A Justiça Constitucional – Algumas Ponderações Jurídicas e Políticas

JULIA MAURMANN XIMENES

Advogada, Doutora em Sociologia Política pela Universidade de Brasília, Professora do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

DOI: 10.11117/22361766.23.01.02

RESUMO: O presente artigo busca refletir sobre as possibilidades de um caráter emancipatório do controle de constitucionalidade concentrado exercido pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como paradigma os movimentos comunitarista e do “retorno ao Direito”.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade concentrado; Supremo Tribunal Federal; judicialização da política; cidadania emancipatória.

ABSTRACT: The article aims a reflection about the possibilities for an emancipative approach of the constitutional abstract review done by the Federal Supreme Court, using the communitarian and the “law’s return” movements as paradigm.

KEYWORDS: Constitutional abstract review; Federal Supreme Court; judicialization of politics; emancipative citizenship.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Cidadania e justiça constitucional; 1.1 Esfera constitucional; 1.2 Esfera “cidadã”; Considerações finais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O papel sociopolítico 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”. Essa 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.

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 os 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. Trata-se de uma perspectiva do movimento do “retorno ao Direito”: 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).

Essa retomada surge a partir da necessidade de se buscar a significação de pluralismo nas sociedades democráticas contemporâneas. O resgate ético do Direito é traduzido pela 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).

Diante desse novo paradigma, é possível vislumbrar, na Europa, um forte apelo ao controle de constitucionalidade concentrado em uma única Corte nas últimas décadas do século XX. Esse 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 de um fenômeno conhecido por “judicialização da política”.

O presente artigo visa descortinar algumas reflexões acerca desta tensão entre Direito e Política a partir de duas esferas de análise: a constitucional e a cidadã. Estas esferas foram escolhidas a partir da citada abordagem sobre o papel dos Tribunais Constitucionais e do controle de constitucionalidade concentrado: última instância para proteção do conteúdo constitucional e, assim, dos direitos fundamentais, o que implica uma relação mais próxima entre Constituição e cidadania.

As esferas de análise podem ser explicitadas da seguinte forma:

- a) a esfera constitucional, a partir de categorias teóricas relacionadas ao constitucionalismo contemporâneo; e

- b) a esfera “cidadã”, na linha de um maior “ativismo” e mobilização dos cidadãos.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal não se configurar de forma pura no conceito de Tribunal Constitucional, este artigo tem como contexto os debates sobre o papel do STF no ambiente sociopolítico brasileiro com o advento dos vinte anos da Constituição de 1988. Trata-se de refletir sobre o novo papel atribuído ao Supremo como guardião de uma Constituição conhecida como “cidadã”.

1 CIDADANIA E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

1.1 ESFERA CONSTITUCIONAL

No âmbito das análises sobre a relação entre Direito e Política, surgiu um debate que influenciou alguns textos constitucionais, inclusive o brasileiro: a controvérsia liberal-comunitarista.

O ponto convergente entre os teóricos sobre os fundamentos de cunho filosófico e político para alguns princípios constitucionais, como J. Rawls (1997, 2000), Michael Walzer (1990, 2003), Charles Taylor (2000) e 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).

Essas discussões retomam, ainda, a controvérsia entre a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos”¹: 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). Esses dois marcos têm balizado o debate sobre a legitimidade constitucional.

Ademais, paralelamente aos debates mencionados acima, sobre o conceito de comunidade e suas decorrências entre liberais e republicanos, incor-

1 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.

poraram-se novos temas, em especial sobre as práticas jurídico-constitucionais como interpretação constitucional, controle de constitucionalidade, sistema de direitos, direitos humanos, entre outros.

O pano de fundo da presente problemática é a distinção entre os 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* influenciou 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 apregoada 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 favorecidos².

Arelada a esta segunda abordagem podemos enquadrar o que Maurício García-Villegas (2005) chama de *aspirational constitutionalism*³. O autor busca construir uma concepção que relaciona as instituições e os atores sociais no desenho constitucional na América Latina. As características dessa percepção político-social do texto constitucional podem ser definidas a partir de quatro características sociolegais:

- 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* têm os objetivos maximizados, traduzidos nos direitos positivos e nos princípios. Conseqüentemente, ela promove um ativismo judicial e uma politização da prática judicial;
- 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;

2 Para fins da presente análise, atrelamos ao referencial comunitarista tanto os direitos sociais quanto os direitos republicanos (Bresser Pereira, 1997).

3 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 nosso ver, não corresponde bem ao significado.

- d) por fim, uma última característica que, na verdade, demonstra o grande paradoxo do *aspirational constitutionalism*: ao mesmo tempo em que seu texto maximiza os objetivos, existe um grande fosso entre os objetivos normativos e as realidades sociais.

O autor aponta, ainda, os benefícios⁴ 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 sociopolítico 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 à de Constituição Dirigente (Canotilho, 2001).

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.

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 do 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 those rule of law, and differentiate themselves from other politicians.” (Thorson, 2004, p. 189)

Portanto, atrelar transformações sociais ao Direito implica desviar o olhar de inúmeros fatores não-jurídicos relacionados à relação entre Estado e socieda-

4 São eles: manter viva uma consciência de transformação social, evitar a redução do texto constitucional a normas programáticas simbólicas e criar uma forte e simbólica conexão entre o texto constitucional e movimentos populares que encontrem na Constituição amparo para reivindicar direitos.

de, entre democracia e Direito. O dilema das funções sociopolíticas da Justiça Constitucional se insere neste paradoxo:

“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 distributiva⁵, a parte contrária (o réu nos processos judiciais) pode se apresentar como determinado (o Estado, uma agência governamental, uma federação de padrões, uma empresa ou pessoa jurídica privada), mas o que está em jogo é muitas vezes algo que “diz respeito à organização social, eventualmente concretizada num litígio determinado” (Lopes, 1994, p. 27-8)⁶.

“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)

Desta feita, 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

5 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 têm 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).

6 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).

que surge é: o Poder Judiciário está preparado para interferir em programas de reforma social?

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 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).

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 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, adotando 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 I – 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

Características/sistema	Político	Judicial
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.

Portanto, 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.

1.2 ESFERA “CIDADÃ”

Isto posto, 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 à litigação, apregoa-se uma

“crise” da Justiça. Mas essa 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 essas ressalvas. O Supremo atualmente atua muito mais no controle de constitucionalidade difuso, por intermédio do recurso extraordinário, do que no controle de constitucionalidade concentrado⁷. 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.

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).

7 Apenas para ilustrar esta afirmação, em 2007, a relação RE/processos distribuídos foi de 44%.

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 Tribunal⁸. 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”*⁹ (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 haverá 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 improviso e a política não têm a ver com o direito” (Galanter, 1993, p. 120).

Não queremos adentrar na 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 desse 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 têm 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).

Essa percepção é contrária à “atitude” defendida pelo movimento comunitarista na Constituição de 1988, sob influência dos constitucionalistas

8 *“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)

9 *“Partidos de oposição, advogados, grupos de cidadãos, e outros, podem visualizar nas demandas por direitos um importante meio de transformação social.”* (traduzimos)

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 esse 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, à 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 da relação entre Constituição e Democracia: a 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 essa 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 deles¹⁰. 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)

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 lutas 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”¹¹.

10 *“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.”* (Garretón, 1996)

11 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.

“[...] 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)

Esta conotação é primordial para nossa reflexão. 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 encontram 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, essa 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)¹².

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).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das duas esferas analisadas, podemos conceder uma nova interpretação ao papel exercido por Tribunais Constitucionais. A tensão entre Direi-

12 Um exemplo recente foi o julgamento da ADIn 3.510, que questiona a Lei de Biossegurança. Além da mobilização de movimentos sociais importantes do cenário nacional, o debate adentrou questões importantes no tocante ao direito à vida.

to 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, mas, 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).

Nosso objetivo foi transcorrer uma reflexão sobre as possibilidades reais deste caráter emancipatório no âmbito do controle de constitucionalidade, destacando, inclusive, que, no caso brasileiro, o controle de constitucionalidade concentrado¹³ exercido pelo Supremo poderia conter esta finalidade. Trata-se de enfatizar a função precípua de “guarda da Constituição”, consoante o disposto no art. 102, *caput*, da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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. 35, n. 154-155, p. 207-246, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

_____. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, n. 61, p. 5-24, 2004.

_____. A constituição dirigente a crise da teoria da constituição. In: BERCOVICI, G. et al. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

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.

BERLIN, Isaiah. Liberdade política e pluralismo. In: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

13 Alguns autores apontam uma “crise de identidade” no caso brasileiro, alegando que o Supremo 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).

- BERTEN, André. Republicanismo e motivação política. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Cidadania e *res publica*: a emergência dos direitos republicanos. *Revista de Filosofia Política*: Nova Série, Porto Alegre, v. 1, p. 99-144, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.
- _____. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.
- 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, jul. 2004.
- CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel político do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 38, p. 289-303.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça*: a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989.
- _____. Os desafios do Judiciário. *Revista USP*. Dossiê Judiciário. São Paulo, n. 21, p. 46-57, mar./maio 1994.
- GALANTER, Marc. Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 36, p. 103-145, fev. 1993.
- GARCÍA-VILLEGAS, Maurício. Law as hope: constitutions, courts and social change in Latin America. Disponível em: <www.ces.fe.uc.pt/>. Acesso em: 1º sem. 2005.
- GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies*: constitutional courts in Asian cases. Cambridge: Cambridge University Press, 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: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2. v.

KOERNER, Andrei. O poder judiciário no sistema político da primeira República. *Revista USP*, Dossiê Judiciário. São Paulo, n. 21, p. 58-69, mar./maio 1994.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: BERCOVICI, G. et al. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MAGALHÃES, Pedro C. The limits to judicialization: legislative politics and constitutional review in the Iberian democracies. Tese de doutorado. Programa de Ciência Política. EUA: Ohio State University, 2003.

_____. Pedro C. Democratização e independência judicial em Portugal. *Análise Social*, v. 30, n. 130, p. 51-90, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SCHMIDT, Ernani Santos. Pensamento comunitário contemporâneo: expressões para um referencial teórico no estudo do direito. Disponível em: <www.conpedi.org/ma-naus/arquivos/Anais/Ernani%20Santos%20Schmidt.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2007.

SCHWARTZ, Herman. *The struggle for constitutional justice in post-communist Europe*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

SHAPIRO, Martin; STONE, Alec Sweet. The new constitutional politics of Europe. *Comparative Political Studies*, v. 26, n. 4, p. 397-420, jan. 1994.

SOARES, Guilherme. Neutralidade e comunidade no diálogo liberal: em torno do pensamento filosófico-político de Bruce Ackerman. In: LOIS, Cecília Caballero (Org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo*. São Paulo: Landy, 2005.

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: Loyola, 2000.

TEIXEIRA, Ariosto. A judicialização da política no Brasil (1990-1996). Dissertação de Mestrado. Departamento de Ciência Política, Universidade de Brasília, dez. 1997.

VALLINDER, T. The judicialization of politics: a world-wide phenomenon: introduction. *International Political Science Review*, v. 15, n. 2, 91-99, 1994.

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.

WALZER, Michael. The communitarian critique of liberalism. *Political theory*, v. 18, n. 1, feb. 1990.

Ação Popular

BERNARDO PIMENTEL SOUZA

Professor de Direito Empresarial, Direito Constitucional e Direito Processual Civil do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa, Professor de Direito Processual Civil da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, Professor de Direito Processual Civil do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP, Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (1998-2006), Professor de Direito Processual Civil e de Direito Constitucional do Instituto de Ensino Superior de Brasília – IESB (2003-2006), Assessor de Ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (1995-1999), Curador Especial no Superior Tribunal de Justiça (2005-2006).

RESUMO: O presente artigo visa a discutir os aspectos processuais da ação popular, especificamente acerca das especificidades de seu objeto e dos legitimados ativa e passivamente para a demanda constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Ação popular; aspectos processuais.

ABSTRACT: This article aims to discuss the processual aspects of the *ação popular*, specially its object and the ones who are legitimated to act.

KEYWORDS: Ação popular; processual aspects.

SUMÁRIO: 1 Preceito constitucional de regência; 2 Conceito de ação popular; 3 Patrimônio público; 4 Ato lesivo; 5 Ato administrativo; 6 Atos comissivos e omissivos; 7 Escopo da ação popular: defesa da coletividade; 8 Natureza jurídica da ação popular; 9 Ação popular e ação de mandado de segurança; 10 Ação popular e ação civil pública; 11 Ação popular corretiva e preventiva; 12 Legitimidade ativa: qualquer cidadão; 13 Litisconsórcio e assistência; 14 Prazo: cinco anos; 15 Legitimidade passiva; 16 Competência: juízo de primeiro grau; 17 Procedimento: ordinário, com adaptações; 18 Petição inicial; 19 Suspensão liminar do ato lesivo impugnado: possibilidade; 20 Contestação; 21 Reconvenção; 22 Ministério Público; 23 Possibilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade; 24 Sentença de procedência; 25 Sentença de carência da ação popular e reexame necessário; 26 Sentença de improcedência, reexame necessário e deficiência probatória; 27 Custas judiciais e ônus da sucumbência: regra da isenção; 28 Execução popular.

1 PRECEITO CONSTITUCIONAL DE REGÊNCIA

A ação popular está consagrada no art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988. Além das linhas mestras consagradas no preceito constitucio-