

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Horácio Wanderlei Rodrigues – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-212-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho (GT) Constituição e Democracia I, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado nos dias 6 a 9 de julho de 2016, na Universidade de Brasília (UnB), contou com a presença de autores e autoras dos vinte e cinco textos que agora passam a integrar esta publicação, na qual figuram de acordo com a ordem alfabética de seus próprios títulos – ordem que, aliás, orientou sua apresentação e discussão no referido GT, por decisão dos participantes, quando da abertura das atividades.

De forma mais ou menos intensa, o conjunto dos textos reflete a preocupação com temas que ocupam o centro das discussões contemporâneas sobre jurisdição constitucional e democracia.

A questão do ativismo judicial é o foco central de vários dos artigos apresentados, além de merecer, em outros tantos, também alguma referência, ainda que secundária. Desde o debate filosófico-político animado por teóricos como Waldron, Vermeule, Tushnet e Habermas até as análises sobre objetos específicos – como a proposta de Emenda Constitucional n.º 33 /2011, a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, ou a função normativa da Justiça Eleitoral – são problematizados os limites da ação do Poder Judiciário e sua necessária interseção com o princípio democrático, o princípio da separação dos poderes e o da inafastabilidade da função jurisdicional.

Constituição como centro do ordenamento jurídico, normatividade dos Direitos Humanos, constitucionalização “do Direito” e constitucionalização “de direitos”, nomeadamente os direitos de acesso à justiça e à informação, figuram entre os temas tradicionais do campo jurídico-constitucional que mereceram enfoque analítico, sob a perspectiva da efetividade da Constituição e seu impacto na realidade brasileira, no tocante à construção da cidadania e à consolidação da democracia no País.

Outro tema de que se ocupam alguns dos textos ora apresentados, e que também corresponde à tradição dos debates do mesmo campo jurídico, é o da interpretação e da hermenêutica constitucional.

Alinham-se ainda outros artigos na temática da exclusão, inclusive das chamadas “ondas neoliberais”, da questão da justiça social e das desigualdades, da dignidade da pessoa

humana e da participação da sociedade civil e dos movimentos sociais, sob a ótica jurídica e econômica.

Finalmente, integram esta publicação artigos que podem ser reunidos sob a ideia comum da aplicação dos princípios constitucionais, a despeito dos variados temas específicos de que se ocupam, desde o meio-ambiente e o federalismo até o poder investigatório do Congresso Nacional e suas limitações e a questão da democratização da informação como coisa distinta do espetáculo, na discussão sobre o Supremo Tribunal Federal e a mídia.

Toda apreciação que destaca os elementos gerais de análises distintas, apesar da identidade do campo de conhecimento em que estão situadas, corre o risco de uma simplificação. Nada substitui a atividade do leitor em contato direto com o texto, sem a intermediação de um intérprete. Por isso mesmo, a apresentação que ora se faz do conjunto dos artigos componentes do GT Constituição e Democracia I, tem o objetivo de uma provocação, tem a pretensão de funcionar como um convite à leitura.

Brasília, julho de 2016

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos G. de Rezende (Universidade de Brasília - UnB)

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (Faculdade Meridional)

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA DEMOCRACIA DE JÜRGEN HABERMAS

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND JÜRGEN HABERMAS' DEMOCRATIC THEORY

Marcus Firmino Santiago ¹

Resumo

Não é recente o debate sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário. O tema, contudo, ganhou nova dimensão nas últimas décadas em razão do crescimento da jurisdição constitucional, consequência da expansão dos direitos fundamentais e sua força vinculante. Esta mudança permitiu aos juízes decidirem as mais variadas questões da vida social, muitas vezes colocando-se em conflito com os poderes políticos. Diante deste contexto, este artigo discute o conceito de democracia a partir da teoria de Jürgen Habermas, procurando demonstrar que o Judiciário pode funcionar como um espaço de diálogo social, postura que lhe conferiria uma legitimidade diferenciada e extremamente necessária.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Democracia, Participação social, Jürgen habermas

Abstract/Resumen/Résumé

There is an ancient debate about the democratic legitimacy of the Judiciary branch. This discussion becomes more important at the last decades due to the enlargement of the constitutional jurisdiction, possible thanks to the expansion of the fundamental rights and its binding force. This change allowed to the judges decide several social issues, which often put themselves in a collision route with the political branches. In this context, this article debates the Jürgen Habermas concept of democracy, seeking to demonstrate that the Judiciary can be a space for social dialogue, what would give it a new and extremely necessary legitimacy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, Democracy, Social participation, Jürgen habermas

¹ Doutor em Direito. Professor do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público. Advogado.

Introdução

O modelo constitucional que se desenvolve no correr da segunda metade do Século XX traz uma nova lógica que substitui a presente nas origens do constitucionalismo. Se, de início, a prioridade do sistema jurídico era o controle sobre o poder político estatal, contendo sua capacidade de intervir nas relações sociais, agora o foco do sistema normativo é o reconhecimento e a promoção dos direitos fundamentais.

Alçados a condição de existência de regimes democráticos no cenário contemporâneo, os direitos fundamentais, com sua base normativa constitucional, apresentam-se como elementos definidores do agir estatal, vinculando as escolhas políticas. Com isso, a discricionariedade estatal se vê circunscrita em uma esfera juridicizada, com o que se abre espaço para um controle judicial sobre a implementação e os resultados das medidas voltadas à tutela de tais direitos.

Semelhante realidade, presente no cenário contemporâneo ocidental, permite ao Judiciário, no exercício de sua função típica, assumir um papel de protagonismo face aos demais poderes estatais, tomando para si tarefas que tradicionalmente lhe seriam estranhas. E o modelo constitucional adotado pelo Brasil, na esteira da transformação experimentada pelo mundo europeu no pós-guerra, chancela semelhante atuação na medida em que permite inserir no rol de atribuições do Judiciário o controle das escolhas políticas, as quais, como dito, em grande medida são também jurídicas.

O problema que decorre desta realidade reside na ausência de mecanismos concretos que permitam uma fiscalização efetiva sobre o resultado da atividade jurisdicional. Afinal, se os poderes políticos, bem ou mal, encontram-se submetidos a um permanente controle social, o Judiciário, por sua estrutura, modo de funcionamento e de provimento de cargos, fica fora deste modelo. Os eventuais excessos que, até por força da natureza humana, tendem a acontecer acabam restando isentos de qualquer controle externo ao próprio Judiciário.

Neste sentido, mostra-se relevante o estudo da teoria democrática de Jürgen Habermas, na medida em que esta oferece alternativas conceituais que permitem conferir um novo fundamento de legitimidade para a atuação judicial. Isto é consequência de sua defesa quanto à adoção de uma postura aberta ao diálogo social e institucional capaz de permitir o alcance de decisões consensualmente construídas.

Desta forma, o presente estudo se propõe a apresentar os fundamentos da teoria habermasiana e discutir sua possibilidade de aplicação ao Poder judiciário, especialmente no exercício da jurisdição constitucional.

1. Constitucionalismo e Democracia: valores em conflito?¹

O redesenho constitucional que se opera a partir de meados do Século XX, especialmente no mundo europeu e americano, confere a estes diplomas normativos a tarefa de figurar como repositório de valores sociais, ponto de equilíbrio entre diferentes - e mesmo divergentes - grupamentos humanos, proclamação dos ideais de harmonia social, exaltação do ser humano e justiça social.

O reconhecimento da diversidade como uma característica das sociedades contemporâneas, aliado à busca por inscrever em seus textos o mais extenso rol de direitos fundamentais, faz com que as Constituições materializem um momento de tensão entre as vontades expressadas por grupos majoritários e a necessidade de conferir proteção aos segmentos minoritários. Nesta medida contribuem decisivamente para a redefinição do conceito de democracia, cada vez mais distante de uma ideia de *governo das maiorias*.

Esta relação complementar entre constitucionalismo e democracia, contudo, nem sempre foi compreendida de forma tão natural. Como explica Loewenstein, fruto da chamada *Era das Revoluções*, o constitucionalismo surgiu como uma tentativa de estabelecer um fundamento racional para a existência da autoridade estatal, firmando em bases jurídicas o relacionamento entre governantes e governados, com o que quaisquer justificações pautadas na força bélica ou em argumentos de cunho mítico religioso seriam afastadas.² Neste sentido, o constitucionalismo entra em cena opondo limites tanto aos governantes quanto à sociedade, numa tentativa de permitir o alcance de um equilíbrio entre estas duas forças.

A partir da segunda metade do Século XIX, contudo, as massas populares conseguiram se organizar e reivindicar crescentes espaços no cenário estatal, o que iniciou um processo de recuperação da antiga ideia de poder dos homens como fundamento primeiro de validade e

¹ Por *constitucionalismo* compreende-se um modelo de organização estatal no qual o poder se encontre absolutamente controlado, em uma ordem claramente delineada pelo sistema normativo que se impõe perante as vontades dos governantes; e o significante *democracia* identifica um regime no qual a sociedade tenha a plena capacidade de fazer valer suas vontades e ver defendidos seus direitos, levando suas manifestações a espaços públicos de debate, independentemente de serem a expressão de grupos numérica, política ou economicamente majoritários, com o mais absoluto respeito pelas diferenças.

² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 4. reimpressão. Barcelona: Ariel, 1986. p. 150.

razão para existência do Estado. Na busca por maior igualdade de participação, maior equilíbrio entre poderes e pessoas, foi uma consequência natural o crescente questionamento acerca da faceta controladora que impregnava as Constituições.

Naquele instante, passou a se mostrar presente o *paradoxo do constitucionalismo*, que ao mesmo tempo liberta (do absolutismo despótico) e oprime (a vontade das maiorias, inscrita nas Constituições). As leis expressam a vontade ilimitada dos cidadãos reunidos sob o Estado, mas, ao mesmo tempo, determinam um conjunto de limites para o pleno exercício da potência soberana, cuja expressão passa a se ver contida pelos direitos fundamentais positivados nas Constituições.³

De repente se percebeu que, ao se agregar às Constituições a tarefa de preservar liberdades individuais, estas se colocaram como um obstáculo ao plano originário forjado pela multidão soberana, em uma postura dita *contramajoritária*. Assim é que um dos alicerces do constitucionalismo - a defesa de direitos fundamentais de liberdade - se opôs ao ideal de proteção universal social concebido pelas teses que afirmaram o poder soberano dos homens.

Quando entrou em cena a tentativa de erigir um novo conceito de democracia - pautado na defesa da igualdade de participação e do equilíbrio entre governantes e governados - a teoria constitucional dominante até as primeiras décadas do Século XX demonstrou dificuldade em admitir um meio termo que permitisse conciliar constitucionalismo e democracia. Daí que, em vários momentos, ou se afirmava somente ser legítima a Constituição que defendesse os direitos fundamentais, mesmo contra a vontade do povo, ou se sustentava que a legitimidade daquela apenas se fazia presente quando a vontade popular pudesse se manifestar de forma absoluta.⁴

Este antagonismo ainda é objeto de estudos e reflexões, dos quais emergiram relevantes contribuições para as teorias democrática e constitucional, hoje cada vez mais imbricadas. O pensamento sustentado por Habermas é um dos que enfrenta e busca solucionar este aparente problema, fornecendo sólida base teórica a partir da qual se pode compreender as relações entre Estado e sociedade nos tempos presentes.

2. Uma mirada sobre a teoria democrática habermasiana

Jürgen Habermas vem defendendo, já há mais de duas décadas, uma forma diferenciada de se compreender o fenômeno democrático, pautada na participação discursiva,

³ HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *in Era das Transições*. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 153.

⁴ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 154.

vista pelo autor como melhor mecanismo para construir consensos sociais capazes de amparar as decisões estatais. Sustenta a possibilidade de conciliar constitucionalismo e democracia, elementos que, antes de serem antagônicos, são interdependentes e complementares.

Habermas sugere uma via intermediária entre as vertentes democráticas que denomina de *liberal e republicana*, colhendo elementos em ambas a fim de superar aquilo que identifica como suas incoerências internas. Sua teoria deliberativa - ou discursiva - da democracia se assenta no processo de formação das vontades individuais e coletivas, depositando suas esperanças não na ação conjunta dos indivíduos ou em sua capacidade de articulação, mas na existência de procedimentos institucionalizados por meio dos quais seja possível captar as vontades sociais, assegurando uma manifestação minimamente racional e ordenada.

O conceito *liberal* de democracia pode ser resumido, a partir das concepções de Karl Loewenstein e John Rawls, como uma vertente teórica que sustenta assentar-se a democracia na garantia das liberdades privadas, a base para que as decisões políticas sejam tomadas pelo povo, que o faz por intermédio de representantes, aos quais entrega a tarefa de realizá-las.⁵

Nesta perspectiva, o debate público é organizado em torno de estruturas representativas, colocando-se o aparato político estatal como elo entre os indivíduos. Às instituições públicas incumbe acolher e dar ressonância às reivindicações sociais, promovendo as suas concepções de bem comum.⁶ Neste sentido, há democracia onde estejam presentes as condições para que as vontades privadas sejam explicitadas em espaços institucionais representativos, de modo a se construir consensos sociais.

A visão *republicana* do tema se assenta no reconhecimento de que cabe ao povo a titularidade sobre o poder constituinte, potência que pode ser exercida a todo instante, influenciando decisivamente nos rumos da vida estatal. Desta forma, é democrático o governo constituído, organizado e controlado pelos cidadãos, representando, portanto, um momento de autodeterminação popular.⁷ Ao reconhecer uma potência criadora ao povo, visto em uma dimensão de integridade, autores como Böckenförde enxergam na vida em comunidade estatal condição para a democracia. Com isso, a *liberdade individual* perde espaço para a ideia de *liberdade de participação*: “El principio de la libertad individual no puede sin embargo hacerse

⁵ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución. Op. cit.*, p. 90.

⁶ RAWLS, John. *Justiça como Equidade*. Uma reformulação. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 32.

⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. La Democracia como Principio Constitucional. *in Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000. p. 52-53 e 76-77.

valer en la democracia de un modo inmediato. Opera más bien de una forma mediata, dada la necesidad de una ordenación vinculante de la vida en común;”⁸

No republicanismo, a Constituição é produto da vontade dos indivíduos que, por seu turno, emerge de um processo inclusivo de formação de opiniões, e compreende mecanismos limitadores das vontades individuais como maneira de viabilizar a vida social.⁹ No liberalismo, destaca-se a importância em se circunscrever o poder estatal em um espaço controlado, de modo a impedir que os governantes venham a interferir demasiadamente nas esferas de liberdade individual. Assim, a restrição imposta pelo constitucionalismo ao exercício do poder não recairia propriamente sobre a sociedade, servindo antes como um instrumento para garantir que seus representantes não ultrapassem os limites das atribuições a eles conferidas.¹⁰

Habermas se afasta de alguns aspectos destas vertentes, refutando a noção republicana de que a Constituição é fruto de um acordo de vontades entre pessoas que pretensamente só querem o bem de todos, da mesma forma como rejeita a ideia liberal que afirma deverem as vontades individuais ser confiadas aos representantes, aos quais é dado construir artificialmente uma vontade comum.

Como no liberalismo, admite que a formação das vontades coletivas ocorre no espaço público, não dependendo de consensos formados espontaneamente. Por outro lado, entende que este processo não deve ocorrer necessariamente por intermédio do sistema representativo e certamente não de forma indireta e artificial. Em verdade, espera que os interesses individuais possam ser expostos e discutidos em instâncias públicas, utilizando-se de canais comunicativos institucionalizados nas Constituições, de modo que opiniões consensuais sejam construídas como resultado do uso público da razão, em um modelo fortemente participativo.

Os canais institucionais são informados por procedimentos que opõem limites para paixões e egoísmos privados, de modo que a formação das vontades políticas sociais não depende da interferência de homens virtuosos, ao contrário. Os freios procedimentais devem ser suficientes para permitir que os seres humanos, mesmo com sua propensão a desvios e abusos, consigam construir consensos em espaços públicos e por meio da atuação discursiva: “A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um

⁸ BÖCKENFÖRDE. La Democracia como Principio Constitucional. *Op. cit.*, p. 78.

⁹ Assim se busca construir uma democracia participativa, onde se faça presente o incentivo ao auto-governo dos cidadãos. AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17.

¹⁰ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. *Op. cit.*, p. 92-93.

conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito.”¹¹

As instâncias procedimentais para debate e formação de opiniões podem residir tanto no espaço estatal, como Parlamentos, órgãos administrativos ou o processo judicial, quanto extra-estatal, como variadas arenas sociais. Assim, “A formação de opinião que se dá de maneira informal desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado por via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável.”¹²

A elaboração de leis ou de políticas públicas seria, portanto, o ato final de um processo formativo de vontades que pode contar com a mediação estatal, mas sempre deve ser fruto de um debate público canalizado em instâncias capazes de permitir a livre expressão de opiniões, com controle sobre as paixões e egoísmos privados.

Da teoria liberal Habermas aproveita, ainda, a parcela que afirma a necessidade de o sistema de direitos fundamentais garantir a existência de espaços adequados para exercício das liberdades, sem o que não seria possível manifestar vontades livremente e, por conseguinte, estabelecer o diálogo social tendente à formação de consensos. Assim, a autonomia da vontade depende da prévia afirmação de direitos capazes de assegurar o respeito à autodeterminação.¹³

Daí que, sob a ótica discursiva habermasiana, os direitos fundamentais não devem interferir na esfera individual privada (competindo-lhes, por certo, garantir a sua existência), mas impor comportamentos públicos, cuidando para que estes se pautem no respeito pelo outro e tolerância com as diferenças. Nesta medida é que a participação social nos espaços públicos deliberativos somente pode ocorrer adequadamente se antes for garantida a capacidade de autodeterminação, permitindo formar livremente as vontades privadas, filtradas pelos canais procedimentais que limitam seu exercício nos cenários coletivos. Nas palavras do autor:

Não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas de direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um médium para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele.¹⁴

¹¹ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. in *A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 288.

¹² HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 289.

¹³ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 154-155. Afirma Habermas a máxima de que “(...) ninguém é livre, enquanto houver um único cidadão impedido de gozar da igual liberdade sob as leis que todos os cidadãos se deram a si mesmos, seguindo uma deliberação racional.” HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 162.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. in *A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 301-302.

Tais restrições - que somente atingem os indivíduos na esfera da vida pública - têm por base uma legitimidade que se constrói discursivamente, mediante a participação de todos os interessados por intermédio dos canais comunicativos institucionais. E o debate público capaz de legitimar o sistema legal e constitucional só pode acontecer se a autonomia privada for garantida, maneira única de conferir ao produto da atividade legislativa níveis mínimos de racionalidade. É nesta medida que o autor entende serem democracia e constitucionalismo interdependentes, da mesma forma como o são autonomia privada e liberdades públicas.¹⁵

A conciliação entre democracia e constitucionalismo se dá, portanto, a partir de duas premissas: a livre adesão dos destinatários das normas e o reconhecimento destas como o parâmetro regulador da convivência. As pretensas limitações decorrentes do constitucionalismo se apresentam, pois, como condição para gênese da sociedade estatal, restringindo o arbítrio, controlando as paixões e permitindo que pessoas diferentes, imperfeitas e egoístas possam conviver e se tolerar.¹⁶ O constitucionalismo atual, portanto, se propõe a permitir a coexistência pacífica das diferenças mediante o controle dos egoísmos privados, não a ponto de aniquilar a própria individualidade, mas de modo a garantir que, nos espaços públicos institucionais, possam se realizar debates e formar consensos racionais que legitimem os atos estatais, dentre os quais se inclui a própria Constituição.

3. Espaço aberto para o protagonismo do Judiciário

A importância central adquirida pelos direitos fundamentais é produto de um processo histórico que afirma o paralelo existente entre as diversas fases do constitucionalismo e o crescimento do sistema de proteção social plasmado nos direitos fundamentais, numa simbiose entre ciência, sociedade e política.¹⁷ Esta linha de pensamento tem por fio condutor a certeza de que Direito e realidade social são elementos complementares e co-dependentes, sendo certo o papel desempenhado pelas Constituições nas diversas fases da vida estatal dos últimos séculos. Papel que é sempre determinado por fatores humanos e políticos, em uma influência recíproca.

¹⁵ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 172-173.

¹⁶ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 171.

¹⁷ “La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos”. FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. in CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007. p. 73.

Dado ilustrativo do que se afirma pode ser encontrado na certeza presente em variados momentos, na consciência coletiva, a indicar que conquistas sociais alcançadas somente se consolidariam acaso inscritas em uma Constituição, o que de fato frequentemente se cuidou de fazer.¹⁸

Nos últimos sessenta anos, boa parte do mundo viu-se convencida de que estas compõem o centro gravitacional dos ordenamentos jurídicos, fornecendo o espaço onde os principais direitos dos povos encontram resguardo e proteção, de sorte que, se um valor humano mostra-se realmente relevante, deve adquirir status jurídico constitucional.¹⁹

A positivação em crescente escala de direitos fundamentais é reflexo do cuidado em se resguardar o *pluralismo*, valor que a teoria democrática contemporânea alça a elemento basilar e que se tem cuidado de inscrever nos textos constitucionais, como no caso brasileiro. A partir do reconhecimento deste valor, o passo seguinte é conceber mecanismos capazes de permitir a convivência na diferença, com respeito às individualidades e limites aos egoísmos que, manifestados na esfera pública, poderiam inviabilizar a coexistência.

Surge o compromisso de construir regimes verdadeiramente democráticos, lugares onde grupos politicamente majoritários e minoritários possam dialogar sem que o predomínio das vontades dos primeiros implique na aniquilação dos interesses destes últimos. Nesta medida, as Constituições contemporâneas apresentam-se como “(...) pactos de convivencia tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están llamadas a garantizar.”²⁰

A teoria democrática discursiva habermasiana sustenta a necessidade de o sistema jurídico constitucional contemplar procedimentos institucionais capazes de canalizar as reivindicações sociais. O uso destes é condição para frear os egoísmos, permitindo a construção de consensos racionais em torno de vontades que possam ser atribuídas se não a todos, certamente a consistentes maiorias. E assim, o aparelhamento de instâncias procedimentais estatais e extra-estatais por meio das quais seja possível colocar em marcha este processo de aproximação entre sociedade e Constituição tende a facilitar o acontecer dos pactos de convivência erigidos nos textos constitucionais contemporâneos.

¹⁸ GARCÍA, Pedro de Vega. Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. n. 7, enero/febrero 1979. p. 108.

¹⁹ Nas palavras de Mauro Cappelletti: “Na verdade, na concepção moderna, a norma constitucional outra coisa não é senão a tentativa - talvez impossível, talvez ‘faustiana’, mas profundamente humana - de transformar em direito escrito os supremos valores, a tentativa de recolher, de ‘definir’, em suma, em uma norma positiva, o que, por sua natureza, não se pode recolher, não se pode definir - o *Absoluto*.” CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo P. Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 130.

²⁰ FERRAJOLI. Sobre los Derechos Fundamentales. *Op. cit.*, p. 81.

A teoria discursiva da democracia, ao reconhecer o pluralismo como elemento fundamental a permear o sistema político e jurídico, questiona a ideia de consenso como expressão de uma vontade comum, formada na própria sociedade entre homens que só desejam o bem de todos. Isto não importa em afirmar, contudo, viver a sociedade à mercê de jogos políticos partidários, como se fosse impraticável construir qualquer acordo minimamente racional a partir do qual se legitimem os atos estatais. O que se sustenta, em verdade, é a impossibilidade de uma base comum de interesses ser formada espontaneamente dentro de uma sociedade plural, onde paixões egoísticas e antagônicas sempre se fazem presentes.²¹ Daí a defesa do recurso a procedimentos institucionalizados capazes de, controlando o uso público da razão, permitir o diálogo coletivo através do qual posições consensuais possam ser alcançadas.

Dentre os espaços por meio dos quais é possível exercitar o diálogo democrático encontra-se o Judiciário. Este poder, embora não pareça ser o ambiente ideal para receber e dar resposta às reivindicações sociais - pois a ele só se chega quando já instaurado um conflito, reflexo da negação ou da utilização patológica do Direito - apresenta-se como uma *alternativa possível* dentre os espaços institucionais. E a crescente demanda por maiores níveis de intervenção judicial indica o distanciamento das demais instâncias estatais²² - Legislativo e Executivo - e da própria sociedade - nos seus diversos modos de organização - face às reivindicações sociais por efetividade para seus direitos constitucionais fundamentais.

Assim, o desenvolvimento da jurisdição constitucional notado nos últimos anos,²³ antes de indicar algo que possa ser interpretado como uma tentativa de usurpar força dos demais poderes instituídos, aponta no sentido da colmatação de lacunas por eles deixadas. E o Poder que, tradicionalmente, apresenta-se como o mais distante dos indivíduos, de repente se mostra próximo e acessível, apto a receber largo espectro de queixas e reivindicações, seja de grupos organizados, seja de pessoas agindo isoladamente. Neste turno é que o Judiciário se apresenta, no cenário atual, como uma instância de mediação em potencial, um espaço por meio do qual

²¹ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 284.

²² Bobbio é um dos vários a abordar este tema, destacando a dificuldade em se obter respostas aos reclamos sociais, especialmente ante a lentidão e a complexidade dos procedimentos que podem ser manejados diante de governos e parlamentos. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Trad. Marco A. Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 48.

²³ A título ilustrativo, vale a referência ao texto do professor canadense Ran Hirschl que destaca a profunda transferência de poderes das instâncias representativas estatais para o Judiciário, movimento verificado com nitidez nas últimas décadas, muito como reflexo do reconhecimento de um novo modelo de constitucionalismo que judicializa as mais variadas nuances da vida política. HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of the pure politics worldwide. *Fordham Law Review*. v. 75, n. 2, nov. 2006. Disponível em <http://law.fordham.edu/publications/articles/500flspub9554.pdf> Acesso em 04 mai. 2014. p. 721-754.

Estado e sociedade podem vir a dialogar, permitindo aos cidadãos dizerem o que esperam da sua Constituição e, por conseguinte, de seus governos.

É claro que identificar o Judiciário como espaço privilegiado para manifestação de anseios populares é consequência do reconhecimento de uma falha sistêmica que leva ao distanciamento entre sociedade e poderes políticos. Com Bobbio é possível perceber que isto se deve a vários fatores como a complexidade assumida pela máquina burocrática estatal, que substitui o protagonismo do cidadão pelo tecnocrata, ou a lentidão e a complexidade dos procedimentos, que dificultam o acesso dos indivíduos aos espaços públicos de debate.²⁴ Dados semelhantes impõem aos cidadãos ampla capacidade organizacional como requisito para romper a distância que os afasta de governos e Parlamentos, o que não se coaduna com a noção discursiva de democracia.

Já o Poder Judiciário, embora historicamente visto como um espaço hermético e afastado da sociedade, detém uma característica que o diferencia das demais instâncias estatais e permite seu reconhecimento como um canal comunicativo por excelência: *suas portas podem ser abertas individualmente*. Em outras palavras, o acesso a seus procedimentos não demanda qualquer espécie de formação consensual prévia ou a presença de uma identidade com representantes formalmente investidos. Em verdade, é possível que pessoas e grupos manifestem-se isoladamente, pouco a pouco, até o ponto em que clara e inequívoca vontade possa ser identificada como resultado do diálogo que por meio deste canal institucional se estabelece.²⁵ É o que defendem Victor Abramovich e Christian Courtis: “(...) las numerosas decisiones judiciales individuales constituirían una señal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública (...)”²⁶

Luis Prieto Sanchís é mais um autor que compartilha desta tese, sustentando que é possível admitir no processo judicial uma forma de participação cidadã na produção do Direito, sendo evidentes as possibilidades que oferece a jurisdição constitucional “(...) para facilitar protección y, en definitiva, participación a grupos más o menos marginados del *political process*.” E mais ainda: “(...) puede servir también para que valores e intereses no protegidos

²⁴ BOBBIO. *O Futuro da Democracia*. *Op. cit.*, p. 46-48.

²⁵ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 289.

²⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. in SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 149-150.

por el legislador puedan penetrar en el sistema jurídico, propiciando con ello la integración social.”²⁷

4. O papel do Judiciário no diálogo social

A possibilidade de participação democrática pela via do Judiciário impõe a este Poder que se abra ao *diálogo* com a sociedade, aproximando-se em definitivo dos atores sociais, daqueles que vivem a Constituição e precisam que seus comandos sejam materializados. Semelhante postura é condição para que o Judiciário funcione como um espaço por meio do qual pode ganhar voz o *sujeito constitucional*, expressão cunhada por Michel Rosenfeld para designar a comunidade dos titulares da Constituição, todos membros de uma coletividade que entre si dialoga e busca, pela via discursiva, solidificar o elo comum que lhes permite vivê-la e compartilhar seus benefícios.²⁸

A aproximação entre sujeito e objeto, homem e Constituição, permitindo àquele influenciar na maneira como os comandos nela inscritos são materializados é uma necessidade em um contexto no qual se afirmem os direitos constitucionais como norte para o agir estatal. Esta ideia se afina com a noção de *living constitution*, encontrada em autores como Karl Loewenstein, que percebem as Constituições como *organismos vivos*, cuja principal tarefa é permitir que os homens possam usufruir um sistema protetivo que se adapte da melhor maneira às suas necessidades, moldando-se à realidade do presente.²⁹

A *Constituição viva* pode ser entendida como uma conjugação entre estabilidade e renovação: mira o futuro, deixando em aberto a possibilidade de os comandos constitucionais serem atualizados pela via hermenêutica, ao mesmo tempo em que forma uma estrutura enraizada no passado, em tradições e valores sociais. Neste sentido, apresentam uma combinação de normas rígidas e flexíveis por meio das quais se garante a abertura a compreensões cambiantes, ao mesmo tempo em que firmam uma espinha dorsal em torno da

²⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. Bogotá: Temis, 2005. p. 244-245.

²⁸ Assim Rosenfeld identifica o *sujeito constitucional*: “Nem os constituintes, nem os intérpretes da Constituição, nem os que se encontram sujeitos às suas prescrições são propriamente o sujeito constitucional. Todos eles formam parte do sujeito constitucional e pertencem a ele, mas o sujeito constitucional enquanto tal só pode ser apreendido mediante expressões de sua auto-identidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais.” ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. Menelick C. Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 40-41.

²⁹ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 164.

qual o sistema jurídico permanece atado (por exemplo, a defesa do pluralismo, da democracia ou do regime republicano).³⁰

Semelhante compreensão finca raízes no pensamento constitucional que toma corpo no correr dos anos 1960 e 70. É desta época a tese de Loewenstein acerca da *mutação constitucional*, processo por meio do qual é possível adequar os sentidos dos textos constitucionais às cobranças do presente. Parte, para tanto, da premissa de que cada Constituição é um organismo vivo, “(...) siempre en movimiento como la vida misma (...)” sujeita, assim, aos influxos da realidade, a qual, por seu turno, não pode ser apreendida por intermédio de fórmulas fixas, algo como dogmas jurídicos.³¹ Em verdade, o máximo que se pode pretender é firmar balizas com o intuito de evitar que o futuro seja algo demasiado fluido, mas jamais ditar previamente, por meio de normas jurídicas, como este deve obrigatoriamente parecer.³²

A abertura a uma postura hermenêutica ativa no processo de transposição dos comandos constitucionais do papel para a realidade social é tarefa complexa, especialmente quando se pretende resgatar uma vontade histórica pretensamente plasmada no texto legal. Não se pode esquecer que os processos constituintes têm sido marcados por acordos políticos firmados em âmbito partidário, onde dificilmente se consegue identificar uma manifestação de vontade popular clara ou mesmo a prevalência dos interesses de alguma corrente social. E, como lembra Balaguer Callejon, o resgate de uma vontade histórica fica ainda mais difícil quando se percebe que a Constituição é, “(...) al cabo, el resultado de un pacto de diferentes opciones políticas en el que los partidos transigen en fórmulas de dudosa claridad gramatical en pro de la misma transacción política, lo que dificulta inevitablemente la interpretación.”³³

Não o bastasse, há que se considerar o depósito de demasiadas esperanças no Judiciário, elevando-o ao espaço, por excelência, para promover a mutação constitucional, um movimento que pode se deparar com barreiras dificilmente transponíveis. Sem que seus órgãos e agentes assumam uma postura aberta ao diálogo social, pronta a acolher e oferecer uma resposta adequada às demandas dos variados grupos populares, não se pode ter no Judiciário

³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 91.

³¹ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. *Op. cit.*, p. 164.

³² Para uma notícia do debate no constitucionalismo norte-americano, veja-se o texto de BREST, Paul. The misconceived quest for the original understanding. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory*. A reader. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999. p. 132-145, e o por todos referido ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. 14. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002. Posição oposta é sustentada por LEVINSON, Sanford. Law as literature. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory*. A reader. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999. p. 126-132.

³³ CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*. Madrid: Civitas, 1990. p. 60.

um momento para debate e materialização da Constituição, pelo menos não na perspectiva de uma Constituição viva e comprometida com seus titulares.

Defende-se, pois, que além de facultar o acesso formal à justiça, deve estar presente a disposição dos agentes públicos em dialogar com os partícipes do processo, abrindo-se a suas reivindicações e se dispondo a lhes oferecer uma resposta adequada. Afinal, pouca utilidade haveria em se abrir canais de comunicação formais entre juízes e jurisdicionados se os primeiros insistissem em se escusar de compreender as necessidades dos segundos, fechando-se ao debate.

As reivindicações sociais precisam encontrar espaços públicos institucionais por meio dos quais possam ser manifestadas, criando-se canais de comunicação que lhes permitam chegar aos órgãos estatais, e o Judiciário tem condições de cumprir este papel. Afinal, a ele já é entregue o papel de guardião constitucional, tarefa hoje não mais limitada à invalidação de normas jurídicas, mas ampliada até o ponto de se lhe conferir o dever de zelar pela concretização das promessas constitucionais. Nesta medida é que, afirma Frederick Schauer, pode o Judiciário funcionar como um eficiente agente de mudanças sociais.³⁴

A complementação desta tese, portanto, demanda pensar em mecanismos capazes de gerar responsabilidade do Judiciário perante a sociedade, garantindo que o canal de diálogo institucional funcione em duas vias: de um lado, o acolhimento de reivindicações e a participação democrática e, de outro, uma resposta socialmente responsável aos reclamos formulados. Em outras palavras, há que se defender a responsabilidade do Judiciário perante a sociedade por suas decisões, sem o que não se poderia reconhecê-lo como uma instância verdadeiramente democrática.

Cumprir questionar, assim, no que consiste esta responsabilidade social pelas decisões proferidas nos órgãos judiciários.

Recorde-se que as Constituições se apresentam como um momento em que promessas transformadoras são materializadas, abrindo caminho para que coloque em marcha um processo de reestruturação das relações sociais e estatais. Daí assumirem papel fundamental sob a perspectiva democrática, na medida em que figuram como condição para o acontecer de regimes nos quais as vontades sociais possam de fato ser expressadas.

Constituições, contudo, não são capazes de, por si sós, realizarem coisa alguma, dependendo de uma comunidade que as vivencie e busque transpor, do plano conceitual para a

³⁴ “Como un barco más pequeño, el Derecho puede maniobrar más rápidamente que el barco más grande de la sociedad en general, y este a menudo inadvertido fenómeno puede explicar mucho de cómo los tribunales pueden ser los agentes de un rápido cambio social.” SCHAUER, Frederick. *La Categorización*, en *el Derecho y en el Mundo*. Trad. Juan A. P. Lledó. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. v. 28, jan. 2005. p. 318.

realidade cotidiana, seus comandos e os direitos fundamentais nelas inscritos. Considerando sua natureza normativa, fazer as Constituições presentes na vida social é tarefa que demanda – se não com exclusividade, por certo com grande intensidade – a interferência do Judiciário, ao qual é conferido largo protagonismo.

Assim é que a crescente confiança depositada nas instâncias judiciais, frequentemente em detrimento do papel que poderia ser desempenhado pelos Poderes políticos, coloca nas mãos de todos os julgadores – mas, com maior intensidade, nos Tribunais Superiores – a responsabilidade de permitir que o acontecer constitucional não seja uma utopia. Neste sentido é que se pode afirmar, dada a crescente concentração de responsabilidades nas mãos das altas cortes nacionais: pior do que o fechamento formal do Judiciário às demandas sociais, não permitindo que estas lhe sejam apresentadas, é a recusa ao diálogo social, numa postura que acaba por levar à apreensão da Constituição, enxergando-se os Tribunais como os únicos capazes de a compreender e construir algo a partir dela.³⁵

É certo, portanto, que o Judiciário recebe, junto com o poder de dar vida às Constituições, a responsabilidade de agir com vistas a melhor satisfazer os reclamos sociais, as vontades consensualmente construídas por meio de um debate democrático realizado na instância mediadora que se encontra naturalmente presente em sua estrutura.

O espaço deste breve estudo não comporta maior profundidade na apreciação acerca da realidade prática, necessária para garantir rigor científico às ilações ora formuladas. É perceptível, contudo, que o nível de responsabilidade social, ou de preocupação com as repercussões decorrentes das decisões mais relevantes em matéria constitucional, está longe do desejável para uma sociedade democrática.

Este debate adquire uma dimensão ainda mais preocupante quando se deita os olhos nas alterações legislativas e constitucionais propostas nos anos recentes, em larga medida voltadas a conferir maior grau de vinculação às decisões proferidas em Tribunais Superiores. Atualmente encontra-se em vigor um conjunto de normas que permitem que os entendimentos destas Cortes sejam quase automaticamente aplicados aos processos em andamento, estendendo de forma geral os efeitos de suas decisões.

³⁵ García de Enterría, por meio de irônica metáfora, comenta este problema à luz da realidade constitucional norte-americana: “(...) La Constitución como texto inspirado por Dios, los fundadores como los santos, los jueces del Tribunal Supremo como los sumos sacerdotes que cuidan del culto al texto sagrado en el ‘Marbel Palace’, en el palacio de Mármol donde tiene su sede y que extraen de ese texto poco menos que la infalibilidad.” ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006. p. 135.

O conseqüente fortalecimento de tais instâncias inibe juízes de se manifestarem de modo diverso, o que se justifica como uma forma de otimizar a atuação jurisdicional pela redução de decisões contrastantes e de processos repetitivos. A repercussão inevitável, contudo, é a quase impossibilidade de uma questão decidida pelas Cortes Supremas ser rediscutida, de uma compreensão firmada acerca de algum dispositivo constitucional ser revista, a não ser que o próprio Tribunal assim o decida. E, não custa lembrar, a chegada a estas instâncias é restrito, não existindo, na prática, mecanismos que garantam um acesso universal.³⁶

A parte os eventuais benefícios que possam ser experimentados graças à redução das causas levadas ao juízo dos Tribunais Superiores, é certo o risco para a *democracia constitucional*, na medida em que se implementam práticas que acarretam no fechamento de uma instância de debates apta a acolher as mais variadas reivindicações sociais, formuladas por qualquer pessoa diante dos concretos problemas do cotidiano regulados pelas normas constitucionais. Decididas as questões constitucionais mais relevantes pelas instâncias supremas, cerram-se as portas para que o tema seja rediscutido, cabendo apenas a estes mesmos órgãos autorizar a revisão de seus entendimentos.

Nas hipóteses em que se perceba um descompromisso com os anseios sociais, não funcionando o necessário diálogo democrático, poucas opções restam aos titulares da Constituição. Como infere Guilherme Scalzilli:

Se o STF endossa a anistia às torturas e assassinatos da ditadura militar ou a criminalização do uso de entorpecentes, magistrados sensíveis à inconstitucionalidade flagrante dessas medidas deveriam comprometer sua integridade moral e acatar a soberania dos ministros? Mas que efeitos práticos teriam decisões contrárias (...)?³⁷

O principal mecanismo de pressão – o próprio processo judicial, por meio do qual reivindicações são reiteradamente formuladas até que se evidencie um entendimento dominante e consensual dentre os indivíduos e grupos interessados – é cerceado em suas potencialidades em nome da redução de demandas, o que parece – e é! – paradoxal em uma lógica de abertura democrática.

O melhor mecanismo de controle sobre decisões judiciais é a possibilidade de sua contestação perante o próprio Judiciário, permitindo que se forme uma massa crítica a partir do acúmulo de debates em torno de temas afins, buscando-se, assim, alcançar uma compreensão do texto constitucional que melhor atenda às demandas sociais. Reivindicações que, tal qual

³⁶ Veja-se, a propósito, SANTIAGO, Marcus Firmino. Jurisdição Constitucional pela Via Difusa: uma análise do quadro constitucional brasileiro. in FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles; XIMENES, Julia Maurmann (Org.). *Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional: XXI Congresso Nacional do Conpedi*. V. 1. Florianópolis: Conpedi, 2013, p. 160-181.

³⁷ SCALZILLI, Guilherme. Abusos de função. *Caros Amigos*. n. 158, maio 2010. p. 8.

preconizado pela teoria democrática discursiva, são construídas de forma participativa, procedimental e institucional, aptas, portanto, a refletir um consenso racional e controladamente formado.

O papel dos Tribunais Superiores seria, nesta medida, predominantemente o de identificar a vontade dominante, buscando consolidá-la em decisões que, ao refletir posicionamentos construídos consensualmente, tenderiam a ser acolhidos, impondo-se naturalmente. Decisões atentas aos reclamos sociais, calcadas em reiteradas reivindicações manifestadas de forma livre e racional, legitimam-se democraticamente, representando um momento de aperfeiçoamento do diálogo entre Judiciário e sociedade.

A manifestação dos órgãos de cúpula em matéria judicial representaria, no sentido habermasiano de democracia, o ápice de um processo de maturação de ideias, o que pode não acontecer de forma rápida, mas que, certamente, tenderia a lhes conferir grande estabilidade.

Conclusão

A teoria democrática habermasiana, com sua ênfase nos direitos fundamentais constitucionais, no reconhecimento da diversidade social e na crença na formação de consensos por meio de uma postura argumentativa e conciliatória, permite conferir ao Judiciário um papel diferenciado face àquele que tradicionalmente lhe é outorgado. Seu modo de organização e funcionamento naturalmente coloca este Poder como uma instância por meio da qual é possível construir posições consensuais, procedimentalmente controladas, em torno do que os titulares da Constituição dela esperam.

A preocupação em conferir efetividade aos direitos constitucionais, colmatando-os em conformidade com as prioridades sociais, suas carências e conflitos, se justifica na medida em que tais direitos são pensados de modo a contemplar reivindicações de grupos diversos que precisam coexistir pacificamente, abrindo-se espaço para criar condições que permitam a convivência na diversidade.

Ao se proporem a reger relações sociais, estipulando direitos fundamentais aptos a regular situações cotidianas, as Constituições passam a fazer parte do dia-a-dia das pessoas, aplicando-se seus dispositivos na regulação dos mais variados problemas coletivos. O alargamento das Constituições, que incorporam uma série de novas responsabilidades, distribuídas tanto para governos quanto para os próprios cidadãos, somado ao reconhecimento de uma eficácia objetiva aos direitos fundamentais, provocou o desenvolvimento de uma diferente compreensão acerca de seu papel no dia-a-dia do Direito.

A incidência direta de dispositivos constitucionais, notadamente aqueles que estipulam direitos fundamentais, aos litígios cotidianos faz com que a atividade de interpretar e aplicar o texto constitucional passe a fazer parte da atividade regularmente exercida por todos que lidam cotidianamente com normas e obrigações jurídicas. Isso afeta especialmente o Judiciário que, em um crescente número de situações, se vê chamado a participar ativamente no processo de transposição dos comandos inscritos no texto constitucional para a realidade social.

Para que isto aconteça, contudo, é preciso que as instâncias jurisdicionais estejam próximas e acessíveis aos cidadãos, prontas a receber suas reivindicações, independentemente da capacidade de articulação política dos indivíduos, sob pena das necessidades concretas da vida jamais chegarem aos ouvidos do Estado, frustrando a efetividade dos direitos constitucionais. Não basta, porém, acolher as demandas individuais e coletivas. É preciso oferecer respostas adequadas, assumindo uma postura responsável perante a sociedade, preocupada em realmente identificar as vontades consensualmente formadas por meio das diversas demandas que aportam nos Tribunais.

Tal carga de responsabilidade, acaso de fato assumida, viabilizaria a definitiva inserção do Judiciário no cenário democrático, permitindo-lhe apresentar-se como uma instância procedimental deliberativa. Assim, os órgãos jurisdicionais – especialmente os Tribunais Superiores, dada a vinculatividade inerente às suas decisões – teriam a função de colher os dados produzidos no debate público e, a partir deles, construir decisões que, da melhor maneira possível, reflitam um equilíbrio entre os pontos de vista naturalmente diversos que tendem a se apresentar. A legitimidade de suas decisões viria, então, não de sua força ou da sabedoria dos julgadores, mas da sua capacidade de dar voz às vontades sociais consensualmente formadas, identificando, dentre os divergentes interesses postos à mesa, aqueles que permitam, na maior maneira possível, conciliar as diferenças.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Trad. Marco A. Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. La Democracia como Principio Constitucional. *in Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BREST, Paul. The misconceived quest for the original understanding. *in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (org.). Modern Constitutional Theory. A reader*. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999.

CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*. Madrid: Civitas, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo P. Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

DENNINGER, Erhard. Diversità, Sicurezza e Solidarietà. Un nuovo paradigma per il potere costituente e per lo sviluppo dei diritti dell'uomo? *in Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*. Trad. Carlo Amirante. Torino: Giappichelli, 1998.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. 14. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. *in CARBONELL, Miguel. (org.) Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

GARCÍA, Pedro de Vega. Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. n. 7, enero/febrero 1979.

HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *in Era das Transições*. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *in A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. *in A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of the pure politics worldwide. *Fordham Law Review*. v. 75, n. 2, nov. 2006. Disponível em <http://law.fordham.edu/publications/articles/500flspub9554.pdf> Acesso em 04 mai. 2014.

LANCHESTER, Fulco. La costituzione tra crisi di regime e recessione del principio della rappresentanza política. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 24 mar. 2014.

LEVINSON, Sanford. Law as literature. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory*. A reader. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 4. reimpressão. Barcelona: Ariel, 1986.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade*. Uma reformulação. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. Menelick C. Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. Bogotá: Temis, 2005.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Jurisdição Constitucional pela Via Difusa: uma análise do quadro constitucional brasileiro. in FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles; XIMENES, Julia Maurmann (Org.). *Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional: XXI Congresso Nacional do Conpedi*. V. 1. Florianópolis: Conpedi, 2013.

SCALZILLI, Guilherme. Abusos de função. *Caros Amigos*. n. 158, maio 2010.

SCHAUER, Frederick. La Categorización, en el Derecho y en el Mundo. Trad. Juan A. P. Lledó. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. v. 28, jan. 2005.

SCHMITT, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. 1. ed. reimpressão. Madrid: Alianza, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

ZAGRABELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. in CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.