

O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação

Luiz Werneck Vianna

Uma característica forte da Constituição de 1988 advém do fato de ela ter sua origem no processo de transição do regime militar para o da democracia política, não podendo, portanto, ser compreendida na chave clássica das constituições que sucedem movimentos revolucionários vitoriosos. Bem conhecido também o fato de que ela, tal como a de 1946, desconheceu um anteprojeto que servisse de ponto de partida para o trabalho dos legisladores constituintes, pois o presidente José Sarney recusou o que foi apresentado pela Comissão Afonso Arinos. Em razão disso, o texto constitucional teve que ser extraído de comissões temáticas, de composição multipartidária, às quais se delegou a tarefa da elaboração de suas partes, a serem, mais tarde, submetidas ao crivo de uma comissão de sistematização. À marca original de proceder de uma conjuntura de transição política, vale dizer de uma circunstância que admitia tanto o *velho* como o *novo*, junta-se, pois, a da negociação, principal recurso para a arquitetura de um texto que deveria começar do zero.

Contudo, apesar da Assembléia Nacional Constituinte se ter instalado sob a perspectiva do compromisso com os termos da transição – indicada desde a lei da anistia, que contemplou os membros do antigo regime e dos que resistiram a ele, mas expressa, sobretudo na eleição de Tancredo Neves pelo Colégio Eleitoral –, ela consistiu no resultado de processos de mobilização de massas sem paralelo na história do país, que, iniciados nas greves operárias de fins dos anos 1970,

encontraram seu auge nas lutas pelo movimento das “Diretas Já”. Não à toa, ao se iniciarem os trabalhos da Constituinte, essa mobilização ainda ecoa nos milhares de iniciativas de leis providas de organizações da sociedade civil que lhe são enviadas no propósito de influir na legislação, nisso já enunciando as expectativas por democracia participativa que serão consagradas no texto constitucional.

As últimas ondas dessa mobilização, reativadas então pelo apoio popular ao Plano Cruzado, também se fazem presentes nas eleições congressuais de 1986, quando os partidos políticos que representaram a resistência ao autoritarismo elegem expressivas bancadas, boa parte delas comprometidas com uma agenda efetiva de mudança social. Instalada a Constituinte, o cenário da transição se transfere para o seu interior, sempre sob o registro da negociação, importando limites, como exemplarmente na questão agrária, para inovações de alcance social. Nesse contexto, parece plausível que os constituintes identificados com as aspirações por mudanças substantivas, ao se defrontarem com a opinião conservadora presente na composição da Assembléia, tenham buscado uma estratégia nova, ancorada com firmeza em uma ampla e compreensiva declaração dos direitos fundamentais (Werneck Vianna et al, 1999:40).

Essa estratégia dependia da criação de instrumentos institucionais que abrissem a oportunidade para que aqueles direitos encontrassem confirmação fática, evitando-se a reiteração da experiência constitucional brasileira que os restringia ao plano de funções meramente simbólicas. A descoberta desse caminho, em meio aos trabalhos constituintes, decerto que obra de juristas especializados em direito constitucional, alguns deles exercendo o papel de assessores de influentes parlamentares, será o embrião de uma verdadeira mutação institucional na relação entre os três Poderes e na da sociedade com o Poder Judiciário. A tal caminho não se chega como um raio em dia de céu azul – a lei que dispôs sobre a ação civil pública, de 1985, na aurora da democratização do país, já descortinara amplas

possibilidades para que o direito, suas instituições e procedimentos viessem a se tornar instrumentos de animação da vida republicana (Watanabe, 2001:14).

Edis Milaré, em uma coletânea já clássica sobre a ação civil pública, pontua com força o seu papel transformador, principalmente por ter alargado “as fronteiras dos direitos da sociedade civil mediante iniciativas e procedimentos que, mais do que jurídicos e processuais, foram socialmente pedagógicos, porquanto despertaram mais e mais a consciência da cidadania e desencadearam processos participativos orientados à defesa do patrimônio coletivo e da sadia qualidade de vida dos cidadãos” (Milaré, 2001:9). É o mesmo autor que, ao se referir ao contexto de nascimento da ação civil pública, anota a emergência de novos papéis a serem desempenhados pelo direito, seus procedimentos e instituições em uma sociedade “que não havia ainda se libertado do chamado ‘entulho autoritário’ [...] em que não apenas os interesses difusos, coletivos ou transindividuais eram desconsiderados ou minimizados, mas, dolorosamente, nem os interesses individuais eram levados na devida conta” (Idem).

Contudo, para além de uma circunstância datada, o novo ordenamento jurídico visava mobilizar a cidadania para a participação em defesa dos seus direitos e implicava uma velada descrença quanto às instituições da democracia representativa no sentido de virem a animar a vida republicana. Entre os juristas, o diagnóstico de Milaré é o de muitos: “é necessário reconhecer que tanto o ordenamento jurídico nacional tem muito caminho por fazer, como também o sistema político inspirado no ideal democrático ainda é frágil e tem, por seu turno, muitos percalços a vencer.” (Idem).

A chamada revolução processual do Direito, que começa, de fato, no contexto dos movimentos por direitos civis e dos conflitos sociais nos EUA dos anos 1960, encontra um dos seus principais momentos de fundação na reforma de 1966 das *Federal Rules of Civil Procedure*, texto legal de 1938, institucionalizando as *class*

actions como instrumento de tutela dos direitos coletivos (Hensler et al, 2000). Recepcionada por um grupo de teóricos italianos, entre os quais Mauro Cappelletti, destinado a se tornar uma grande referência na reflexão brasileira, ela logo se espalhou pelo Ocidente, e, segundo Antonio Gidi (Gidi, 2008), teria encontrado, entre os países de *civil law*, implantação pioneira no Brasil, sob a designação de ação civil pública. As *class actions*, na medida em que abrem espaço para que direitos coletivos ganhem legitimidade junto ao Poder Judiciário a fim de que cidadãos possam se defender de ações do Estado ou de empresas, implicam a criação de uma nova arena de participação, cujo território, conquanto seja externo à arena clássica da democracia representativa, nasce com a vocação de intervir em matéria de políticas públicas. Nesse sentido, reclamam, de um lado, a admissão de papéis políticos a serem desempenhados pelo sistema da Justiça, e, de outro, a facilitação do acesso a ele por parte dos cidadãos que podem reconhecê-lo como novo lugar para a participação na vida pública.

Assim, quando se iniciam os trabalhos da Constituinte, esse novo corpo de idéias já parte da experiência vitoriosa da institucionalização da ação civil pública, e do que ela traz consigo em termos de novas concepções a respeito das relações entre a política e o direito. Dessa forma, Paulo Bonavides, ao sustentar que a democracia representativa na América Latina não seria capaz de manter os titulares no poder identificados com os interesses da cidadania, expressa a posição comum dos constitucionalistas próximos da fração dos legisladores da Assembléia de 1986 favoráveis à agenda da mudança social. Em sua avaliação, “a *velha democracia representativa* já se nos afigura em grande parte como *perempta*”, destituída da capacidade de fazer da Constituição o instrumento da vontade nacional e popular (Bonavides, 1993. Grifado no original). Nesse sentido, o movimento de idéias que encontrara a sua oportunidade na elaboração da ação civil pública, amplifica, no terreno decisivo da Constituinte, a sua influência. Animando e ancorando esse movimento, os fatos recentes da democratização da

Ibéria européia, com a promulgação da Constituição portuguesa, em 1976, e da espanhola, em 1978, sobretudo a primeira, que vai encontrar larga audiência nos círculos da *intelligentsia* especializada na doutrina constitucional.

Nascidas de sociedades que retomavam, depois de décadas de regimes autoritários, o caminho democrático, essas duas Constituições confirmam e desenvolvem o constitucionalismo democrático que se afirmou nos países europeus após a vitória sobre o nazi-fascismo, especialmente na Alemanha, França e Itália, sob a influência da Declaração dos Direitos do Homem, de 1948. Nessa construção, limita-se a vontade do poder soberano e das maiorias que os instituem pela *vontade geral* que se faria expressar nos princípios e direitos fundamentais admitidos pelas Cartas constitucionais. Os atos legislativos do poder político tornam-se, então, passíveis de escrutínio, em nome da defesa dos direitos fundamentais, por parte de uma corte constitucional dotada da capacidade de declará-los, quando provocada por uma ação de um agente social, como contrários a esses direitos, assim impedindo a sua concretização. O *judicial review*, uma experiência americana, se generaliza no Ocidente europeu, aproximando aí duas dimensões, a do Judiciário e a do poder político, que uma longa tradição de hegemonia do positivismo jurídico manteve duramente afastadas, como exemplar na obra de Max Weber.

De passagem, não se pode deixar de anotar que essa mutação no sistema da ordem republicana, ao sujeitar a regra da maioria ao crivo de uma razão de estatuto superior à sua, tem seu trânsito em momento coincidente com a afirmação do Estado de bem-estar, de inspiração keynesiana, e que se propunha a instituir um capitalismo organizado. Para esse fim, a modelagem do *welfare state* implicava, além de atuar sobre o comportamento das variáveis-chave da economia, regular o social, como nas matérias previdenciárias, de saúde, de assistência familiar, projetos habitacionais, etc. Tal regulação, como inevitável, significou não só a ultrapassagem do Poder Legislativo pelo Executivo, que detinha a perícia e a

informação para intervir a tempo em matérias dessa complexidade, como também trouxe o mundo do direito, suas instituições e procedimentos para o interior da administração pública.

As décadas imediatamente subseqüentes ao segundo pós-guerra assistem o fastígio das concepções do constitucionalismo democrático e do *welfare state*. A França – onde, por força da tradição que lhe vinha de 1789, era maior a resistência a que a vontade da maioria pudesse ser revista por um corpo externo à representação do soberano – passa, a partir dos anos 1970, a legitimar a nova política, que é consagrada na decisão do Conselho Constitucional de 23 de agosto de 1985, ao declarar que “a lei votada somente exprime a vontade geral quando conforme à Constituição” (Rousseau, 1997:39). Desde aí, o processo do *judicial review* não somente se amplia como se generaliza nos países de democracia avançada, atingindo, inclusive, a Inglaterra, país que mais resistiu a ele no Ocidente europeu. De poder isolado em sua autonomia institucional, o Judiciário, passa a ser incorporado como novo ator na expressão da vontade soberana.

O *welfare state* conheceu uma trajetória mais acidentada, refutado pelo neoliberalismo emergente nos anos 1970, embora a sua crise, ainda em curso, tenha produzido efeitos de largo alcance nas relações entre a política e o sistema da justiça. O desmonte da institucionalidade do seu regime de administração do social, coincidente com a desregulamentação do mundo dos direitos, irá produzir uma massa de indivíduos expostos às variações da lógica do mercado, desamparados de qualquer sistema de proteção. Cumulativamente a essa perda, instituições cruciais para a defesa e a aquisição de direitos, como os partidos políticos e os sindicatos, a vida associativa em geral, perdem representação e muito da sua força tradicional. A própria política enquanto atividade organizadora do social se vê ultrapassada pelas concepções do mundo com origem nas dimensões do mercado e da economia, em um retorno sem precedentes ao fundamentalismo utilitarista. Ficará, porém, de pé a imensa malha judiciária que o

regime do *welfare* instituíra e, com ela, uma nova cultura entre os juízes que tinham sido antes mobilizados para a imersão na vida social sob a égide do *capitalismo organizado*.

O descrédito da representação política resultante da hegemonia neoliberal trará consigo a emergência da representação funcional. O lugar vazio do Estado do bem-estar será ocupado pelas instituições da Justiça, muro de lamentações da cena contemporânea, na metáfora de A. Garapon (1999). Os indivíduos desprotegidos na ordem neoliberal, sem conhecer canais visíveis no sistema político a que possam ter acesso para suas demandas, acorrem ao juiz. De modo inédito, o tema do acesso à Justiça se torna obrigatório na agenda política, vendo-se o Judiciário investido de uma capilaridade sem paralelo na história do Ocidente, processo robustecido por uma legislação que jurisdiciona quase todos os aspectos da vida social, da família à escola, da cidade ao meio ambiente, em um contexto de partidos e sindicatos debilitados e de um Estado que procura se desonerar de obrigações sociais.

Tais mutações sociais de largo alcance, sempre sinalizando no sentido da admissão do papel do direito, suas instituições e procedimentos na política e nas relações sociais, não serão indiferentes à teoria constitucional, tal como se evidenciou nas Cartas promulgadas na esteira da democratização da Ibéria européia. A inovação radical, de inspiração germânica, foi animada pela intenção de ultrapassar o constitucionalismo liberal, marcado pela defesa do individualismo racional, por um constitucionalismo societário e comunitário, que, segundo P. Häberle, compreende a Constituição como a “sociedade mesma constituída” (Häberle, 1997:38). Nessa concepção, rompe-se com a tradição liberal da Constituição enquanto sistema fechado, orientado a garantir a autonomia privada,

entendendo-a como obra aberta em que se devem realizar, em uma democracia de cidadãos, os valores da igualdade e da dignidade humanas¹.

Presentes ecos rousseunianos e da democracia radical do Marx de 1843 – “a Constituição é o povo” –, tal modelagem supõe um indivíduo civicamente virtuoso em uma sociedade que realizou de forma feliz sua história institucional e se dotou da capacidade de se construir pela livre deliberação dos seus cidadãos. A recepção brasileira da Constituição como obra aberta, tal como sugerido por Paulo Bonavides (1996), não ignora os constrangimentos que lhe são impostos pela natureza da sociedade: “para a eficaz aplicação [da Constituição aberta], a presença de sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores, sem dúvida, difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento.”

Como escrevi, em outra oportunidade, a recepção da teoria de P. Häberle pelo constitucionalismo brasileiro, supondo uma prévia democracia de cidadãos, não poderia partir dos valores e princípios de organização da sua sociedade, “historicamente carente de mentalidade cívica e de cultura política democrática” (Werneck Vianna et al, 1999:40). Essa falta deveria ser suprida pelos valores e princípios da igualdade e da dignidade humanas, que conformariam o patrimônio cultural do Ocidente, a serem positivados no seu direito constitucional na declaração dos seus direitos fundamentais. Tal como na Constituição portuguesa, adota-se a fórmula comunitarista, na designação de Gisele Cittadino, entendendo-se que os direitos fundamentais, dizendo respeito aos indivíduos, os transcenderiam, traduzindo a vontade geral da sociedade quanto aos fins que deveriam ser buscados e concretizados (Andrade, 1983:144).

¹ Sobre o constitucionalismo comunitário, ver o excelente *Pluralismo, Direito e Justiça Substantiva*, Cittadino, Gisele, 1999, p. 11 e segtes.

A concretização dos direitos fundamentais – expressão da vontade geral – se apresentaria como uma obra aberta às futuras gerações. Desconfiado, porém, do legislador ordinário e do sistema da representação política, o constituinte terá dotado a sociedade de instrumentos procedimentais que lhe permitissem agir no sentido de garantir a eficácia daqueles direitos. Cittadino (1999:19) vai ao ponto: “é, portanto, pela via da participação político-jurídica [...] que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa.” Na mesma linha de argumentação, Bonavides (1993:9-10) vai além, ao preconizar a “politização da juridicidade constitucional dos três Poderes”, transferindo-se “ao arbítrio do povo” o funcionamento dos mecanismos de governo. Assim, se o legislador está vinculado constitucionalmente aos direitos fundamentais, que são direitos de eficácia imediata, cabe à sociedade, por meio dos mecanismos institucionais estabelecidos, ao lado dos atores da representação política ou sem eles, lutar por sua aplicabilidade.

Ao aderir a esse movimento, a Carta de 1988 realiza uma surpreendente confirmação da tradição republicana brasileira, que, ainda nos anos 1930, recobriria duas dimensões cruciais à modernidade – o mercado político e o mercado de trabalho – com o direito, suas instituições e procedimentos, por meio da criação da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho. Decerto que a leitura crítica dessa tradição, situada em um tempo democrático, terá como alvo a erradicação daquela cultura política autoritária, como exemplar na legislação sobre o mundo do trabalho que vinculava os sindicatos ao Estado. Nisso, ela será claramente descontínua à tradição republicana, mas, em suas inovações institucionais optará por uma inequívoca linha de continuidade com ela.

Contínua também em seu diagnóstico cético quanto às possibilidades de as instituições da representação política, em país socialmente desigual, sem história de auto-organização e carente de sedimentação das virtudes cívicas, serem capazes, por si sós, de conduzirem a sociedade em direção aos ideais da justiça

social. Notem-se, aqui, as áreas de vizinhança das interpretações do constituinte com as que nos vêm da hora remota de consolidação do nosso Estado-nação, como as de Visconde do Uruguai, que opunha o primado do público e do Direito Administrativo aos ideais do *self government* para os fins da formação de uma cultura cívica no Brasil. Em uma sociedade naturalmente desarticulada, o Estado deveria se investir do papel de agente pedagógico na socialização das virtudes da cidadania, razões a serem reiteradas, na terceira década do século XX, por Oliveira Vianna ao justificar a legislação sindical e trabalhista que então tomava forma.

Em 1988, o constituinte recusa o caminho de uma Carta limitada a instituir procedimentos para a formação da vontade coletiva e as garantias de autonomia aos indivíduos. Ele parte de uma interpretação do Brasil, em função da qual determina um programa substantivo a ser perseguido pela coletividade, tal como nos incisos do art. 3º do título que trata dos princípios fundamentais que devem nortear os objetivos da República: construir uma sociedade justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição visa, pois, o futuro e se empenha programaticamente, ao definir os direitos sociais, no terreno das políticas públicas. A jurisdicização desses direitos vincula o legislador ordinário aos seus comandos, cabendo à sociedade provocar o Judiciário, mediante novos institutos criados pela Constituição, no sentido de garantir a sua aplicabilidade. Nesse preciso sentido, a judicialização da política se apresenta, entre nós, como uma derivação da vontade do constituinte, ao mobilizar o *médium* do direito como recurso da sua engenharia a fim de tornar viável a sua concepção de constituição como obra aberta.

Em tese, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão consistiram nos instrumentos mais fortes previstos no sentido de conferir aplicabilidade à norma constitucional portadora de direitos e liberdades e das prerrogativas inerentes à cidadania, deixados inertes em virtude de ausência de regulamentação. Por meio deles, estaria disponível à sociedade quer pela iniciativa de qualquer cidadão – no caso do Mandado de Injunção –, quer pela iniciativa da comunidade de intérpretes da Constituição – no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – o recurso ao Judiciário, a fim de encontrar remédio para uma eventual omissão do poder público quanto aos direitos que lhe foram outorgados constitucionalmente. Com essa construção, o constituinte, pela mediação da sociedade, procurava impedir que as normas e garantias dispostas na Carta se revestissem de caráter simbólico, uma vez que as declarara, no parágrafo 1º do artigo 5º, no título que trata dos direitos fundamentais, como de aplicação imediata (Silva, 1997).

Promulgada a Constituição, as expectativas contidas nesses dois cruciais artigos esbarraram nos vértices institucionais do Poder Judiciário, cuja manifestação foi de molde a desencorajar o caminho aberto por eles, sobretudo por avaliar que não lhe cabia exercer papéis que o aproximassem da figura, que temia, do juiz legislador². Sem a adesão do Judiciário, se frustra uma das principais vias para a concretização da Constituição como obra aberta. Mas outras inovações teriam melhor sorte, especialmente as que redefiniram o papel do Ministério Público na vida republicana e as que se dedicaram à democratização do acesso à Justiça com a criação da Defensoria Pública e dos Juizados de Pequenas Causas, denominados, posteriormente, de Juizados Especiais. Destino imprevisto, explicável talvez pela conjuntura política da época, tiveram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade – instrumento de uso corrente, hoje, por parte de partidos políticos e organizações sociais, tanto as de trabalhadores como as empresariais.

² Entre outros estudos da época, ver Vieira, 1994, especialmente o capítulo 5.

A nova fórmula constitucional do Ministério Público será, talvez, o caso mais eloqüente da operação intelectual do constituinte, que democratiza a sociedade a partir de uma reinterpretação da nossa história republicana, pois a ele – um ente público – confia a representação da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, ao convertê-lo em instituição acessível às demandas da sociedade. Com efeito, o papel estratégico reservado ao Ministério Público na ordem democrática significa uma clara opção pela perspectiva que balizou a intenção do legislador, a de *continuar-descontinuando*, à medida que, com isso, pretendeu valorizar a representação funcional. A representação funcional, como indicado enfaticamente pela bibliografia, foi forma dominante na modernização autoritária do país no período 1930-45 – no Estado Novo, exclusiva –, tendo passado a coexistir, em papel relevante, com a representação política a partir do retorno à ordem democrática, em 1945, tal como ilustra a história do PTB, um partido político nascido da estrutura corporativa sindical.

Com esse novo Ministério Público, ao qual a Carta “deferiu uma atenção [...] inédita na história do Brasil e de difícil paralelo no direito comparado” (Mendes, Coelho, Branco, 2008, p. 992), a sociedade conquista um intérprete privilegiado, no sentido de buscar a concretização dos princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição, como o irá demonstrar a sua prática no exercício das Ações Cíveis Públicas, reveladora das tensões e também de fecundas aproximações entre as duas formas de representação, a política e a funcional (Casagrande, 2008).

No controle da constitucionalidade das leis, outro momento crucial na tomada de decisão do legislador de 1988, a representação funcional é admitida como parte legítima, elevadas à comunidade de intérpretes, entre outros agentes políticos e sociais, as confederações sindicais. Aos sindicatos atribui-se ainda legitimidade para serem autores das Ações Cíveis Públicas e dos Mandados de Segurança Coletivos a fim de interpelarem preceitos constitucionais, “o que implicou destinar parte da sua atividade institucional ao Poder Judiciário, contrariando a experiência

que nos vinha dos anos 30, em que a participação sindical se articulava exclusivamente com o Executivo ou com um ramo daquele Poder especializado na sua jurisdição, o Judiciário Trabalhista” (Werneck Vianna, Burgos, 2002:385).

De uma perspectiva mais ampla, o *continuar-descontinuando* da Carta de 1988 se expressa na operação que faz do direito a sua principal referência ético-pedagógica. O componente autoritário dessa tradição, entre outros traços característicos, foi o de associar entes da representação funcional, como os sindicatos e o Ministério Público, à malha do Estado, concebendo os primeiros – lugar de vida associativa regulada pelo Direito do Trabalho e por um ramo próprio do Judiciário – como correia de transmissão a solidarizar o mundo do trabalho ao Estado, instância definidora dos objetivos estratégicos nacionais, e o segundo, o Ministério Público, como instrumento legal de imposição da sua vontade. A Carta de 1988 inverte esse circuito: a sociedade não está vinculada ao Estado e à sua interpretação dos ideais civilizatórios, mas aos princípios e direitos fundamentais declarados pelo constituinte como a expressão da vontade geral, passíveis de concretização por parte da cidadania pela via do direito, suas instituições e procedimentos. A representação funcional muda seu centro de gravidade, do Estado para a sociedade, que, pela sua atividade e a partir de suas organizações, passa a ter o poder de mobilizar, para se defender ou adquirir novos direitos, o inventário de valores positivado na Constituição.

Sob essa formatação democrática, a representação funcional – nela compreendido, por definição, o Poder Judiciário –, problematiza a questão clássica da soberania. Esse *tertius*, embora limitado a uma função técnica e apesar de não ancorado no voto nem submetido ao controle dos eleitores, é chamado a exercer, pelo sistema da Constituição brasileira, a *representação* dos princípios e dos direitos fundamentais do corpo político, vale dizer, da filosofia neles positivada³.

³ Desenvolvi este tema mais amplamente em “A Revolução Processual do Direito e a Democracia progressiva”, in *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Werneck Vianna, Burgos, 2002.

Assim, nesse poder de natureza especial, o povo soberano pode invocar o princípio da sua superioridade originária sobre o que dele emana – os poderes delegados ao Executivo e ao Legislativo –, “estranho metapoder [que] é a coluna mestra do exercício da soberania popular”, na elegante análise de M. Gauchet (1995:276). Para o constituinte, o Judiciário deveria tornar-se uma arena de fato da democracia participativa, capilarmente aberta à sociedade, garantidora e via de concretização dos amplos direitos nela previstos.

A modelagem constitucional como obra aberta, requeria, entre outros fatores relevantes, um Poder Judiciário de cultura jurídica moderna, ágil e preparado para a massificação da litigação, que ela pressupunha, ao lado de uma sociedade minimamente estruturada em torno dos seus interesses e consciente dos seus direitos. Frustrada a intenção da arquitetura original, de que, ao menos até então, testemunha a má sorte do mandado de injunção na jurisprudência brasileira, ficou a ampliação, tendência que aparenta não conhecer limites, do papel do direito, seus procedimentos e instituições na sociedade brasileira, na política e nas relações sociais. Tal tendência não vem deixando de fora a própria atividade parlamentar, que, por natureza, deveria ser estranha a ela, como ocorre com a proliferação atual das comissões parlamentares de inquérito, quando a política se reveste da forma dos tribunais, e tem encontrado a sua mais incisiva confirmação nas ações civis públicas que visam intervir no âmbito das ações governamentais.

Esse processo deve-se, pois, ao constituinte que, na hora da sociedade brasileira inventar uma democracia para si, reiterou a estratégia dos formadores do Estado-nação: forjar uma nacionalidade, na célebre análise de Euclides da Cunha (1999: 149), a partir de uma teoria política. No seu caso, diversamente, intentava-se dar base a uma democracia de cidadãos. Nos dois momentos, a mesma desconfiança quanto às possibilidades de que a sociedade, na ausência de uma prévia sinalização do sentido a ser perseguido, viesse a atingir “os ideais da civilização”, propósito dos estadistas do Estado nascente, ou se tornar uma

república democrática e social, na intenção do constituinte de 88. Os efeitos inesperados da sua ação, que flertavam com formas criativas de democracia direta, tiveram, no entanto, o condão de estimular o processo de judicialização da sociedade e da política, hoje, um dos mais evidentes entre as democracias ocidentais, não se podendo responsabilizar para a emergência de tal fenômeno um suposto ativismo do Poder Judiciário. Longe de ter suas raízes na ação do juiz, ele deriva da obra do legislador, primeiro, do constituinte, depois, do legislador ordinário.

Promulgada a Carta, democratizado o país, a representação política vai se defrontar com uma sociedade, finalmente livre em seus movimentos, que passara pela experiência de duas décadas de intensa modernização econômica e social em situação de imobilidade política e de depauperamento da sua vida associativa. A sociabilidade que então emerge não mantém vínculos com as instituições republicanas, em especial com os partidos políticos, e vai se achar limitada em seus movimentos pelo esvaziamento da vida sindical. Dissociada, sem conhecer formas de socialização orientadas para ações na esfera pública, a multidão de homens comuns, portadora de novos interesses e expectativas de direitos, não tem como reconhecer na vida republicana, lugar novo que agora lhe é facultado, as instituições que possam atender a urgência da sua larga agenda de pretensões.

Em particular, porque, logo que a nova Carta entra em vigor, tem início a campanha neoliberal, vitoriosa na sucessão presidencial de 1989, que contestava o seu programa social. Não por acaso, desde aí, a “oferta” dos novos institutos nela disciplinados vai encontrar uma vigorosa demanda, tanto nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de lei, um dos recursos com que a sociedade organizada pretendeu enfrentar as reformas neoliberais então em pleno curso, como nas ações civis públicas e nas ações populares. Para esse resultado, concorreram, significativamente, o Ministério Público, expedito no exercício dos seus novos papéis constitucionais, dando vida às Ações Civis Públicas, e a forte afluência da

população aos Juizados Especiais em defesa dos seus interesses contra empresas e o Estado, levando a que se concedesse ao tema do acesso à Justiça um lugar relevante na formulação de políticas públicas (Werneck Vianna, Burgos, 2002; 2005).

Sob essas circunstâncias, o sistema da Justiça, seus juízes e demais agentes, entre os quais os defensores públicos, passam a cumprir funções de engenheiro social ou de terapeuta, quando não o de prestadores de serviços de cidadania, como nos casos dos Juízes das Varas de Infância e Juventude e das caravanas volantes dos Juizados Especiais no *hinterland* do país. Escora de proteção para uma sociedade que destituiu, contra a sua própria Constituição, o público e deprimiu os ideais e as práticas republicanas em favor do mercado, o Judiciário brasileiro, malgrado sua história e vocação de insulamento institucional, se vê identificado como um substituto funcional do Estado do bem-estar, identificação que chega a se manifestar até nos pleitos judiciais por remédios para certas doenças crônicas e nos conflitos derivados dos planos de saúde.

Por sua parte, a reação do Legislativo às reformas neoliberais assumiu o mesmo sentido da obra constitucional, ampliando e aprofundando o processo de juridificação que nela se fazia presente. Se a sociedade não contaria com o sistema de proteção do *welfare state*, e não encontrava, por força da sua fragmentação, instrumentos próprios de defesa na vida partidária e sindical, o legislador estende a ela, tópica e tematicamente, uma rede de proteção. O garante, em última instância, dessa rede será, por iniciativa da representação política, a institucionalidade da representação funcional. É o próprio legislador, portanto, quem confirma o Judiciário no seu papel de equivalente funcional do “*welfare*”.

Assim, em 1989, cria-se a lei que trata da proteção aos portadores de deficiência física e a que põe sob tutela jurisdicional os interesses dos investidores do mercado de valores mobiliários; em 1990, o crucial Código de Defesa do

Consumidor, que não só levou à ampliação do uso das Ações Cíveis Públicas como potencializou a força do Ministério Público, ao dispor, em seu artigo 113, parágrafo 6º, que esse agente institucional poderá “tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título extrajudicial”, convertendo-o, portanto, em uma arena complementar ao Judiciário; ainda em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei Orgânica da Saúde; em 1993, a Lei de Proteção ao Idoso e a Proteção das Minorias Étnicas. Seguem-se a essas a Lei das Águas, em 1997, a que regulou os Planos Privados de Saúde, em 1998, o Estatuto da Cidade, em 2001 e o do Idoso, em 2003. O Estatuto da Cidade teve seu alcance alargado com a regulação do usucapião urbano pelo novo Código Civil, de 2002, com o que difundiu o mundo do direito na vida popular das favelas.

A projeção do papel do Judiciário na vida social ainda se torna mais compreensiva com as leis que vão tratar dos temas da improbidade administrativa, em 1992, e da responsabilidade fiscal, em 2000, incorporando o controle da Administração Pública ao sistema de proteção dos interesses difusos e coletivos. Com isso, facultam-se à sociedade o exercício do controle sobre atos da Administração, quer pelas vias da Ação Cível Pública, quer pelas das Ações Populares.

Essa poderosa malha que recobre a sociedade quase inteira, estimulando a ampliação dos mecanismos da representação funcional e facilitando à cidadania o acesso a ela – exemplares disso a afirmação institucional da Defensoria Pública e a proliferação dos Juizados Especiais –, além de resultar na legitimação da judicialização da política, tem ensejado a aparição de um personagem novo na cena republicana: as associações de magistrados. Essas associações, em particular a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), antes meras instâncias de demandas corporativas, crescentemente se comportam como mais um ator da esfera política, visando atuar diretamente no debate sobre a formação da opinião

pública, no que já rivalizam com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por décadas o canal mais expressivo da opinião das profissões jurídicas. Exemplo disso, dentre outros, é a atual campanha promovida pela AMB em favor do princípio da moralidade como critério obrigatório a fim de conceder registro aos candidatos à representação política.

Essa inédita emergência do Poder Judiciário não se tem feito sem problemas. Em primeiro lugar, na forma do que se tem sustentado, porque essa emergência não resulta da sua obra, mas do legislador. Foi ele quem, ao sentir a erosão do espaço republicano, confiou a defesa dos interesses e direitos aos diretamente envolvidos, pondo-lhes à disposição instrumentos jurídicos, a fim de que pudessem exercitá-la. Em segundo lugar, porque foi exposto à prática do novo texto constitucional em questões altamente sensíveis, como as que envolveram o chamado processo de privatização de empresas estatais. Nem o magistrado, nem a sociedade estavam preparados para mudança de tal envergadura. Contudo, após vinte anos de experiência, quer com origem no vértice do sistema, quer no magistrado singular, se foram sedimentando decisões e interpretações que vieram a conformar o Judiciário como um novo ator da política brasileira.

A reação a essa presença do Judiciário, incômoda, sobretudo em matérias econômico-financeiras, achou seu mote na denúncia de sua pesada e antiquada estrutura burocrática e da inaceitável morosidade do seu processo decisório, agravada pela revelação de casos de corrupção entre magistrados, culminando, após intensa campanha, na aprovação da emenda constitucional de nº 45, que disciplinou o controle externo da magistratura. Entre os efeitos já conhecidos da nova lei, desde os positivos, como uma maior racionalização da administração do sistema judiciário, o mais inquietante tem sido o da imposição do primado do seu vértice, em particular o Supremo Tribunal Federal, cujo presidente também preside o Conselho Nacional de Justiça, e o Superior Tribunal de Justiça, sobre a

base da magistratura singular, com óbvias repercussões sobre a criatividade interpretativa do sistema como um todo ⁴.

Se uma das expectativas da emenda constitucional era a de que os tribunais superiores manifestassem maior moderação face ao poder político, ao menos até aqui ela se frustrou. O STF chegou a conhecer ações, cujo objeto dizia respeito a questões regimentais do Poder Legislativo, e recentes decisões do Tribunal Superior Eleitoral mal disfarçam a presença de um juiz legislador. Além da sua desenvoltura na assunção de papéis políticos, ocupando lugares vazios deixados pelo Legislativo, o STF se tem comportado como uma agência de legitimação da judicialização da política, tal como se atesta nos seus julgamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁵.

De outra parte, a atual magistratura se vem tornando mais responsiva diante de questões sociais com as quais se vê confrontada – os casos de Ações Civis Públicas são exemplares disso. E não por acaso se volta a falar que a nova cultura jurídico-política de que é portadora, filha direta da filosofia da Carta de 88, sustentada, no que lhe é essencial, por suas associações, estaria atentando contra o princípio da certeza jurídica em nome de uma *justiça de cádi*. A renovação da bibliografia, o intercâmbio crescente com a magistratura de outros países, a valorização da pós-graduação entre seus quadros, são outros indicadores de mudanças no perfil da corporação.

A Defensoria Pública, que somente agora tem conhecido plena institucionalização, tende a estimular, em razão das relações capilares que mantém com os setores subalternos, a legitimação entre eles da cultura política expressa na Constituição, como evidente em suas ações nos movimentos quilombolas, nas lutas pelo solo urbano das populações faveladas e no tema dos direitos humanos.

⁴ As razões da reação da magistratura ao tema do controle externo está discutida no excelente *Justiça em Mutação*, Carvalho, Luiz Fernando, 2008.

⁵ Para um estudo monográfico sobre as ADINS, ver “Dezessete Anos de Judicialização da Política”, Werneck Vianna, Luiz, Burgos, Marcelo, Salles, Paula, 2007.

Uma vez que sua agenda institucional, em muitos casos, se confunde com a do Ministério Público, agência historicamente mais enraizada, é de se esperar que ela, a fim de imprimir um caráter distinto à corporação, desenvolva uma linha afirmativa em suas relações com a sociedade. A modelagem do constituinte se consolida: a carta de direitos que estipulou se encontra com os atores e os institutos criados para lhe concederem eficácia.

A densa presença do Judiciário, entretanto, não tem motivado reações por parte da representação política, boa parte dela, à direita e à esquerda, com tradição de recorrer a ele nas suas controvérsias – as ADINS, o caso ilustre –, e mesmo em muitas das suas iniciativas políticas, como freqüente no tema ambiental, quando atua em sintonia com o Ministério Público em Ações Civis Públicas. Até aqui não se conhece a denúncia de “governo de juízes”, comum em outros contextos nacionais, e a representação política tem dado claros sinais de que, pragmaticamente, admite a emergência da representação funcional. Mas, a questão da relação entre essas duas representações é complexa e sensível demais, e, embora as ciências sociais brasileiras já tenham acordado sobre a necessidade de uma forte reflexão sobre ela, estamos ainda muito longe de descortinar um caminho confiável para o seu enfrentamento.

Luiz Werneck Vianna

Rio, 22 de junho de 2008

Referências bibliográficas

ANDRADE, José Carlos Vieira de. (1983), *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, Livraria Almedina.

BONAVIDES, Paulo. (1993), *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte, Livraria Del Rey.

BONAVIDES, Paulo. (1996), *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros Editores.

CASAGRANDE, Cássio. (2008), *O Ministério Público e a Judicialização da Política*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.

CARVALHO, Luiz Fernando. (2008). *Justiça em Mutação*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.

CITTADINO, Gisele. (1999), *Pluralismo, Direito e Justiça Substantiva*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.

CUNHA, Euclides da. (1999), *A Margem da História*. São Paulo, Editora Martins Fontes.

GARAPON, Antoine. (1999), *O Juiz e a Democracia*. Rio de Janeiro, Editora Revan.

GAUCHET, Marcel. (1995), *La Révolution des Pouvoirs*. Paris, Gallimard.

GIDI, Antonio. (2008), *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro, Editora Forense.

HÄBERLE, Peter. (1997), *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade dos Instérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.

HENSLER, Deborah R. etal. (2000), *Class Actors Dilemmas: pursing public goal for private gain*. Santa Monica, CA: Rand Institute for Civil Justice.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. (2008), *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição, São Paulo, Editora Saraiva.

MILARÉ, Edis. (2001), *Ação Civil Pública*._São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

ROUSSEAU, Dominique. (1997), *Sur Le Conseil Constitutional – La Doctrine Badinter et la Démocratie*, Paris, Descartes, Cie.

SILVA, José Afonso da. (1997), *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13ª edição, São Paulo, Malheiros Editores.

VIEIRA, Oscar Vilhena. (1994), *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência política*, São Paulo, Editora revista dos Tribunais.

WATANABE, Kazuo. (2001), “Prefácio”, in MILARÉ, Edis, *Ação Civil Pública*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

WERNECK VIANNA, Luiz, CARVALHO, Maria Alice, PALACIOS, Manoel, BURGOS, Marcelo. (1999), *A Judicialização da Política e das Relações Sociais*. Rio de Janeiro, Editora Revan.

WERNECK VIANNA, Luiz, BURGOS, Marcelo. (2002), “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva”, in *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, WERNECK VIANNA, Luiz (org.). Belo Horizonte, UFMG.

WERNECK VIANNA, Luiz, BURGOS, Marcelo. (2005), Entre princípios e Regras: cinco estudos de caso de ação civil pública”. *Dados*, Volume 48, número 4, Rio de Janeiro, IUPERJ.

WERNECK VIANNA, Luiz, BURGOS, Marcelo, SALLES, Paula. (2007), “Dezessete anos de Judicialização da Política”. *Tempo Social*, volume 19, nº 2, São Paulo, USP.

Nota biográfica:

Bacharel em Direito (UERJ, 1962), Ciências Sociais (UFRJ, 1965), doutorado em Ciências Sociais (USP, 1976); professor- pesquisador do IUPERJ; Liberalismo e Sindicato no Brasil, 1976 (4ª edição, 2000), A Revolução Passiva – Iberismo e Americanismo no Brasil, 1997 (2ª edição 2004), A Judicialização da Política e das Relações Sociais, 1999; A Democracia e os Três Poderes no Brasil (org.), 2000; foi diretor-executivo do IUPERJ (1987-1988) e presidente da ANPOCS (2003-2004).

