se escandaliza ou repudia a sanção de diplomas legislativos que trazem para o nosso ordenamento jurídico positivo escandalosos privilégios” (TEIXEIRA MENDES, 2005, p. 32)

A análise desenvolvida não buscou resolver o impasse entre virtude e interesse, ou seja, defender, de forma ingênua, que a virtude típica do mundo antigo associada à preocupação com o bem coletivo se viabilize na sociedade capitalista contemporânea. Nosso objetivo conduziu a um outro tipo de questão: a natureza da relação entre os diferentes campos, político, jurídico e social, a partir da aceitação da legitimidade proporcionada pelo discurso comunitarista, e da reivindicação de seus interesses.

A “ideologia”comunitarista passa a ser utilizada como um discurso de cunho retórico e de legitimação por alguns, e por outros nem foi utilizada, como foi o caso da

proposta apresentada pelo próprio Supremo. O Supremo negou inovações no tocante ao controle de constitucionalidade, e se manifestou contrário à criação de um Tribunal específico para questões constitucionais, que a seu ver representaria uma “competência limitada”.

Cumprе salientar, entretanto, que não compartilhamos com a idéia de constitucionalização simbólica (NEVES, 1994) no tocante ao tema ora analisado, pois não se trata de conferir ao texto constitucional um caráter “ilusório” de álibi. Nossa análise buscou demarcar em que medida a própria “marca comunitarista” (CITTADINO, 2000) pode ser questionada, diante da dinâmica dos atores envolvidos no processo constituinte.

A nosso ver, os atores analisados, do campo político, jurídico e social, se voltam para seus “interesses”, e revelam uma dificuldade na dissociação entre público e privado, típico da cultura brasileira. Na verdade, os diferentes atores, por diferentes motivos como salientamos, se apropriaram do discurso “público” para justificar seus interesses “particularizados”.

O modelo comunitarista, apregoadо na Constituição de 1988, se contrapõe à idéia de “cidadania simbólica”, ou seja, uma espécie de “atomização” (isolamento) da sociedade, que não vê o Estado como um agente autorizado dos interesses gerais do país. O’ Donnell (1993) faz a seguinte pergunta: “quais podem ser as âncoras e ligações com as instituições (as de representação de interesse e as propriamente políticas, tais como os partidos e o Congresso) que tecem os relacionamentos entre o estado e a sociedade nas democracias institucionalizadas?” (p. 141) Para o comunitarismo, estas âncoras e ligações surgem a partir de uma “atitude cidadã”, que, todavia, demanda estruturas intermediárias fortes e vigilantes, uma rede de organizações e associações que compartilha valores democráticos, além de cidadãos interessados nestes valores fundamentais.

Ademais, destacamos que uma das grandes controvérsias sobre a criação dos Tribunais Constitucionais é sua legitimidade democrática: como conferir ao Poder Judiciário, que não possui “representatividade política”, a competência de retirar do

ordenamento jurídico legislação que passou pela tramitação do Poder Legislativo? Uma das respostas para o dilema é de Habermas (1997, 2002): o tribunal deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos, através de uma compreensão procedimentalista da Constituição. Trata-se de uma interpretação construtivista das normas e princípios constitucionais. A importância destes Tribunais reside no seu papel como mais um espaço para o debate.

Contudo, os atores do campo jurídico e social não parecem ter vislumbrado no Supremo um espaço para debate, mas sim para demandas específicas, de direitos “particularizados”. Conforme aponta Bourdieu (1989) “As diferentes classes e fracções de classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para imporem a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses, e imporem o campo das tomadas de posições ideológicas reproduzindo em forma transfigurada o campo das posições sociais.” (p. 11)

Esta noção “particularizada” de interesses retoma, também, o debate apresentado no decorrer da tese, o da tensão entre Direito e Política. Trata-se de uma controvérsia que demanda a intersecção entre os conceitos, e não sua separação. Isto porque, conforme destacamos, é a concepção diferenciada do “jurídico” e do “político” que auxilia os atores jurídicos a legitimarem seus posicionamentos “liberais”, quando as atuais percepções de Constituição conduzem a uma construção diferenciada, que privilegia o “político”.

Portanto, vislumbramos uma intensa dinâmica entre os atores analisados que, apesar de se apresentarem como “comunitaristas”, ou “liberais”, retratavam mais a busca por interesses “particularizados”, ou seja, específicos e inerentes aos seus respectivos campos, em especial a necessidade de se legitimarem diante dos demais atores, de obterem reconhecimento e *status* “jurídico”.

CAPÍTULO 8 - REFERÊNCIAS

ALONSO DE ANDRADE, Maria Antónia. Cultura Política e Representações Sociais: considerações metodológicas. **Política e Trabalho** 12, Set 1996.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. **Intelligentsia Jurídica, Direito e Justiça Social no Brasil** – interesses e ideologia na base da Constituição de 1988. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Departamento de Sociologia, agosto 2002.

ARANTES, R. B. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Idesp, 1997.

_____. Jurisdição Política Constitucional. In: SADEK, Maria Tereza (org). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 23-89.

ARAÚJO, António de. **Tribunal Constitucional Português (1989-1996) – um estudo de comportamento judicial**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____; MAGALHÃES, Pedro Coutinho. A justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias? **Análise Social**, v. XXXV, nr. 154-155, 2000, p. 207-246.

BALEEIRO, Aliomar. **O S.T.F, êsse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOZA FILHO, Rubem. Sentimento de Democracia. **Lua Nova**, n. 59, 2003, p. 5-50.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Dez Anos da Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, nº 214, Rio de Janeiro, 1998.

BEIRICH, Heidi Ly. **The role of the Constitutional Tribunal in Spanish Politics (1980-1995)**. Tese defendida Purdue University, EUA, dez 1998.

_____. The Judicialization of Politics: contemporary trends in research on European and other courts. **West European Politics**, v. 22, n. 3, July 1999, p. 250-258.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 142, abr/jun 1999, p. 35-51.

_____. Constituição e Política: uma relação difícil. **Lua Nova**, nr. 61, 2004, p. 5-24.

_____. A Constituição Dirigente a Crise da Teoria da Constituição. In: BERCOVICI, G.; SOUZA NETO, C.P.; MORAES FILHO; J.F.; LIMA, M.M. **Teoria da constituição** – estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 75-150.

BERGER, Peter. On the obsolescence of the concept of honor. In: S. HAUERWAS & A. MACINTIRE (eds) **Revisions: Changing Perspectives in Moral Philosophy**. Indiana: University of Notre Dame Press, 1983, p. 172-181)

BERLIN, Isaiah. Liberdade Política e Pluralismo. In: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 226-272.

BERTEN, André. Republicanismo e motivação política. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 21-36.

BIGNOTTO, Newton. (org) **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

BOMFIM, Edson Rocha. **Supremo Tribunal Federal – Perfil Histórico**. Brasília: INL, 1979.

BOURDIEU, Pierre. **A Economia das Trocas Simbólicas**. Introdução, organização e seleção de Sérgio Miceli. São Paulo: Perspectiva, 1987.

_____ **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

_____ **Coisas Ditas**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). **O Processo histórico de elaboração do texto constitucional: mapas demonstrativos**. Trabalho elaborado por Dílson Emilio Brusco e Ernani Valter Ribeiro. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 1993. 3 v.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Cidadania e res publica: a emergência dos direitos republicanos. **Revista de Filosofia Política – Nova Série**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. V. 1, 1997, p. 99-144.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____ **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis Roberto. **Direitos republicanos, identidades coletivas e esfera pública no Brasil e no Quebec**. Série Antropologia, nr. 304, Universidade de Brasília, Brasília, 2001.

_____ **Entre o justo e o solidário: os dilemas dos direitos de cidadania no Brasil e nos EUA**. Série Antropologia, nr. 185, Universidade de Brasília, Brasília, 1995.

_____ **Direitos humanos e cidadania no Brasil: algumas reflexões preliminares**. Série Antropologia, nr. 122, Universidade de Brasília, Brasília, 1992.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. **A judicialização da política no Brasil**: apontamentos para uma nova abordagem. Trabalho apresentado no 4º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP), Rio de Janeiro, julho 2004.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

_____. **A Construção da ordem: a elite política imperial**. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel político do Poder Judiciário. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nr. 38, p. 289-303.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, nr. 34, junho/1997, p. 147-156.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

_____. **Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia**. Trabalho apresentado no Seminário Temático do XXV Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), Caxambu/MG, outubro 2001.

_____. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: WERNECK, Vianna.(org) **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Habermas e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 211, 1997.

COLUCCI, Viviane. O comunitarismo e as soluções par ao combate ao trabalho infantil. **Revista do Ministério Público do Trabalho**. Ano 1, nr. 1, mar 1991, p. 65-71

DA COSTA, Reginaldo. Discurso, Direito e Democracia em Habermas. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 37-52.

DUARTE, Madalena. Novas e velhas formas de protesto: o potencial emancipatório da lei nas lutas dos movimentos sociais. Disponível em www.ces.fe.uc.pt. Acesso em novembro 2005.

EPP, Charles. **The rights revolution – lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective**. Chicago: the University of Chicago Press, 1998.

ELSTER, Jon. Consequences of constitutional choice: reflections on Tocqueville. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitutionalism and Democracy**. Cambridge: University of Cambridge Press, 1988, p. 81-101.

EISENGER, J. Pragmatismo, Direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, L. W. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 43-61.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 10. ed. São Paulo: Globo (Publifolha), 2000, 2 v.

- FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.
- FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. **Revista USP**. Dossiê Judiciário. São Paulo: USP, n. 21, p. 46-57, mar./abr./maio 1994.
- FARREL, Martín D. Hay derechos comunitários? **DOXA - Cuadernos de Filosofia Del Derecho**. 17-18, 1995, p. 69-94.
- FAVETTI, Rafael Thomaz. **Controle de Constitucionalidade e Política Fiscal**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2003.
- FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. A Comunidade Cívica em Walzer e Putnam. **Lua Nova**, n. 51, 2000, p. 71-96.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**. Dossiê Judiciário. São Paulo: USP, n. 21, p. 12-21, mar./abr./maio 1994.
- FISS, Owen N. The right degree of independence (Part Three – the independence of the Judiciary), In: STOTZKY, Irwin P. **Transition to democracy in Latin America: the role of the Judiciary**. San Francisco: Westview Press, 1993, p. 55-72
- FRANKEL, Marvin E. Concerning the role the judiciary may serve in the proper functioning of a democracy (Part Two – Various roles of the judiciary in the transition to a democratic society) In: STOTZKY, Irwin P. **Transition to democracy in Latin America: the role of the Judiciary**. San Francisco: Westview Press, 1993, p. 23-33
- FREITAG, Barbara. **Itinerários de Antígona: a questão da moralidade**. 3 ed. Campinas: Papirus, 2002.
- GALANTER, Marc. Direito em Abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nr. 36, Fev. 1993, p. 103-145.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GARCÍA-VILLEGAS, Maurício. Law as Hope – Constitutions, Courts and Social Change in Latin America. Disponível em www.ces.fe.uc.pt. Acesso em 1. sem. 2005.
- GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies - Constitutional Courts in Asian Cases**. Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- GOHN, Maria da Glória. **Teorias dos Movimentos Sociais – paradigmas clássicos e contemporâneos**. São Paulo: Loyola, 1997.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- _____ A humanidade como valor básico do Estado Constitucional. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 53-66.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____ **A inclusão do outro – estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

_____ Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 67-82.

HIGLEY, Jon; GUNTHER, Richard. **Elites and democratic consolidation in Latin America and Southern Europe**. New York: Cambridge University Press, 1992.

HONNETH, Axel. Democracia como cooperação reflexiva. John Dewey e a teoria democrática hoje. In: SOUZA, Jessé. **Democracia hoje**: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 63-91.

JOAS, Hans. O comunitarismo: uma perspectiva alemã. In: SOUZA, Jessé. **Democracia hoje**: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 93-110.

KAHN, Paul W. Independence and responsibility in the judicial role (Part Three – the independence of the Judiciary. In: STOTZKY, Irwin P. **Transition to democracy in Latin America: the role of the Judiciary**. San Francisco: Westview Press, 1993, p. 73-87.

KANT DE LIMA, Roberto. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro**: seus dilemas e paradoxos. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____ *et al.* (org). **Ensaio sobre a Igualdade Jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____ **Prevenção e Responsabilidade ou Punição e Culpa?** Disponível em: www.necvu.ifcs.ufrj.br. Acesso em janeiro 2007. Texto nr. 2.

_____ **Direitos Civis e Direitos Humanos no Brasil: uma tradição judiciário pré-republicana?** Disponível em: www.necvu.ifcs.ufrj.br. Acesso em janeiro 2007. Texto nr. 1.

KOERNER, Andrei. O poder Judiciário no sistema político da primeira República. **Revista USP**. Dossiê Judiciário. São Paulo: USP, n. 21, p. 58-69, mar./abr./maio 1994.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: BERCOVICI, G.; SOUZA NETO, C.P.; MORAES FILHO; J.F.; LIMA, M.M. **Teoria da constituição** – estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 199-255.

LINZ, Juan J.& STEPAN, Alfred. **Problems of democratic transition and consolidation – Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. A construção do horizonte jurídico nacional: a “invenção” do Brasil. Disponível em: <http://www.cesblu.br/revista/artigos/IVonePRONTO.pdf>. Acesso em dezembro 2006.

LOIS, Cecilia Caballero. Da União social à comunidade liberal: o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico liberal de Ronald Dworkin. In: LOIS, Cecilia Caballero (org). LEITE, Roberto Basile (col). **Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo**. São Paulo: Landy, 2005, p. 23-49.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. **Revista USP**. Dossiê Judiciário. São Paulo: USP, n. 21, p. 22-33, mar./abr./maio 1994.

_____ Brazilian Courts and Social Rights – a case study. Paper preparado para o encontro do Latin American Studies Association, Guadalajara, Mexico, abril 1997.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. **Lua Nova** n 57, 2002, p. 113-133.

MACINTYRE, Alasdair. **After virtue: a study in Moral Theory**. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame, 1984.

MAGALHÃES, Pedro C. **The limits to judicialization: legislative politics and constitutional review in the Iberian democracies**. Tese de doutorado. Programa de Ciência Política. Ohio State University, EUA, 2003.

_____ Pedro C. Democratização e independência judicial em Portugal. **Análise Social**, v. XXX (130), 1995, p. 51-90.

MAINWARING, Scott, O'DONNELL, Guillermo, VALENZUELA, Samuel. **Issues in democratic consolidation: the new South American democracies in comparative perspective**. 1992. Notre Dame: University of Notre Dame Press.

MARANHÃO, Tatiana A. **Quando o Supremo Tribunal Federal discorda do presidente da república (1988-2001)**. Dissertação de Mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, Departamento de Ciência Política, Brasília, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira*. Disponível em: www.buscalegis.ccj.ufsc.br Acesso julho 2001.

MATTOS, Patrícia Castro. **Direito e Política: as visões de Weber e Habermas**. Dissertação de Mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, Departamento de Sociologia, 2000.

MATTOS, Patrícia Castro. **A Sociologia Política do Reconhecimento**: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. Tese de Doutorado. Brasília: Universidade de Brasília (Departamento de Sociologia).

MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade orfã. **Novos Estudos Cebrap**, n. 58, 2000, p. 183-202.

MELO, André Luís Alves de. A judicialização do Estado Brasileiro, um caminho antidemocrático e monopolista. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001, Disponível em www.jus.com.br. Acesso em fev 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____ **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 1996.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais:** garantia suprema da constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORTON, F.L. **Who guards the guardians?** Institutional checks on the power of judicial review: Canada in a comparative perspective. Paper apresentado no Canadian Institute for the Administration of Justice 1999 Annual Meeting, Quebec City, Quebec. Out 13-16, 1999.

NEVES, MARCELO. **A Constitucionalização simbólica.** São Paulo: Acadêmica, 1994.

O'DONNELL, G. Sobre o Estado, a democratização e alguns problemas conceituais: uma visão latino-americana com uma rápida olhada em alguns países pós-comunistas. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 36, jul 1993, p. 123-145.

_____ Accountability Horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, n. 44, 1998, p. 27-54.

OLIVEIRA, Isabel Ribeiro de. Notas sobre dois livros de MacIntyre. **Lua Nova**, n. 64, 2005, p. 117-128.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de Informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987:** quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e Privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, 2005, p. 559-587.

_____ ; CARVALHO, Ernani. **A judicialização da política:** um tema em aberto. Paper apresentado no Grupo de Trabalho Controles Democráticos e Cidadania, Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais - ANPOCS, Caxambu, 2002.

OLSEN, Teresa Cristina Tschepokaitis. Uma introdução ao debate acerca da fundamentação dos direitos humanos: liberalismo versus comunitarismo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, 9, nr. 24, jan/jun 2004, p. 112-136

PEDROSO, J, TRINCÃO, C. DIAS, J.P. **Por Caminhos da(s) Reforma (s) da Justiça.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PRZEWORSKI, Adam. Democracy as a contingent outcome of conflicts. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitutionalism and Democracy.** Cambridge: University of Cambridge Press, 1988, p. 59-80.

QUEIROZ, Cristina. **Os actos políticos no Estado de Direito – o problema do controle jurídico do poder.** Coimbra: Almedina, 1990.

_____ **Interpretação Constitucional e Poder Judicial** – sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a 36, n. 143, jul/set 1999, p. 313-320.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____ **O Liberalismo Político**. São Paulo: Ática, 2000.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____ **O papel político do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica constitucional**: considerações a partir da teoria, da cultura institucional e da jurisprudência. Disponível em: Jus Navigandi www.1.jus.com.br/doutrina/texto Acesso em 05/07/2004.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. 2 v.

SANTOS, Roberto A.O. Corte Constitucional (a crise do Supremo Tribunal Federal - uma proposta). **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 82, abr/jun 1987, p. 115-126.

SCHMIDT, Ernani Santos. **Pensamento comunitário contemporâneo**: expressões para um referencial teórico no estudo do direito. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Ernani%20Santos%20Schmidt.pdf>. Acesso em janeiro 2007.

SCHWARTZ, Herman. **The struggle for Constitutional Justice in post-communist Europe**. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil Colonial** – A Suprema Corte da Bahia e seus Juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SCHWARTZMAN, Simon. Da responsabilidade pública dos governantes: paradoxos e perspectivas. **Dados**, Rio de Janeiro, n. 12, 1976, p. 5-21.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Uma filosofia do direito procedimental. **Revista Tempo Brasileiro** (Jürgen Habermas: 70 anos), jul.-set., n. 138, 1999, Rio de Janeiro, p. 153-172.

SHAPIRO, Martin; STONE, Alec Sweet. The new constitutional politics of Europe. **Comparative Political Studies**, v. 26, nr. 4, jan 1994, p. 397-420.

SOARES, Guilherme. Neutralidade e comunidade no diálogo liberal: em torno do pensamento filosófico-político de Bruce Ackerman. In: LOIS, Cecilia Caballero (org). LEITE, Roberto Basilone

(col). **Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo** São Paulo: Landy, 2005, p. 51-85.

SOUSA, Marcelo Alvares de. **Cidadania, igualdade e solidariedade: e o Brasil com isso?** Dissertação de Mestrado, Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, março 1999

SOUZA, Márcia Teixeira de. O processo decisório na Constituição de 1988: práticas institucionais. **Lua Nova**, n. 58, 2003, p. 37-60.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **A crítica da razão indolente**. v. 1. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **O Discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

_____. Introdução à sociologia da administração do direito. In: FARIA, J.E. (org). **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

_____. ; MARQUES, M.M.L.; PEDROSO, J.; FERREIRA, P.L.. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas – o caso português**. Porto: Afrontamento, 1996.

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. Para ampliar o cânone democrático. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (org) **Democratizar a Democracia – os caminhos da democracia participativa**. V. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-82.

_____. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 65, Maio 2003: 3-76, Coimbra.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. **O Papel Constitucional do Supremo Tribunal Federal: um estudo sobre a vinculação das suas decisões**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In: BERCOVICI, G.; SOUZA NETO, C.P.; MORAES FILHO; J.F.; LIMA, M.M. **Teoria da constituição** – estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 1-73.

SUSTEIN, Cass R. The negative constitution: transition in Latin América. In: STOTZKY, Irwin. **Transition to Democracy in Latin America – the role of the Judiciary**. Colorado: Westview Press, 1993, p. 367-382.

SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges – Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TAVARES, Ana Lucia de Lima. A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 28, n. 109, já./mar. 1991, p. 71-108.

TAVARES, Quintino Lopes Castro. Multiculturalismo. In: LOIS, Cecilia Caballero (org). LEITE, Roberto Basilone (col). **Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo**. São Paulo: Landy, 2005, p. 89-123.

TATE, N.; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

TEIXEIRA, Ariosto. **A Judicialização da Política no Brasil (1990-1996)**. Dissertação de Mestrado, Departamento de Ciência Política, Universidade de Brasília, dezembro 1997.

TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. Igualdade à Brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil. In: KANT DE LIMA, Roberto, et all (org). **Ensaio sobre a Igualdade Jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 1-33.

TOCQUEVILLE, A. de. **A Democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, 2 v.

TRIGUEIRO, Oswaldo. **O Supremo Tribunal no Império e na República**. Brasília, 11 set. 1978.

UPRIMNY, Rodrigo; GARCIA-VILLEGAS, Mauricio. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (org) **Democratizar a Democracia – os caminhos da democracia participativa**. V. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 297-339.

VALLINDER, T. The judicialization of politics – a world-wide phenomenon: introduction. **International Political Science Review**, 15, 2, 1994, 91-99.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____ (org) **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____ Americanistas e Iberistas: a polêmica de Oliveira Vianna com Tavares Bastos. **DADOS**, v. 34, n. 2, 1991, p. 145- 189.

_____ **A Revolução Passiva: Iberismo e Americanismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____ Poder Judiciário, “Positivção do Direito Natural” e Política. **Estudos Históricos**, Riode Janeiro, n. 18, 1996.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____ Império da lei ou da corte? **Revista USP**. Dossiê Judiciário. São Paulo: USP, n. 21, p. 70-77, mar./abr./maio 1994.

VOLCANSEK, Mary L. **Constitutional Politics in Italy** – The Constitutional Court. New York: St. Martin's Press, 2000.

XIMENES, Julia Maurmann. **A crise do Supremo Tribunal Federal** – uma abordagem axiológica. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade Metodista de Piracicaba, 2001.

_____. Uma Nova Concepção de Justiça no Brasil – análise sobre a Teoria de Rawls e de Höffe. **Revista Escola de Direito**. Pelotas: EDUCAT, v. 1, n. 1, p. 109-121, jan./dez. 2000.

WALZER, Michael. The communitarian critique of liberalism. **Political Theory**, v. 18, n. 1, feb., 1990.

_____. **Esferas da Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Brasília: Unb, 1991, v. 1 e 2.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário – Crise, Acertos e Desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DEMAIS DOCUMENTOS

- Diário da Assembléia Nacional Constituinte/Suplementos – Atas das Reuniões das Comissões e Subcomissões Temáticas – Câmara dos Deputados.
- Anteprojeto de Constituição “Afonso Arinos”
- Projetos de Constituição (Quadro Comparativo), Primeira Vice-Presidência do Senado Federal, Senador José Ignácio Ferreira.
- Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. Disponível em www.stf.gov.br

ANEXO I - O PROCESSO CONSTITUINTE

ETAPAS	FASES
1. Preliminar	Definição do Regimento Interno da ANC Sugestões: cidadãos, constituintes e entidades
2. Subcomissões Temáticas	A: Anteprojeto do Relator B: Emenda ao Anteprojeto do Relator C: Anteprojeto da Subcomissão
3. Comissões Temáticas	E: Emenda ao Anteprojeto da Subcomissão, na Comissão F: Substitutivo do Relator G: Emenda ao Substitutivo H: Anteprojeto da Comissão
4. Comissão de Sistematização	I: Anteprojeto de Constituição J: Emenda Mérito ao Anteprojeto K: Emenda Adequação ao Anteprojeto L: Projeto de Constituição M: Emenda de Plenário e Populares N: Substitutivo 1 do Relator O: Emenda ao Substitutivo 1 P: Substitutivo 2 do Relator
5. Plenário	Q: Projeto A R: Ato das Disposições Transitórias S: Emenda de Plenário T: Projeto B U: Emenda ao Projeto B V: Projeto C
6. Comissão de Redação	W: Proposta exclusivamente de redação X: Projeto D – redação final
7. Epílogo	Y: Promulgação

Fonte: adaptação OLIVEIRA, 1993, p. 11/12

ANEXO II - QUADRO COMPARATIVO DOS PROJETOS DE CONSTITUIÇÃO

CONSTITUIÇÃO DE 1988 (redação final)	PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETOS APROVADOS NAS COMISSÕES TEMÁTICAS	PROJETOS APROVADOS NAS SUBCOMISSÕES
Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.	Art. 125. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.	Art. 120 – O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze ministros, escolhidos dentre brasileiros natos, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.	Art. 147 - O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze ministros, escolhidos dentre brasileiros natos, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.	Art. 100 – O Supremo Tribunal Federal compõe-se de dezesseis Ministros, escolhidos dentre brasileiros, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.	Art. 14 - O Supremo Tribunal Federal compõe-se de dezesseis Ministros, nomeados pelo Presidente da República, sendo onze vitalícios e oito com mandato de doze anos, todos bacharéis em direito, há pelos menos vinte anos, de notório saber jurídico e reputação ilibada.
Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:	Art. 127. São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade:	Art. 122. São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade:	Art. 149. São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade:	Art. 103. São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade:	
I - o Presidente da República;	I – o Presidente da República;	I – o Presidente da República;	I – o Presidente da República;	I – o Presidente da República;	
II - a Mesa do Senado Federal;	II – o Primeiro-Ministro;	II – o Primeiro-Ministro;	II – o Primeiro-Ministro;	II – o Primeiro-Ministro;	
III - a Mesa da	III – a Mesa do Senado	III – a Mesa do Senado	III – a Mesa do Senado	III – a Mesa do	

Câmara dos Deputados;	Federal;	da República;	da República;	Senado da República;	
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;	IV - a Mesa da Câmara dos Deputados;	IV - a Mesa da Câmara Federal;	IV - a Mesa da Câmara Federal;	IV - a Mesa da Câmara Federal;	
V - o Governador de Estado;	V - a Mesa da Assembléia Legislativa;	V - a Mesa das Assembléias Estaduais;	V - a Mesa das Assembléias Estaduais;	V - a Mesa das Assembléias Estaduais;	
VI - o Procurador-Geral da República;	VI - o Governador de Estado;	VI - os Governadores de Estado;	VI - os Governadores de Estado;	VI - os Governadores de Estado;	
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;	VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;	VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;	VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;	VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;	
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;	VIII - partido político com representação no Congresso Nacional	VIII - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional;	VIII - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional;	VIII - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional;	
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.	IX - o Procurador-Geral da República e o Procurador-Geral da Justiça nos Estados e no Distrito Federal	IX - o Procurador-Geral da República e o Procurador-Geral da Justiça nos Estados e no Distrito Federal	IX - o Procurador-Geral da República, o Defensor do Povo e o Procurador-Geral da Justiça nos Estados e no Distrito Federal	IX - o Procurador-Geral da República;	
	X - confederação sindical	X - as Confederações Sindicais	X - as Confederações Sindicais	X - as Confederações Sindicais	

Fonte: adaptação Quadro Comparativo do Senado José Ignácio Ferreira (Primeira Vice-Presidência do Senado Federal)

ANEXO III – CATEGORIAS DE ANÁLISE DOS PEDIDOS PROPOSTOS POR CONFEDERAÇÕES SINDICAIS E ENTIDADES DE CLASSE

TIPO DE INTERESSE	CONTRA QUEM É DIRIGIDO	OBJETO DETERMINANTE	CONFEDERAÇÃO E ENTIDADE DE CLASSE
Interesse determinável	Contra o Estado	Organização da Justiça	Conselho Estadual de Justiça; provimento de cargos do Judiciário; isonomia vencimentos da magistratura; regras para provimento de cargo de desembargador; dispensa intermediário para reclamar perante Justiça do Trabalho; composição do Tribunal Militar do Estado; competência do TJ em matéria administrativa; novos limites de depósitos prévios a recursos trabalhistas; alteração artigos 102 e 103 da CF; transforma empregados do regime CLT em servidores públicos do Judiciário; exercício de atividades de escrivão; condiciona admissão de ações judiciais; honorários de sucumbência em causas em que for parte o empregador; prerrogativas dos membros do MP; Promotoria de Investigação Penal; funções do MP; recolhimento do valor dos emolumentos de atos notariais à Caixa de Assistência dos Advogados da Paraíba
		Política Tributária	ICMS; Contribuição Social; Imposto de Renda; Contribuição sobre lucro de pessoas jurídicas; contribuição social sobre lucro das pessoas jurídicas destinadas ao financiamento da seguridade social; FINSOCIAL; quitação de créditos tributários exigíveis; imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, títulos e valores mobiliários; IOF; percentual de contribuição destinada à Previdência Social que deve incidir sobre a folha de salários; saques FGTS; contribuintes auditores independentes; pagamento de prestações previdenciárias; contratos de financiamento por meio do SFH; IPMF; contribuição à seguridade social por empresas; isenção produtor rural de pagamento em casos de dívida
		Administração Pública	Prazo para entrega de dotações orçamentárias; contratação de professores pela Secretaria do Estado; critérios para rescisão de contratos de trabalho de órgãos da Administração direta e indireta; inclui Coordenação Geral das Perícias entre órgãos da segurança pública do Estado; transferência de cargos (consultor jurídico) sem concurso público; isonomia entre carreiras; reclassificação de cargos; artigos relacionados a servidores públicos; extinção e dissolução de entidades da administração pública federal; Estatuto da Polícia Civil; enquadramento servidores; criação de cargo de advogado; conselheiro do Tribunal de Contas do Estado; regras para nomeação de superintendente da polícia civil do estado; lei licitação e contratos; pensão especial para ex-combatentes; cessão de passagem para policiais militares; depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública; CADE em autarquia; criação do CADIN (1155); Polícia técnica-científica; Custeio da Educação, disciplina do PIS
		Política Macroeconômica	Plano Cruzado e congelamento de preços
	Sem “requerido” específico (podendo ser o Estado ou não)	Direitos e Liberdades Civis	
		Relações de Trabalho e regulamentação de profissões	negociação coletiva, poder dos sindicatos, direito de greve (uma única ação), relativização da garantia e proteção de salário; transporte de trabalhadores urbanos e rurais deverá ser feito por ônibus; manutenção do contrato de trabalho por 12 meses após cessão do auxílio-doença; um funcionário por máquina registradora para acondicionamento de compras (??); profissão de nutricionista
		Competição Política	Processo Eleitoral

		Regulação, controle e fiscalização de bens e serviços	Atualização monetária de contratos de financiamento imobiliário; alienação das ações representativas da União no capital de empresas; pedágio em rodovias federais; concurso para cartórios extrajudiciais; dispensa de pagamento de correção monetária prevista em negócios financiamentos para mini e pequenos empresários; cronograma de fluxo de recursos entre dois bancos estaduais; desvinculação da Administração Pública Federal o CEBRAE; crédito de reajuste das mensalidades escolares; cadastramento de produtos agrícolas perante Secretaria Estadual antes de comercialização; medidas de segurança nos estacionamentos destinados a veículos automotores; controle de agrotóxicos e biocidas; instalação de cinto de segurança em transporte coletivo; adaptação transporte coletivo a portadores de deficiência; lei inquilinato; Educação Moral e Cívica como obrigatória nas escolas; exploração dos portos; responsabilidade civil objetiva das seguradoras; pagamento de mensalidade escolar; conversão de mensalidades escolares em URV; pessoas jurídicas de produção agro-industrial; permissão para venda de medicamentos em supermercados; utilização de fogo como forma de limpeza e preparo do solo no Estado; pesagem de botijões de gás
		Política Salarial	Equiparação de vencimentos (auditores e conselheiros); vinculação de vencimentos de várias carreiras; isonomia de remuneração; antecipação de vencimentos de planos Polícia Civil; reajuste salarial para determinadas categorias em detrimento das demais; alteração de vencimentos funcionários civis e militares da União; vedação de acumulação remunerada de cargos públicos (probidade??); disponibilidade de servidores públicos com vencimentos proporcionais; pagamento de abono salarial; limitação de teto para vencimentos; lei isonomia servidores civis e militares; vencimento básico para empresas públicos e sociedades de economia mista; Redução de salários, correção da remuneração do mês pelo IPC medido; Remuneração Ministros STF e isonomia com demais servidores públicos; vinculação subsídios dos magistrados estaduais; vencimento básico desembargadores e equiparação com deputados estaduais; regras para vencimentos de juízes de Direito; correção dos vencimentos superiores aos demais servidores públicos estaduais; vencimentos e vantagens pecuniárias dos magistrados
Interesse Indeterminável	Contra o Estado	Normas Programáticas	Isenção de tarifas em transporte coletivo para deficientes, policiais, idosos e estudantes; reforma psiquiátrica
		Probidade administrativa	Criação de Instituto Previdência Congressistas; criação de fundo estatal de Previdência Parlamentar; criação de direito à aposentadoria para serventias judiciais e extrajudiciais
		Novas Regras e Instituições	Concessão e efeitos de medidas cautelares
	Sem requerido específico	Direitos Difusos e Coletivos	Proibição de corte e exploração de vegetação nativa da Mata Atlântica; definição da vegetação considerada de preservação permanente.

**ANEXO IV - CATEGORIAS DE ANÁLISE DOS PEDIDOS PROPOSTOS PELO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL**

TIPO DE INTERESSE	CONTRA QUEM É DIRIGIDO	OBJETO DETERMINANTE	CONSELHO FEDERAL DA OAB PEDIDOS
Interesse determinável	Contra o Estado	Organização da Justiça	Tribunais especiais e pequenas causas; cobrança de taxa judiciária; criação de juizados especiais de causas cíveis; composição do Tribunal de Alçada; critério para promoção ao cargo de desembargador; determinação de custas; acesso ao cargo de desembargador; conflito entre TST e TRT
		Política Tributária	IPMF
		Administração Pública	Enquadramento no regime jurídico único servidores sem concurso depois da CF 88; investidura no cargo da Advocacia Pública do Estado por concurso público; transposição de cargos públicos; contratos com a Administração Pública
		Política Macroeconômica	Precatórios em pagamento de obrigações de natureza alimentícia a cargo da Fazenda Pública
	Sem “requerido” específico (podendo ser o Estado ou não)	Direitos e Liberdades Cíveis	Intimação mediante publicação dos atos no órgão oficial
		Relações de Trabalho e regulamentação de profissões	
		Competição Política	Eleição de vice-governador quando vago pela Assembléia
		Regulação, controle e fiscalização de bens e serviços	Crédito de natureza alimentícia – direito de preferência dos credores
		Política Salarial	Salário efetivo
	Interesse Indeterminável	Contra o Estado	Normas Programáticas
Proibidade administrativa			
Novas Regras e Instituições			Proibição de concessão de medidas cautelares em mandado de segurança e ação civil pública; atuação do Ministério Público no campo de interesses dos incapazes e ausentes; atuação do Ministério Público como custus legis; prisão temporária; cobrança de taxa judiciária
	Sem requerido específico	Direitos Difusos e Coletivos	