

PROPOSTA DE REVISÃO OFENSIVA DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE ENTIDADE DE CLASSE

Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch¹

RESUMO

O presente ensaio propõe a revisão *ofensiva* do conceito de entidade de classe empregado pelo Supremo Tribunal Federal para definir o alcance do disposto no inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal. Será demonstrado, a partir da teoria procedimental do direito e da democracia desenvolvida por Jürgen Habermas, que a inserção, pelo Supremo Tribunal Federal, do requisito da profissionalidade no âmago do conceito de entidade de classe restringe indevidamente o alcance do debate realizado no âmbito do controle abstrato de normas e representa a inversão do principal requisito de qualificação de entidades representativas da sociedade civil como verdadeiramente isentas.

ABSTRACT

The present study intends to offensively review the concept of entity class used by Brazilian Supreme Court to define the reach of the article 103, IX, of the Brazilian Federal Constitution.

Palavras-chave

Jurisdição constitucional; Controle abstrato de normas; Entidade de classe; Teoria procedimental do direito e da democracia.

Keyword

Constitutional jurisdiction; Judicial review; entity class; Procedural theory of law and democracy.

¹ Mestrando em Direito, Estado e Constituição na Universidade de Brasília – UnB.

Sumário: 1. Considerações Preliminares; 2. Análise crítica da jurisprudência que exige caráter profissional ou econômico das entidades de classe; 2.1. Necessidade de uma jurisprudência ofensiva; 2.2. Negação do real conceito de sociedade civil; 3. Considerações Finais; 4. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações diretas de controle abstrato de constitucionalidade de normas foi o caminho escolhido pelo legislador constituinte para superar a intensa problemática política e jurisprudencial ocasionada pelo monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República na Constituição de 1967/69², cujo ápice se verificou no julgamento da Reclamação n. 849/DF pelo Supremo Tribunal Federal³.

O aumento do número de outorgados e, principalmente, dos instrumentos aptos a submeter diretamente as questões constitucionais ao Supremo Tribunal Federal significou uma inversão do privilégio anteriormente conferido ao controle difuso no curso de toda a história constitucional brasileira. Grande parte das modificações processuais e de competência trazidas pela Constituição Federal de 1988 consubstanciou o resultado da preocupação do constituinte não apenas com a modernização da prestação jurisdicional, mas, em especial, com a valorização do papel do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da ordem constitucional. O recurso extraordinário, que representava, até então, ao mesmo tempo, o instrumento processual mais importante da competência do Supremo Tribunal Federal e o principal responsável pela crise numérica do sistema difuso⁴,

² MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1077.

³ “Reclamação. Desprezada a preliminar do seu não conhecimento, por maioria de votos deu-se, no mérito, pela sua improcedência, ainda por maioria, visto caber ao Dr. Procurador-Geral da República a iniciativa de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal a representação de inconstitucionalidade. Jurisprudência do STF, que se harmoniza com esse entendimento.”

⁴ Segundo José Carlos Moreira Alves, “no passado, quando se falava em crise do Supremo Tribunal Federal – e, que, na verdade, era mais propriamente a crise do Recurso Extraordinário – em face da multiplicidade de causas que iam chegando anualmente numa progressão que de aritmética já se estava tornando quase uma progressão geométrica, ele, pouco a pouco, tomou certas iniciativas para tentar conter a marcha evolutiva desses números

foi submetido a longo processo de esvaziamento e objetivação decorrente de sucessivas inovações elaboradas pelo Poder Legislativo e pela *jurisprudência defensiva* assumidamente praticada pelo Poder Judiciário. Assim, não apenas por tais motivos, mas também em razão da “*ampla legitimação, presteza e celeridade processual do modelo abstrato, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar*”⁵, a significativa maioria das questões constitucionais passou a ser solucionada por intermédio do controle concentrado.

O processo acelerado de objetivação do controle difuso (e do recurso extraordinário), que atingiu seu momento máximo com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 – ou que, talvez, ainda alcançará esse momento caso a Proposta de Emenda Constitucional dos Recursos, recentemente sugerida pelo Ministro Cezar Peluso, seja aprovada pelas Casas Legislativas –, fez com que significativa parte da doutrina afirmasse, acertadamente, que “*a distinção consagrada (...) entre controles ‘abstrato’ e ‘difuso’, ou entre controle por via de ação e controle por via de exceção, não tem a relevância teórica que, normalmente, se lhe atribui*”⁶, uma vez que, atualmente, os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal em ambas as vias de controle possuem consequências jurídicas rigorosamente idênticas.

No curso desse caminho de dessubjetivação de um controle concreto progressivamente reduzido, foi possível verificar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a presença de dois momentos distintos em relação à abrangência das regras do controle abstrato.

Inicialmente, possivelmente procurando evitar crise semelhante à do recurso extraordinário e, em alguns casos, também exercendo política de *self-restraint*, o Supremo Tribunal Federal adotou postura extremamente tímida em relação a alguns dos novos institutos de controle concentrado (i.e., ação direta de inconstitucionalidade por

para que pudesse atuar realmente como Corte Suprema, como grande Corte da Federação. Por isso, se nós volvermos as vistas para o passado, veremos que houve uma série de providências, ora de natureza legislativa, ora de construção jurisprudencial, ora de emendas constitucionais e, até mesmo, de atuação do Poder Constituinte originário, para tentar fazer com que a Corte pudesse manter-se no seu papel de grandeza de Corte da Federação e, conseqüentemente, não sucumbir diante da avalanche de recursos e de processos, muitos dos quais diziam respeito a questões de pouco valor em face dos magnos problemas constitucionais da federação”. Poder Judiciário, RT, ano 5, n. 18, p. 269, jan./mar. 1997.

⁵ MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1128.

⁶ *Ibidem*.

omissão e os efeitos meramente declaratórios da decisão que reconhece a mora legislativa, assim como o descabimento de tutela cautelar nessa modalidade de controle) e restritiva em relação ao objeto das ações diretas e aos seus requisitos de legitimação ativa⁷.

No que tange à legitimação, alguns dos principais exemplos dessa atuação limitada foram julgados iniciais do Supremo Tribunal Federal que, para a finalidade de instauração do controle abstrato, (i) não conferiram natureza de entidade de classe de âmbito nacional às organizações que; “*congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações*”⁸; (ii) exigiram que as entidades de classe comprovassem possuir membros em pelo menos um terço das Unidades da Federação, por força da aplicação analógica do artigo 7º, §1º, da Lei n. 9.096/95⁹; (iii) no plano sindical, admitiram como legitimadas apenas as confederações sindicais que comprovassem preencher todos os requisitos exigidos pela legislação trabalhista, com exclusão das demais entidades sindicais de menor hierarquia, ainda que de âmbito nacional¹⁰; (iv) demandaram a existência de uma relação de pertinência temática entre o objeto da ação direta e a natureza da atividade representada pela confederação sindical ou pela entidade de classe¹¹; (v) cobraram dos Governadores de Estado e do Distrito Federal, das Assembleias de Estado e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, para impugnar atos normativos de outro Ente da Federação, que demonstrassem a relevância, “*isto é, a relação de pertinência da pretensão formulada*”¹² em relação aos seus interesses institucionais¹³;

⁷ No início do ano de 1994, a constatação da referida postura restritiva foi realizada e, em certo ponto, defendida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes ao analisar a ainda embrionária jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da legitimação ativa das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional e afirmar que “*se constataremos que somente as Confederações sindicais e entidades de classe propuseram, nos últimos 5 anos (1988-1994-abril), 268 ações diretas de inconstitucionalidade e que dessas (já) foram rejeitadas liminarmente, pelo menos, 81 ações, as mais das vezes após intensa discussão sobre a sua caracterização como entidade de classe, teremos que constatar que, ao invés de contribuir para uma maior efetividade do controle abstrato, o exercício do direito de propositura por esses entes tem servido para tumultuar, ainda mais, a já problemática situação do STF no que concerne à sobrecarga de trabalhos estatísticos*”. Gilmar Ferreira Mendes. O Direito de Propositura das Confederações Sindicais e das Entidades de Classe de Âmbito Nacional *O direito de propositura das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 2, n. 6, p. 71-79, jan./mar. 1994. p. 76.

⁸ ADI n. 79/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10-9-1989.

⁹ ADI n. 108/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 5-6-1992.

¹⁰ ADI n. 505/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 2-8-1991.

¹¹ ADI n. 202/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 2-4-1993.

¹² MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1128, p. 1186.

¹³ ADI n. 902/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 22-4-1994.

e (vi) declararam prejudicadas as ações propostas por partidos políticos que perderam representação no Congresso Nacional após a propositura da ação¹⁴.

Em um segundo momento, o Supremo Tribunal Federal, em grande parte inspirado pelos textos das Leis n. 9.868/98 e 9.882/98 e, conseqüentemente, pela criação de novas regras para antigos institutos e pela consolidação de avançadas técnicas de decisão, passou a revisitar grande parte do seu anterior entendimento restritivo. Isso ocorreu não apenas em relação à legitimação ativa para instauração do controle concentrado de constitucionalidade, mas, também, no tocante ao alcance e aos efeitos das decisões tomadas no controle da omissão – o que, posteriormente, veio a ser confirmado pela Lei n. 12.063/09, um texto que, em grande parte, apenas reafirmou a mais recente jurisprudência da Corte Suprema – e, ainda, no que diz respeito ao objeto de cada uma das ações diretas.

Notadamente no que tange à legitimação para propositura dessas ações, o Supremo Tribunal Federal, em julgamentos posteriores à edição das referidas leis, superou a sua *jurisprudência defensiva*¹⁵ e passou a admitir, por exemplo, a capacitação ativa de (i) associações compostas por associações¹⁶; (ii) associações que comprovassem apenas que a categoria dos seus associados existia em menos de um terço das Unidades da Federação¹⁷; e (iii) partidos políticos que sofriam a perda superveniente da sua representação parlamentar no Congresso Nacional¹⁸.

Na linha do que já foi mencionado acima, não é exagero afirmar que, na maioria desses casos, a mudança da política decisória do Supremo Tribunal Federal fundamentou-se, primordialmente, na constatação de que a antiga *jurisprudência defensiva*, quando praticada em sede de controle abstrato, representava “*quase uma ilusão de óti-*

¹⁴ QO-ADI n. 2.054/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 9-4-2003.

¹⁵ Em alguns casos, a anterior jurisprudência que estava sendo revisitada foi assumidamente rotulada de defensiva pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, ocorreu no julgamento da ADI-AgRg n. 3.153/DF (que marcou a viragem da jurisprudência em relação ao cabimento de ações diretas propostas por associações de associações), nos seguintes trechos dos votos proferidos pelos Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Ferreira Mendes, respectivamente: “*Senhor Presidente, também peço vênica ao ilustre Relator e acompanho o Ministro Sepúlveda Pertence, por entender que essa compreensão, por ele brilhantemente manifestada, se inscreve naquela jurisprudência defensiva do início da vigência da Constituição de 88*” e “*Sr. Presidente, gostaria de antecipar o meu voto, pois esta questão é há muito discutida na Corte e compreende até mesmo a política judiciária desenvolvida pelo Tribunal naquele momento histórico que traduzia a prática do que chamamos de uma jurisprudência defensiva. Era o temor até mesmo de que, pela via da confederação sindical e, especialmente, pelas entidades de classe de âmbito nacional, se transformasse a ação direta numa ação popular de inconstitucionalidade*”.

¹⁶ ADI-AgRg n. 3.153/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 12-8-2004.

¹⁷ ADI n. 2.866/RN, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJ 17-10-2003.

¹⁸ ADI n. 2.159/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 24.8.2004.

ca. (...) que partia talvez até de uma premissa equivocada, não percebia que o texto de 1988 tinha mudado a própria convivência entre o sistema difuso e o concentrado”¹⁹.

Especificamente no que diz respeito à legitimação ativa das entidades de classe de âmbito nacional compostas apenas por pessoas jurídicas, a viragem da jurisprudência representou, além disso, o reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, de que a orientação anterior pecava “*por um certo casuismo efetivo na identificação da entidade de classe de âmbito nacional*”²⁰, especialmente a “*jurisprudência que invoca a lei eleitoral, o critério do caráter nacional e a questão da pertinência temática, fazendo com que essa ação se assimile um pouco a uma ação de defesa ou de posições subjetivas*”²¹.

Com efeito, uma vez já consignado expressamente pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence²², que a outorga da legitimação ativa às entidades de classe de âmbito nacional representa “*a abertura mais significativa do acesso da sociedade civil ao controle abstrato de normas*”, não havia como evadir-se ao acolhimento das conclusões, manifestadas inicialmente pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes e posteriormente acolhidas pela significativa maioria dos Ministros da Corte, no sentido de que (i) “*ainda que se possa reclamar a fixação de um critério preciso sobre esses conceitos vagos – entidade de classe de âmbito nacional e confederação sindical – não há dúvida de que eles devem ser fixados pelo legislador e não pelo Tribunal, no exercício de sua atividade jurisdicional*”; e (ii) “*o recurso à analogia aqui é de duvidosa exatidão*”²³, representando uma verdadeira “*restrição ao direito de propositura [que] não se deixa compatibilizar, igualmente, com a natureza do controle abstrato de normas e criaria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação, diferenciação esta que não encontra respaldo na Constituição*”²⁴.

¹⁹ Trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da ADI-AgRg n. 3.153/DF.

²⁰ Trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da ADI-AgRg n. 3.153/DF.

²¹ Trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da ADI-AgRg n. 3.153/DF.

²² ADI n. 894/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 20.4.1995.

²³ Gilmar Ferreira Mendes. O Direito de Propositura das Confederações Sindicais e das Entidades de Classe de Âmbito Nacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 2, n. 6, p. 71-79, jan./mar. 1994. p. 76.

²⁴ Gilmar Ferreira Mendes. O Direito de Propositura das Confederações Sindicais e das Entidades de Classe de Âmbito Nacional. O direito de propositura das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 2, n. 6, p. 71-79, jan./mar. 1994. p. 77.

Ainda no momento inicial da Constituição Federal de 1988, a grande quantidade de ações diretas de inconstitucionalidade propostas por entidades de classe de âmbito nacional e a multiplicidade de razões construídas pelo Supremo Tribunal Federal para restringir a legitimação ativa desses entes fizeram com que parte da doutrina afirmasse, muitas vezes premida por preocupações de ordem operacional ou numérica, que “*seria oportuno cogitar-se da reformulação desse modelo de ampla legitimação, com a supressão do direito de propor ação direta por parte dessas entidades*”²⁵, o que não representaria, segundo esse entendimento, “*nenhum ato censurável*”²⁶ por parte do “*legislador constituinte*”²⁷.

A esse respeito, atualmente, não é difícil sustentar que, tendo em vista (i) a manutenção, pelo legislador constituinte derivado, da integralidade do rol de legitimados do artigo 103 da Constituição Federal; (ii) a inexistência de inclusão, pelo legislador ordinário, de qualquer diferenciação entre os entes legitimados a propositura das ações diretas no artigo 2º da Lei n. 9.868/88²⁸; e (iii) o correto reconhecimento atual, por parte da significativa maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, de que não caberia à Corte construir os critérios de restrição que o legislador constituinte conscientemente optou por não estabelecer; a única compreensão possível em relação à abrangência do conceito de *entidade de classe de âmbito nacional* previsto no inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal é justamente aquela que exige, unicamente, que a “*entidade de classe seja capaz de representar os interesses nacionais*”²⁹ dos seus integrantes.

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ Não é exagero afirmar, aliás, que seria de constitucionalidade mais do que questionável a positivação de qualquer diferenciação pelo legislador ordinário entre os entes legitimados à propositura das ações diretas, haja vista a ausência de qualquer permissivo constitucional nesse sentido e a existência de inequívoca reserva de Constituição no tocante à definição dos legitimados à propositura de ações diretas.

²⁹ Trecho do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso no julgamento da ADI-AgRg n. 3.153/DF.

2. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA QUE EXIGE CARÁTER PROFISSIONAL OU ECONÔMICO DAS ENTIDADES DE CLASSE

2.1. *Necessidade de uma jurisprudência ofensiva*

Por todos os motivos já expostos, ficou claro que não há espaço, dentro das balizas fixadas pelo legislador constituinte no texto constitucional, para a criação jurisprudencial de qualquer interpretação restritiva (ou defensiva) do conceito de *entidade de classe de âmbito nacional*. É defeso ao Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, estabelecer restrições como aquelas que pretendem vincular a legitimação do ente classista à existência de um qualificado interesse de agir (pertinência temática) ou, ainda, repaginar, como fez o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 894/DF, o conceito de “*classe no sentido não de simples segmento social, de classe social, mas de categoria profissional”.*

No julgamento da ADI n. 894/DF (ainda no curso do chamado momento da *jurisprudência defensiva*), ao apreciar a preliminar de existência ou não de legitimação ativa da União Nacional dos Estudantes, o Supremo Tribunal Federal teve de definir explicitamente a sua opção por um dos seguintes caminhos assim sintetizados no voto condutor proferido pelo Ministro Néri da Silveira:

- (i) “*se se der à cláusula entidade de classe compreensão ampla, a partir da só literalidade da locução, e se lhe conferir cunho meramente social, a resposta deveria ser afirmativa*”;
- (ii) “*se, entretanto, se emprestar, aos efeitos do inciso IX do art. 103, da Lei Maior, compreensão estritamente de índole profissional à fórmula entidade de classe, a resposta à indagação inicial há de ser negativa*”.

Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal adotou o segundo posicionamento, mais restritivo, e emprestou, nos termos do voto proferido pelo Ministro Néri da Silveira, um “*conteúdo econômico predominante” ao conceito de entidade de classe de âmbito nacional*.

A simples análise dos argumentos contidos nos votos vencidos proferidos pelos Ministros Francisco Rezek, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso já

seria suficiente, mesmo dentro dos limites da concepção tida à época pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do controle abstrato, para que não fosse acolhido o posicionamento que definia entidade de classe, para os efeitos do inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal, apenas como “*aquela que reúne pessoas de uma mesma categoria econômica ou profissional*”³⁰.

Com efeito, tirante o argumento quase que *consuetudinário-jurisprudencial* seguido pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, “*no que concerne à ‘entidade de classe’ de âmbito nacional (...), vem o STF emprestando-lhe compreensão sempre a partir dos interesses profissionais definidos*”, não foi apresentado, no julgamento da ADI n. 894/DF, qualquer outro fundamento que sequer tangenciasse enfrentar as seguintes objeções opostas pela divergência:

- (i) “*se a questão da classe deva entender-se à luz do trabalho remunerado, eu teria muito mais dificuldade em aceitar como porta voz de classe uma entidade representativa de pessoas que ganham não pelo trabalho, mas pelo capital*”³¹;
- (ii) “*considerando que a legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade das ‘entidades de classe de âmbito nacional’ é a abertura mais significativa do acesso da sociedade civil ao controle abstrato de normas – sou dos que ainda resistem à tendência de reduzir o alcance da inovação ao âmbito puramente corporativo das classes profissionais ou econômicas, a rigor, já contemplado, no mesmo inciso IX do art. 103 da Constituição, com a legitimação das confederações sindicais*”³²;
- (iii) “*não posso lançar mão do que se contém no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal para limitar o rol dos legitimados previstos no artigo 103 da Carta (...); tenho a UNE como entidade de classe (gênero), de âmbito nacional, cabendo-lhe, assim – e por pouco importar a inexistência de profissão – a legitimação para ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade*”³³; e
- (iv) “*o objeto da ação diz respeito à cobrança de anuidade, cobrança de mensalidades, o que é do interesse dos estudantes, a demonstrar que a classe*

³⁰ Trecho do voto proferido pelo Ministro Sidney Sanches no julgamento da ADI n. 894/DF.

³¹ Trecho do voto vencido proferido pelo Ministro Francisco Rezek no julgamento da ADI n. 894/DF.

³² Trecho do voto vencido proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI n. 894/DF.

³³ Trecho do voto vencido proferido pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI n. 894/DF.

tem seus objetivos e interesses próprios e deve ter, portanto, condições de defendê-los³⁴.

Ao se acrescentar, também, a esses argumentos, todos os demais apresentados mais recentemente pelo próprio Supremo Tribunal Federal, especialmente no julgamento da ADI-AgRg n. 3.153/DF, torna-se evidente que a revisão da jurisprudência que exige profissionalidade econômica das entidades de classe é medida mais do que imperiosa, inclusive para que se mantenha coerência com o que vem sendo decidido pela própria Corte nesse momento subsequente à fase da *jurisprudência defensiva* no controle abstrato.

O motivo mais forte, contudo, para a revisão da amarra econômica que foi atribuída ao conceito que significa a “*abertura mais significativa do acesso da sociedade civil ao controle abstrato de normas*” decorre diretamente da completa oposição entre o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 894/DF e a real natureza do papel que deve ser desempenhado pela jurisdição constitucional dentro do Estado democrático de direito, segundo a essência da teoria procedimental do direito e da democracia desenvolvida por Jürgen Habermas.

A teoria habermasiana do direito é sabidamente fundada no discurso e “*entende o Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para a formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito*”³⁵. Embora a legitimidade da jurisdição constitucional seja vista com reservas por Habermas³⁶, o próprio autor reconhece que, aplicados determinados pressupostos procedimentais³⁷, “*a concretização do direito constitucional através de um controle judicial da*

³⁴ Trecho do voto vencido proferido pelo Ministro Carlos Velloso Aurélio no julgamento da ADI n. 894/DF.

³⁵ Direito e democracia: entre facticidade e validade – volume II. 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 181.

³⁶ Para Habermas, a própria existência de “*tribunais constitucionais não é autoevidente*” e, no exercício das diversas funções normalmente desempenhadas pelas Cortes Constitucionais nos diferentes ordenamentos jurídicos, “*a competência para recursos constitucionais e para controle concreto de normas (portanto para casos nos quais os tribunais inferiores interrompem um processo a fim de consultar sobre a constitucionalidade da norma a ser aplicada, levando em conta o caso concreto) é problemática, ao menos sob pontos de vista da divisão de poderes*”. Para Habermas, aliás, “*a concorrência do Tribunal Constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas*”, até porque, para o autor, “*o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador*”. Assim, na teoria habermasiana, a “*transmissão dessa competência [de controle abstrato] para um tribunal implica uma fundamentação complexa*”. Direito e democracia: entre facticidade e validade – volume I. 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 298-301.

³⁷ Defendendo que a Constituição “*não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor a priori uma determinada forma de vida sobre a sociedade*”, mas sim como um instrumento que “*deter-*

*constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do direito e a manutenção de uma ordem jurídica coerente*³⁸. Parte desses pressupostos procedimentais de legitimidade do controle abstrato de constitucionalidade exigidos pela teoria habermasiana são os conhecidos ideais de abertura do debate constitucional propostos por Peter Häberle³⁹, os quais são utilizados por Habermas para, ao criticar a caráter solipsista que atribui à teoria de Ronald Dworkin, afirmar que é necessário que se “*ancorem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma ‘sociedade aberta dos intérpretes da constituição’, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade do juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade*”⁴⁰.

Assim, Habermas propõe, após delimitar o que chama de “*fundamentação complexa*”⁴¹ para justificar a jurisdição constitucional, que o controle abstrato de normas seja primária e necessariamente voltado a preservar as “*condições de gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até a representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas*”⁴². Ao desempenhar esse papel de defesa da inclusão do outro no debate, com aptidão de influenciar inclusive as deliberações parlamentares, as

mina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida”, Habermas propõe uma virada de rumo na busca pela solução do problema corrente de legitimidade da jurisdição constitucional, através da adoção da sua teoria procedimental da democracia e do direito. Para o autor, no exercício do controle de constitucionalidade de normas, o Tribunal Constitucional deve “*tomar precauções para que permaneçam intactos os canais para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através dos quais uma comunidade jurídica se auto-organiza*”. Nesse caminho, para Habermas, “*o tribunal constitucional (...) não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade (...), o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor*”. Direito e democracia: entre facticidade e validade – volume I. 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 325-346.

³⁸ Direito e democracia: entre facticidade e validade – volume I. 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 302.

³⁹ Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: 1997.

⁴⁰ Op. cit., p. 278.

⁴¹ *Ibidem*, p. 301.

⁴² Direito e democracia: entre facticidade e validade – volume I. 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 327-328.

Cortes Constitucionais poderiam (ou melhor, deveriam), segundo Habermas, efetivamente praticar uma jurisprudência constitucional ofensiva⁴³, no seguinte sentido:

“A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre o seu ativismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*ofensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente”.

Especificamente no que diz respeito ao problema em questão no presente artigo, é difícil imaginar, dentro do sistema de controle de constitucionalidade trazido pela Constituição de 1988, um espaço procedimental maior para se exigir uma jurisprudência ofensiva do Supremo Tribunal Federal do que na interpretação do alcance do rol de legitimados à propositura das ações diretas. A ideia que permeia essa assertiva, por evidente, não é a pregação da necessidade de estabelecimento de uma efetiva *actio popularis* constitucional, o que já foi suscitado e rechaçado por Hans Kelsen⁴⁴, e que, sabidamente, não representa o modelo de legitimidade restrita e concorrente previsto no artigo 103 da Constituição Federal. A intenção é que, dentro dos limites do texto positivado pelo legislador constituinte, o Supremo Tribunal Federal pratique uma jurisprudência ofensiva com a maior amplitude possível. Esse caminho permitiria a superação de qualquer espécie de hierarquização entre os entes legitimados pelo artigo 103 da Constituição Federal, eliminando, por conseguinte, a exigência de todos os requisitos restritivos que foram construídos pela *jurisprudência defensiva* do Supremo Tribunal Federal.

A importância disso, notadamente no tocante aos critérios de legitimação das entidades de classe de âmbito nacional, residiria no fato de que, ao se dar curso à necessária abertura do debate constitucional e à imperiosa aproximação entre o problema normativo e a realidade fática (através de uma hermenêutica tópica), o Supremo Tribunal

⁴³ É importante consignar que, até por coerência com a sua teoria, fora das situações em que a discussão constitucional versa sobre o desbloqueio dos canais comunicativos da sociedade, Habermas critica mordazmente qualquer espécie de ativismo da Corte Constitucional, o que, segundo o autor, somente faria sentido se a sociedade estivesse à procura de “um fiel depositário para um processo político idealisticamente acentuado”. *Ibidem*, p. 347.

⁴⁴ “*A mais forte garantia consistiria certamente em autorizar uma actio popularis: o tribunal constitucional seria obrigado a examinar a regularidade dos atos submetidos à sua jurisdição, em particular das leis e dos regulamentos, a pedido de quem quer que seja. É incontestavelmente dessa maneira que o interesse político em eliminar os atos irregulares receberia a satisfação mais radical. No entanto, não se pode recomendar essa solução, porque ela acarretaria um perigo considerável de ações temerárias e o risco de um intolerável congestionamento das funções*”. A jurisdição constitucional, *in*: Jurisdição Constitucional, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 174.

Federal, como guardião último da ordem constitucional, adotaria o efetivo papel de “*intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional*”⁴⁵, abrindo ao máximo as portas da jurisdição constitucional ao ingresso da sociedade civil.

A outorga da legitimação ativa em grau máximo a todos os legitimados, evidentemente que dentro dos limites positivos do texto constitucional, permitiria, ainda que em grau restrito, já que a legitimação ativa não é universal, a aproximação da situação real à ideia de Häberle de que a Corte Constitucional não deve monopolizar a interpretação constitucional, ainda que efetivamente monopolize a censura⁴⁶. Essa *jurisprudência ofensiva* apenas aproximaria ainda mais o Supremo Tribunal Federal do escopo da Lei n. 9.868/98, cuja redação, além de não acrescentar qualquer restrição ao rol de legitimados para propor as ações diretas, ainda positivou a participação dos *amici curiae* nos julgamentos (§2º do artigo 7º) e a possibilidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fatos legislativos no âmbito do controle concentrado de normas (1º do artigo 9º).

Conseqüentemente, por todas essas razões, torna-se impossível evadir-se à conclusão de que é imperiosa a revisão do entendimento fixado no julgamento da ADI n. 894/DF, através de uma *nova jurisprudência*, literalmente *ofensiva*, que afaste completamente o conceito de entidade de classe da exigência de qualquer espécie de conotação econômica, societária ou profissional.

2.2. Negação do real conceito de sociedade civil

⁴⁵ Gilmar Ferreira Mendes. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial, *Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*, in: Revista dos Tribunais, v. 88, n. 766, p. 11-28, ago. 1999, p. 4.

⁴⁶ Gilmar Ferreira Mendes. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial *Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*, in: Revista dos Tribunais, v. 88, n. 766, p. 11-28, ago. 1999, p. 4. A respeito da abertura do processo de interpretação, a síntese das ideias de Häberle está contida no seguinte trecho da sua obra: “(...) interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação”. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: 1997, p. 30.

Os motivos da incorreção, entretanto, da exigência de associação do conceito de entidade de classe a requisitos de índole profissional ou econômica, tal como preconizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 894/DF, não se encerram apenas nas considerações expostas no item anterior a respeito da obrigatoriedade de abertura da jurisdição constitucional.

Ao se admitir como irretocável a assertiva do Ministro Sepúlveda Pertence de que “*a legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade das ‘entidades de classe de âmbito nacional’ é a abertura mais significativa do acesso da sociedade civil ao controle abstrato de normas*”⁴⁷, fica claro que representa uma subversão do conceito de sociedade civil a simples exigência de que, para ser legitimada, a entidade representativa deva estar organizada para fins econômicos ou profissionais. Com efeito, nesse tocante é possível verificar a completa oposição entre o que foi decidido no julgamento da ADI n. 894/DF e a natureza do papel que deve ser desempenhado pela sociedade civil dentro do Estado democrático de direito, ainda segundo a essência da teoria democrática proposta por Habermas.

No modelo habermasiano de democracia procedimental, a sociedade civil é apresentada como “*uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral*”⁴⁸. Habermas, ao definir o conceito de sociedade civil, explica as modificações históricas e sociais pelas quais a sociedade passou até que se tornasse inquestionável, no momento atual, que o “*atual conceito de ‘sociedade civil’ não coincide com o da ‘sociedade burguesa’, da tradição liberal*”⁴⁹. Para o autor, hoje, “*o termo ‘sociedade civil’ não inclui mais a economia dirigida através do direito privado e constituída através do trabalho*”⁵⁰. O significado do termo, para Habermas, é atualmente mais amplo, abrangendo todos os “*movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política*”⁵¹.

⁴⁷ Trecho do voto vencido proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI n. 894/DF.

⁴⁸ Direito e democracia: entre facticidade e validade – volume II. 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 99

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Direito e democracia: entre facticidade e validade – volume II. 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 99.

⁵¹ *Ibidem*.

Portanto, o núcleo da sociedade civil, para a teoria habermasiana, é necessariamente formado “*por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas*”⁵², as quais, mesmo que sejam hoje integrantes de “*uma esfera pública dominada pelos meios de comunicação de massa e pelas grandes agências, observada pelas instituições encarregadas das pesquisas de opinião e do mercado, e sobrecarregada com o trabalho de publicidade e propaganda dos partidos e organizações políticas*”⁵³, ainda representam o “*substrato organizatório do público de pessoas privadas, que buscam interpretações públicas para suas experiências e interesses sociais, exercendo influência sobre a formação institucionalizada da opinião e da vontade*”⁵⁴.

Ao explicar a sua teoria procedimental do direito e da democracia, Habermas procura mostrar, entre outras questões, que, mesmo emitindo sinais e impulsos “*muito fracos para despertar a curto prazo processos de aprendizagem no sistema político ou para reorientar processos de decisão*”⁵⁵, a sociedade civil pode efetivamente “*ter opiniões políticas próprias, capazes de influenciar o complexo parlamentar (e os tribunais), obrigando o sistema político a modificar o rumo do poder oficial*”⁵⁶.

Os pressupostos, também procedimentais, para que a sociedade civil efetivamente exerça esse papel influenciador são assim definidos por Jean Cohen e Andrew Arato:

“Em nossa opinião, a combinação das associações, dos públicos e dos direitos, na medida em for sustentada por uma cultura política onde as iniciativas e os movimentos independentes mantém uma opção política legítima e suscetível de ser renovada a todo o momento, representa um conjunto eficaz edificados ao redor da sociedade civil, em cujos limites é possível reformular o programa de uma democracia radical”⁵⁷.

De maneira igualmente procedimental, a proposta habermasiana para a superação de uma situação de que o próprio autor define como de crise da sociedade civil, chegando a pregar até a legitimidade, em algumas situações extremas, da desobediência civil⁵⁸, retoma o principal ponto da função do direito na sua teoria, que funciona como

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*, pp. 99-100.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 100.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 106.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Civil Society and Political Theory, Cambridge/Mass. 1992.

⁵⁸ Para Habermas, “o último meio para conferir uma audiência maior e uma influência político-jornalística aos argumentos de oposição consiste em atos da desobediência civil”. Segundo o autor, “tais atos de transgressão simbólica não-violenta das regras se auto-interpretam como expressão do protesto contra decisões impositivas as quais são legítimas no entender dos atores, apesar de terem surgido legalmente à luz dos princípios constitucionais vigentes”. A desobediência civil, para Habermas, “refere-se à sua própria origem na sociedade civil, a qual, quando entra em crise, serve-se da opinião pública para atualizar os conteúdos normativos do Estado democrá-

“*uma espécie de correia de transmissão que comporta, de forma abstrata, porém, impositiva, as estruturas de reconhecimento recíproco existentes entre conhecidos e em contextos concretos do agir comunicativo, para o nível as interações anônimas entre estranhos, mediada pelo sistema*”⁵⁹. Com efeito, na teoria de democracia ideal proposta por Habermas, o direito (mais especificamente a produção do direito) constitui “*o lugar propriamente dito da integração social*”⁶⁰, seja no âmbito do Poder Legislativo, seja, extraordinariamente, no seio do Poder Judiciário. E esse poder de integração social, para que permaneça colado ao direito, impõe que “*a positividade do direito não [seja] fundada somente na contingência de decisões arbitrárias*”⁶¹.

Fica claro, portanto, ao se aplicar os referidos conceitos habermasianos ao presente estudo, que o conceito de entidade de classe aplicado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 894/DF corresponde à negação do modelo adequado de sociedade civil, o que, por si só, é suficiente para (i) afastar a sociedade civil do legítimo debate que é travado no âmbito da jurisdição constitucional concentrada – a qual, como visto no capítulo introdutório, congrega hoje as principais discussões constitucionais que compõem a pauta do Poder Judiciário –, (ii) indevidamente restringir a abertura de um debate constitucional que deveria ser travado apenas por intermédio do Supremo Tribunal Federal e com a participação efetiva de todos os envolvidos, inclusive na condição de autores, e (iii) termina por retirar a legitimidade da excepcional criação jurisdicional do direito por parte dos Tribunais, tornando inequivocamente mais solipsista o exercício da hermenêutica constitucional.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a indevida inclusão do requisito da profissionalidade do âmbito do conceito de entidade classe, da forma como vem sendo realizada pelo Supremo Tribunal

tico de direito, e para contrapô-los à inércia sistêmica da política institucional”. A justificativa da desobediência civil, segundo a teoria habermasiana, apoiar-se-ia numa compreensão da Constituição como projeto inacabado, “*um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema dos direitos, o que equivale a interpretá-los e a institucionalizá-los de modo mais apropriado e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo*”. Direito e democracia: entre facticidade e validade – volume II. 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 116-118.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 308.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 52.

⁶¹ *Ibidem*, p. 60.

Federal desde o julgamento da ADI n. 894/DF, representa uma inversão completa do principal requisito de qualificação de uma sociedade civil verdadeiramente isenta, qual seja: a presença de um núcleo motor de índole não econômica. Na prática, assim, a interpretação profissionalizante da entidade de classe não apenas torna esse ente desnecessariamente suplantado, em termos de abrangência e representatividade, pelas confederações sindicais, como, principalmente, efetivamente fecha as portas do controle abstrato para a sociedade civil. E nem se diga que a facilidade de instauração do procedimento de controle através da simples procura, pelo interessado, por um dos demais legitimados seria suficiente para que se sustentasse o contrário, pois, como visto anteriormente, também é requisito inerente ao conceito de sociedade civil a inexistência de qualquer dependência institucional ou político-partidária. Não há espaço, também, para que se sustente que a abertura da compreensão atual dos *amici curiae* seria suficiente para permitir a contribuição da sociedade civil a qualquer debate constitucional, uma vez que, ainda que atualmente diminuída, a prerrogativa do autor da ação direta de efetivamente propor a demanda constitucional que deseja ver resolvida jamais deixará de permanecer incólume.

Assim, fica claro que o afastamento jurisprudencial das entidades de classe sem natureza econômica da abertura democrática ocasionada pela ampliação do rol de legitimados trazida pelo artigo 103 da Constituição Federal, além de significar uma indevida restrição jurisdicional na atividade do legislador constituinte, representou reprovável banimento do caminho mais qualificado para que as opiniões políticas próprias da sociedade civil efetivamente possam influenciar o rumo das decisões tomadas pelo Poder Judiciário no âmbito do controle abstrato de normas⁶². Aliás, tendo em vista que (i) o principal critério utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para definir o conceito de entidade de classe representa diametralmente o oposto do que efetivamente caracteriza a sociedade civil; e (ii) com a finalidade de representação dos interesses sociais econômicos e profissionais no controle abstrato já existe a específica previsão de legitimação ativa das confederações sindicais; não seria exagero afirmar que a medida mais correta,

⁶² Embora não seja objeto do presente ensaio, não se ignora, aqui, a possibilidade de que, atualmente, mesmo entidades de classe em tese institucional, político e economicamente independentes possuam fortes vinculações que acabam por afastá-las do ideal de independência que é necessário para que efetivamente possam representar os interesses da sociedade civil. A solução desse problema, contudo, não depende da revisão das premissas sugeridas no presente ensaio, mas, sim, da reavaliação criteriosa dos mecanismos atuais de financiamento das atividades desempenhadas por essas entidades.

mesmo dentro da *jurisprudência ofensiva* proposta no presente estudo, seria a completa inversão da opção hermenêutica realizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 894/DF.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARATO, Andrew; COHEN, Jean. *Civil Society and Political Theory*, Cambridge/ Massachusetts, 1992.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volumes I e II, 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*, in: Revista dos Tribunais, v. 88, n. 766, p. 11-28, ago. 1999.

_____. *O direito de propositura das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 2, n. 6, p. 71-79, jan./mar. 1994.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Poder Judiciário*, in: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 18, p. 269, jan./mar. 1997.

Artigo recebido em 24 de outubro de 2011.

Artigo aceito para publicação em 22 de dezembro de 2011.