

DEMOCRACIA, COMPLEXIDADE E PLURALISMO: A CONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE NO CONTROLE JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Ana Virgínia Cartaxo Alves¹

João Paulo Allain Teixeira²

Fecha de publicación: 01/01/2015

SUMÁRIO: Introdução. **1.** Pluralismo e complexidade das sociedades contemporâneas. **1.1** Descentramento dos núcleos de referência e racionalidade na Modernidade. **1.2** Sociedade contemporânea complexa e pluralista. **2.** Novos contornos da democracia. **3.** Legitimidade democrática do Judiciário no controle de constitucionalidade de leis sob uma perspectiva procedimentalista. Conclusões. Referências.

RESUMO:

O presente trabalho tem como objetivo apresentar uma visão acerca das novas exigências da democracia em uma sociedade marcada pelo pluralismo e a complexidade. E, a partir desses novos contornos da democracia, busca averiguar se o Poder Judiciário brasileiro, mormente o Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade das leis, vem agindo de maneira legítima, atendendo as novas demandas democráticas. A pesquisa resta pautada na matriz procedimentalista, que adota a

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Especialista *lato sensu* em Direito Processual Civil. Professora do curso de graduação em Direito da Associação Paraibana de Ensino Renovado – ASPER. Advogada.

² Professor da Faculdade de Direito do Recife (CCJ/UFPE), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE), Professor da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (PPGD/UNICAP), Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Líder do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional, Democracia e Constitucionalização de Direitos. (UNICAP/CNPq)

Teoria Discursiva do Direito como modelo para a tomada de decisões judiciais.

Palavras-chave: Democracia – Legitimidade – Controle de constitucionalidade das leis.

ABSTRACT

This paper aims to present an overview about the new demands of democracy in a society marked by pluralism and complexity. And from these new contours of democracy, seeks to ascertain whether the Brazilian judiciary, especially the Supreme Court in control of constitutionality of laws, has been acting in a legitimate manner, meeting the new democratic demands. The research remains based in the proceduralist matrix, which adopts Discourse Theory of Law as a model for judicial decision-making.

Keywords: Democracy-Legitimacy- Control of the constitutionality of laws.

INTRODUÇÃO

O conceito de sociedade vem se transmutando ao longo do tempo, e, a partir da Modernidade, os centros tradicionais de orientação da conduta humana deixaram de ser as únicas possibilidades de referência, fazendo com que cada homem passasse a ser seu próprio elemento norteador. Esse processo de descentramento culminou com o individualismo e a racionalidade, já que cada indivíduo passou a se orientar conforme sua própria vontade, pautado essencialmente em sua razão.

Tudo isso fez com que a conotação de sociedade não se coadunasse como a união de pessoas com projetos comuns, mesmas crenças, culturas e valores. Ao contrário, o tecido social passou a apresentar duas características primordiais: a complexidade e o pluralismo.

Esses novos elementos caracterizadores da sociedade representaram uma mudança drástica na forma com que as pessoas se relacionam entre si, pois a complexidade representa a existência de uma miríade de possibilidades e uma enorme contingência e, por conseguinte, a insegurança; já o pluralismo, importa na coabitação de infinitos projetos de vida distintos em um mesmo espaço social e político.

Com essas novas características, a vida em sociedade não pode mais restar ligada por um centro referencial comum, em que todos os indivíduos são conduzidos por meio do consenso. Na verdade, o estado marcado pelo

pluralismo e pela complexidade corre um grande risco de se fragmentar, em virtude de intolerância com a diferença, ou em virtude das constantes tentativas de um grupo majoritário subjugar os demais, privilegiando seus interesses.

Nessa conjuntura, percebe-se que a democracia fundada estritamente na regra majoritária perdeu seu sentido, já que a sociedade contemporânea pluralista não permite um governo da maioria que ignore os pleitos dos demais grupos. Em outras palavras, essa virada social exige uma democracia que prime pela participação de todos e cada um dos membros da sociedade, por mais minoritária que seja sua posição.

Assim, a legitimidade dos atos estatais encontra um novo lugar na possibilidade de efetiva participação igualitária de todos os grupos no processo de tomada de decisões públicas, de modo que nenhum elemento social seja descartado, e que se busque uma solução racional, pautada sempre no diálogo entre os distintos interesses.

Diante de uma sociedade pluralista, o modelo jurídico-político do Estado Democrático de Direito pode ser considerado o mais adequado para manter a população inserida e interagindo ativamente ou passivamente, não somente por meio de seus representantes, mas com uma maior abertura para a participação de todos nas decisões políticas.

No cenário atual, o Poder Judiciário possui um importante papel, pois atua com o escopo de garantir os direitos fundamentais para todos os cidadãos através do controle de constitucionalidade das leis, protegendo, especialmente, as minorias.

Neste sentido, as decisões do Poder Judiciário, para serem consideradas legítimas, devem se embasar num modelo participativo, que prime pelo diálogo entre todos os valores distintos como forma de edificar uma decisão racional.

No entanto, não obstante essas novas exigências de um Estado Democrático de Direito, percebe-se que o Poder Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade das leis, pode estar ignorando tais demandas. É que o Supremo Tribunal Federal tende a adotar uma postura de guardião dos valores da sociedade, na medida em que algumas de suas decisões são tomadas com base em certos valores tidos como prioritários, numa espécie de consenso artificial.

Ademais, verifica-se que, talvez, a Corte Maior brasileira esteja agindo contrariamente às exigências de uma democracia mais participativa,

ao passo que privilegia o uso do controle abstrato de constitucionalidade, que não permite a participação direta dos litigantes na tomada das decisões.

Nessa esteira, o escopo do presente trabalho é justamente verificar se a atuação do Poder Judiciário brasileiro, especialmente na tomada de decisões no controle de constitucionalidade das leis como forma de tutelar os direitos fundamentais, encontra-se em conformidade com os anseios de uma sociedade pluralista e complexa, que demanda um modelo de democracia participativa, em que haja a participação igualitária de todos os extratos sociais na construção do direito.

1 PLURALISMO E COMPLEXIDADE DAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS

1.1 Descentramento dos núcleos de referência e racionalidade na Modernidade

O advento da Modernidade implicou em mudanças radicais na estrutura da sociedade e nas visões de mundo da época, uma dessas modificações mais proeminente foi advento da racionalidade.

Aos poucos, operou-se um processo de dissolução progressiva dos tradicionais centros de referência para a atuação do homem. De modo que os antigos referenciais que congregavam as pessoas em torno de um projeto único e comum de vida – impostos seja pela hegemonia da Igreja Católica, seja pelo restrito acesso ao conhecimento – paulatinamente, foram dissolvidos por movimentos como a Reforma Protestante, a Revolução Científica e o advento da imprensa, que permitiu a disseminação de ideais distintas e, não raro, conflitantes.

Nessa esteira, cada novo marco moderno importou na quebra de um elemento central e unificante da conduta, e, como os centros de orientação tradicionais deixaram de existir, a solução encontrada pela modernidade foi “converter cada indivíduo em centro orientador da sua própria conduta” (GALUPPO, 2001, p. 343). Nessa medida, verificou-se o nascimento de uma multiplicidade de centros de referência, já que cada indivíduo consistia no seu próprio centro norteador.

Todas essas mudanças nos centros tradicionais de orientação terminaram por ocasionar grandes incertezas à sociedade moderna, pois as “verdades” até então disseminadas pelos grandes referenciais, passaram a ser questionadas à medida que o processo de descentralização se expandia. Como exemplo, pode-se citar a disputa pela primazia religiosa, quando se passou a interrogar sobre os dogmas católicos ainda prevaletentes ou, no transcorrer da revolução científica, em que a “verdade” já não era mais

inquestionável. Somado a isso, pode-se citar que, com a expansão da produção dos livros, o conhecimento, paulatinamente, vai se difundindo, e, cada vez mais, posições teóricas distintas podem ser encontradas e discutidas.

Esse processo implicou no surgimento de um novo medo ao homem moderno: insegurança. Como não havia mais uma orientação uniforme e uma única verdade a ser seguida, o indivíduo convertido no seu próprio centro norteador ficou perdido sem uma bússola que o orientasse num mundo permeado por dúvidas. Na busca de uma solução para enfrentar esse medo, dando cabo a tantas incertezas, o ser humano encontra uma resposta: a racionalidade.

O pensamento racional, introduzido por Descartes, propõe-se a acabar definitivamente com o medo do incerto, dando origem a um ideal de ciência pautado na certeza e segurança matemáticas. A razão, destarte, passou a ser entendida como solução absoluta para se encontrar a verdade única da ciência, estabilizando os medos do homem cartesiano.

Então, nesses moldes, pode-se perceber que, na modernidade, viveu-se uma transição vertiginosa que estabeleceu a guinada do indivíduo como centro de referência para sua atuação, essa, por sua vez, deveria ser marcada por uma concepção racional dos elementos a sua volta. Assim, surge o entendimento que apenas a razão contida em cada ser humano seria capaz de decidir o que seria bom e devido para sua vida. Com isso, consolida-se um modelo social em que não se pode mais determinar o que é melhor para o outro a partir de uma visão puramente externa, mas somente o indivíduo, senhor do seu próprio destino, detém a capacidade – e legitimidade – de ter a última palavra a respeito de sua própria vida.

Neste diapasão, pode-se afirmar que o conceito atual de sociedade não mais se enquadraria numa concepção de um todo homogêneo orientado por um único centro de referência, ao contrário, após todo o processo de descentramento dos antigos núcleos de referência e com o apogeu do individualismo racional vividos na Modernidade, a sociedade começa a ser permeada pela heterogeneidade e concorrência de projetos de vida distintos.

1.2 Sociedade contemporânea complexa e pluralista

Num primeiro momento, será trabalhado o que se entende por sociedade complexa. Com efeito, a adjetivação da sociedade contemporânea em complexa implica, numa concepção da teoria dos sistemas luhmanniana, na ideia de multiplicidade de escolhas, ou seja, nessa acepção, a complexidade se refere a uma “presença permanente de

mais possibilidades (alternativas) do que as suscetíveis de ser atualizadas” (LUHMANN, 1987, *apud* NEVES, 2001, p. 332).

Seguindo tal entendimento, Marcelo Neves (2001, p. 332) explica que a sociedade moderna seria supercomplexa na medida em que “as alternativas possíveis de condutas, comunicações, relações e fatos sociais são muito maiores do que aquelas que se podem realizar efetivamente em uma situação concreta”.

Para Luhmann, o conceito sistêmico de complexidade pressupõe um entendimento básico, válido para todos os sistemas, o da diferenciação entre meio e sistema a partir da complexidade. É que o meio do sistema sempre seria mais complexo do que o próprio sistema e, destarte, aquele “oferece mais possibilidades do que o sistema pode aceitar, processar ou legitimar” (LUHMANN, 2009, p. 184).

Na visão sistêmica, complexidade implica em contingência, ou seja, em razão dessas múltiplas possibilidades, é impossível prever todos os fatores que podem ou não ser operacionalizados. Nesse raciocínio, sempre haverá elementos incalculáveis, de modo que as pessoas devem estar preparadas para as consequências de um elemento surpresa se concretizar (LUHMANN, 2009).

Noutro aspecto, essa complexidade e a contingência dela derivada importam na necessidade de seleção. É que, em virtude das múltiplas relações capazes de serem formadas pelos elementos integrantes do sistema, este deve ser capaz de selecionar a forma como deve relacionar tais elementos. A “complexidade é, portanto, a necessidade de manter uma relação apenas seletiva entre os elementos” (LUHMANN, 2009, p. 185).

É importante consignar o alerta de Marcelo Neves, ao aduzir que essa necessária seletividade exige que os mecanismos de seleção que não excluam nenhuma das possibilidades. Além disso, afirma que esses mecanismos seletivos têm a finalidade de “transformar complexidade desestruturada em complexidade estruturada, sem desconhecer, portanto, a heterogeneidade de valores, interesses e discursos, assim como a pluralidade de sistemas existentes na sociedade” (NEVES, 2001, p. 332 e 333).

Assim sendo, a teoria dos sistemas propõe não o fim dessa complexidade, mas a estruturação da mesma com respeito às concepções individuais, que tendem a ser sempre diferentes e, talvez, nunca possam ser compatibilizadas por meio de um consenso.

Desta forma, transpondo a teoria dos sistemas para o sistema social, percebe-se que a sociedade contemporânea é supercomplexa na medida em que existem cada vez mais possibilidades de escolhas e de maneiras pelas quais as relações sociais podem ser estabelecidas, nos moldes de uma verdadeira análise combinatória.

Então, pode-se afirmar que, no momento em que homem se tornou o núcleo referencial de sua própria conduta, ele começou a se deparar com uma miríade de possibilidades e, como consequência, as relações sociais se tornaram cada vez mais complexas e imprevisíveis, obrigando o indivíduo a estar preparado para lidar com fatores surpresas que eventualmente podem ocorrer e as prováveis frustrações que tais riscos podem ensejar.

Outro traço fundamental das sociedades contemporâneas é o que se convencionou denominar “pluralismo”. Como a própria nomenclatura sugere, o pluralismo pode ser compreendido como a coexistência de uma variedade de elementos diferentes em um mesmo espaço. Contudo, para o presente trabalho, compreende-se o pluralismo numa concepção político-social, aqui conceituado como uma multiplicidade de valores, interesses, crenças religiosas, grupos étnicos, compromissos morais, formas culturais e concepções sobre a vida digna compartilhando um mesmo espaço social e político.

É interessante notar que o pluralismo é marcado pela heterogeneidade, vez que, desde a dissolução dos centros tradicionais de orientação, o ser humano assumiu o papel do próprio referencial de conduta e, por conseguinte, numa sociedade complexa de múltiplas possibilidades, não pode se falar em uma igualdade de concepções individuais; o que ocorre, no máximo, é a congregação de pessoas em grupos que comportem valores, características ou objetivos semelhantes.

De acordo com Bobbio (1995), a concepção de uma sociedade pluralista (e também complexa) engloba três características: a sua formação por meio de esferas particulares relativamente autônomas, a opção de organizar essas sociedades através de um sistema político que viabilize que os vários grupos e camadas sociais participem, seja de forma direta ou indireta, na formação da vontade coletiva e, por fim, que esse modelo social seria uma antítese de toda e qualquer forma de despotismo. Portanto, pontua ele, que o pensamento que permeia a aceção de uma sociedade constituída por corpos intermediários, seria também uma aspiração antiestatal, pois o Estado restaria entendido como um elemento necessário, mas não exclusivo da evolução histórica.

Já Wolkmer (1994 *apud* GALUPPO, 2001, p. 52), atribui ao pluralismo os seguintes elementos caracterizadores: a) autonomia, compreendida como poder inerente aos vários centros e independente do poder central; b) descentralização, ou seja, o deslocamento do centro de decisão para os demais centros fragmentados; c) participação, caracterizada pela intervenção de vários grupos, inclusive os minoritários, no processo decisório; d) localismo, que seria a primazia do poder local em detrimento ao poder decisório central; e) diversidade, na acepção de privilégio que se confere à heterogeneidade e à diferença frente à homogeneidade; f) tolerância, compreendida por ele como formação de uma estrutura de convivência entre os vários centros norteada por regras, embasada num espírito de indulgência e na atuação moderada.

Cumprido destacar que Galuppo (2001, p. 53) identifica, além desses elementos elencados por Wolkmer, outro ponto essencial para que se configure o pluralismo: esforço de um determinado centro de poder alcançar a esfera decisória e de controlá-lo com vistas a realizar e impor o seu projeto aos demais, ou seja, a tentativa de certos núcleos divergentes se tornarem hegemônicos.

A partir dessas características, percebe-se que o pluralismo representa dois riscos extremos para a convivência em sociedade. O primeiro perigo é justamente o excesso de descentramento gerar um processo de desagregação social irreversível.

Nesse raciocínio, expressa Bobbio (1995) uma preocupação no sentido de que a fragmentação excessiva dos interesses coletivos termine por não mais ser possível a recomposição da unicidade pública por meio da compatibilização dos interesses privados. Isto, na sua visão, implicaria num temerário retorno à Idade Média, em que a sociedade era marcada pelas contendas entre famílias rivais, formando-se, então, um Estado permeado por disputas entre grupos de interesses conflitantes, tornando impossível a satisfação de qualquer desejo comum.

Logo, percebe-se que desagregação radical e irreversível da sociedade representa um risco real advindo do pluralismo, posto que uma sociedade excessivamente individualista – já que cada indivíduo ou cada grupo perseguiria o seu próprio ideal de vida – poderia perder totalmente sua coesão e, por conseguinte, a vida em sociedade correria um grande perigo de se desintegrar por completo.

Outro grande risco que o pluralismo representa para a sociedade contemporânea é a possibilidade de um núcleo descentralizado de poder tornar-se hegemônico, impondo seu projeto de vida aos demais grupos.

O perigo de um determinado grupo despontar como poder autoritário surge a partir do momento em que a convivência da heterogeneidade num espaço político cada vez mais descentralizado enseja na possibilidade da propagação de orgulhos étnicos e na manifestação da supremacia de uma raça, cultura ou ideologia, nascidos da falta de tolerância ou do não reconhecimento pacífico do outro (TEIXEIRA, 2006).

Esse risco de um dissenso extremo, acarretando numa fragmentação radical que impossibilite a compatibilização de projetos coletivos ou no perigo da instalação de um poder despótico totalmente intolerante e insensível às diferenças, representa os grandes problemas a serem enfrentados por uma sociedade cada vez mais plural e complexa. Cumpre frisar que tais problemas podem se tornar mais agudos num momento de crise, como o que se atravessa, quando há uma tendência à fragilização da sociedade, ante a ampliação das dificuldades econômicas e sociais, com propensão a tornar os grupos mais intolerantes, em razão do medo e da insegurança, como já ocorreu no curso da história recente da humanidade.

É oportuno ressaltar que o dissenso é a marca do pluralismo, pois é o traço fundamental da diversidade de valores, pensamentos e interesses que permeiam os núcleos descentralizados da sociedade. Por conseguinte, num pretense Estado Democrático de Direito, só há o que se falar numa sociedade pluralista, como prevista no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, se houver verdadeiramente um espaço para as diferenças e o dissenso entre os cidadãos.

Nesse norte, a despeito das diferenças marcantes que cada vez mais se exasperam na medida em que aumentam as possibilidades e a conseqüente complexidade social, verifica-se que não se pode reproduzir um modelo de consenso absoluto ou, até mesmo, artificial, imposto por único centro de poder.

No entanto, não se pode abrigar um modelo estatal pautado na mera coabitação de projetos de vida distintos em um mesmo espaço político-social, mas, talvez, a resposta para esses problemas esteja na possibilidade do reconhecimento de igual importância de todas as aspirações, inclusive dos grupos minoritários. E, além disso, na criação de mecanismos que permitam uma posição dialógica entre as mais distintas visões de mundo, com a finalidade de estabelecer condições básicas para que todos os grupos possam participar da vida política e concretizar, de alguma forma, os seus interesses.

2 NOVOS CONTORNOS DA DEMOCRACIA

Conceituar democracia não é uma tarefa fácil, ademais, não faz parte do cerne do presente trabalho delongar-se nessa esfera da Ciência Política. No entanto, não se pode se eximir de delimitar o que se compreende, aqui, por democracia para, então, tentar-se discutir acerca da pretensa legitimidade democrática do Poder Judiciário brasileiro em sede de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

Tradicionalmente, atribui-se à democracia a insígnia de governo do povo, conforme a origem grega do vocábulo. Entretanto, não se pode afirmar que a concepção atual de democracia é a mesma da Grécia Antiga, cujas características principais eram a unidade, solidariedade e participação; não podendo esquecer que a cidadania, à época, era um conceito altamente restritivo, porque poucos participavam da vida pública, excluindo-se mulheres, escravos e estrangeiros (HELD, 1987). De lá para cá a noção de estado mudou de maneira radical e, hoje, como já aduzido, vive-se em um tecido social permeado pela complexidade e do pluralismo.

Como já afirmado, a sociedade contemporânea é marcada por uma miríade de possibilidades e pela convivência dos mais diversos projetos de vida, aspirações e crenças, dando lugar a diversos grupos separados de modo virtual, o que implica dizer que a noção de um poder emanado de um povo não mais se agrega a acepções de unicidade ou de um governo exercido de maneira totalmente direta pelos cidadãos.

Dessa maneira, a atual configuração da democracia não pode desconsiderar as referidas características que marcam grande parte dos estados hodiernos, inclusive a sociedade brasileira; logo, deve-se encontrar maneiras de compatibilizar os atos estatais com as atuais exigências democráticas.

Nesse sentido, o conceito majoritário de democracia não é mais suficiente para atender todas as exigências dessa nova configuração estatal, pois, em sociedades pluralistas, a fragmentação social não mais permite a necessária flexibilidade exigida pela regra majoritária, na medida em que os grupos minoritários poderiam quedar-se preteridos das decisões políticas.

Assim, a prevalência do princípio majoritário poderia tornar-se não apenas antidemocrática, como algo pernicioso. É que, ao serem reiteradamente repelidas do poder, as minorias, por não terem seus argumentos ouvidos e seus anseios concretizados, tendem a se sentir discriminadas, deixando de prestar lealdade ao regime, o que, por sua vez, pode culminar com uma ruptura do Estado (LIJPHART, 1989).

Seguindo esse pensamento, Arend Lijphart (1989) defende um modelo que denomina “democrático consensual”, cuja regra matriz seria a prevalência da consensualidade perante a regra majoritária, especialmente, quando se tratar de sociedades pluralistas. Resumindo seu raciocínio, a passagem abaixo transcrita pode ser elucidativa:

(...) no contexto das sociedades pluralistas a regra majoritária implica ditadura da maioria e confrontação civil, em vez de democracia. Do que estas sociedades necessitam é um regime democrático que encoraje o consenso em vez da oposição, que estimule a concertação e não o divisionismo, que procure ampliar as maiorias governativas e não se satisfaça com vantagens tangenciais, numa palavra, que implemente a democracia do consenso (LIJPHART, 1989, p. 41, 42).

Destarte, a democracia, no atual contexto, deve apresentar possibilidades reais de participação de todos, sob pena das minorias serem descartadas da vida pública.

No entanto, é salutar esclarecer que o que se entende aqui por consenso não se coaduna com a ideia de consenso impositivo, em que não seja ofertada possibilidade de desacordo. Busca-se, de modo inverso, a possibilidade de dissenso, de pluralidade, estimulando o diálogo entre os mais diversos grupos, com visões e crenças e desejos distintos, para que, a partir da comunicação e respeito recíproco, encontrem-se soluções para compatibilizar as diferenças. E, só assim, pode-se falar em democracia, compreendendo-se que o todo é o que importa, a soma da maioria e da minoria, e não apenas o que pensa a parte majoritária.

Ademais, é importante destacar que, no seio de uma sociedade pluralista e complexa, não se pode mais falar em homogeneidade de culturas; na verdade, cresce exponencialmente a multiplicidade de formas culturais, grupos étnicos, crenças religiosas e concepções de vida.

Para Habermas (2002), as sociedades multiculturais somente poderão manter sua coesão através de uma cultura política que assegure a coexistência pacífica de cidadãos provenientes de vários ambientes culturais, mas não apenas isso. No seu entendimento, a cultura política inclusivista deve, além de garantir os direitos liberais e os direitos políticos à participação, também permitir que os cidadãos possam ter seus direitos eficazmente valorizados sob a forma de segurança nacional e do reconhecimento recíproco de formas culturais distintas.

Além disso, Habermas (2002) aponta para um grave problema que pode surgir nas sociedades pluralistas, e com o grau mais elevado, nas sociedades multiculturais: a questão do que denomina “minorias inatas”.

Isso ocorre quando, mesmo em estados democráticos, uma cultura majoritária detém o poder político de decisão e forçadamente impõe às minorias sua cultura e aceções de vida, de modo da impossibilitar a efetiva igualdade de direito aos cidadãos de origem cultural distinta.

Essa situação denota verdadeiro risco para as sociedades contemporâneas, eis que, como as normas jurídicas são permeadas por valorações éticas, isso faz com que os textos legais, de conteúdo universal, sejam interpretados de modo distinto a cada caso, com base na cultura historicamente predominante. Desta forma, os valores da cultura majoritária que exerce o poder político são os que vão prevalecer na interpretação jurídica; logo, o discurso ético-político varia conforme se alterne a maioria que ocupe o cargo decisório, como destaca Habermas (2002, p. 166), “nem sempre há novos argumentos, mas sim, novas maiorias”.

Isto representa um perigo real para a democracia contemporânea, haja vista que a maioria dominante tende a subjugar a minoria, impondo-lhe seus valores. Assim, um estado que não esteja fundado numa política de participação igualitária e no diálogo entre os participantes do jogo político, torna-se um espaço antidemocrático, em que os grupos minoritários ficam a mercê das regras da maioria.

É importante ressaltar que aqui não se defende o que Marcelo Neves (2001, p. 341) denomina de “multiculturalismo extremo”, ou seja, exagero na proteção da diversidade dos valores e etnias, fazendo com que qualquer limite à identidade de um grupo étnico ou cultural seja prontamente rechaçado, mesmo que esse excesso de proteção implique num risco para formação estatal.

Na verdade, busca-se um modelo de estado que promova espaço para efetiva participação de todos os grupos culturais e, mesmo que estejam todos virtualmente separados, possam encontrar denominadores comuns que possibilitem uma convivência harmônica, com sensibilidade para as diferentes opiniões. Há, portanto, necessidade de se viabilizar um método de comunicação entre os diferentes.

Nesse sentido, verifica-se que não se pode falar em manutenção de uma sociedade multicultural “sem o recurso a um princípio universalista que permita a comunicação entre os indivíduos e os grupos social e culturalmente diferentes” (TOURAINÉ, 1997 *apud* NEVES, 2001, p. 341).

Um dos mecanismos que podem ser utilizados para garantir um diálogo entre as diferenças, assegurando-se, em contrapartida, um respeito pelos traços distintivos, é a cidadania. É que a cidadania tem o potencial de

permitir a convivência entre as diferenças, vez que possibilita a separação entre o âmbito público, em que os indivíduos são iguais enquanto cidadãos, e o âmbito privado, em que cada pessoa pode expressar seu modo único de conceber o mundo (TEIXEIRA, 2006, p. 329).

Para Waldron (2005, p. 281), os direitos políticos impõem uma atividade ativa, qual seja a participação da vida política pelos cidadãos, todos compartilhando o poder. Nessa acepção, a participação política implica não apenas na coexistência de diferentes opiniões ou modos de governar num regime misto, mas, para além de ter um elemento popular no governo, deve-se entender que essa participação do cidadão deve ser realmente decisiva para que, enfim, seja considerada democrática.

Nesta esteira, compartilhar o espaço político significa que a participação de um cidadão deve ser exercida exatamente na mesma medida em que é realizada a de todos os demais. E, reconhecer essa estrita igualdade de participação de todos importa também no reconhecimento de que a opinião de um não é mais importante ou que é a única, especialmente numa sociedade permeada por uma miríade de desejos e crenças distintas. Logo, no que se refere à participação política, exige-se que todos e cada um dos cidadãos sejam tratados de forma igualitária nos assuntos que afetem suas vidas, direitos e obrigações (WALDRON, 2005).

Assim, partilhar o poder não significa simplesmente coabitação de opiniões distintas, mas um construto diário de opiniões decisivas de cada elemento social, cada um participando da tomada de decisões em igual medida. É que, para manter a integração de uma sociedade pluralista, complexa e dita democrática, há de se buscar mecanismos, como a cidadania, que, apesar de permitir a individualidade e a liberdade das concepções isoladas sobre vida boa, possibilitem a concentração de poder nas mãos do Estado, para que esse possa congrega os diversos grupos em prol dos seus interesses comuns.

Percebe-se, destarte, os novos contornos da democracia, que não mais pode ser percebida estritamente como o governo da maioria, como outrora se entendia na democracia ateniense. A concepção atual de democracia está cada vez mais difícil de ser delimitada, haja vista que se está diante de uma sociedade que não mais comporta visões com pretensão de unanimidade.

Desta forma, nas sociedades pluralistas e complexas, o discurso que pregar um governo de maioria, do consenso absoluto, deve ser prontamente descartado, pois o consenso total não é mais possível, se é que foi um dia. Noutros termos, ouvir somente as partes majoritárias não condiz com o

conceito hodierno de democracia, ao contrário, é uma compreensão perniciososa.

Resta patente que a minoria também merece ter igual participação na vida pública, devendo os integrantes de todos os grupos ser incluídos no sistema jurídico-político, todos dotados de igual capacidade de participação eficaz no poder decisório político, de modo que nenhum grupo tenha prevalência sobre o outro. Só dessa maneira é que se pode falar em efetiva democracia.

3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS SOB UMA PERSPECTIVA PROCEDIMENTALISTA

Nas sociedades que comportam a diversidade de interesses, ideologias e projetos, para Zagrebelsky (2003), a Constituição assume um papel não mais de mero instrumento viabilizador de um projeto predeterminado de vida em conjunto; mas, mais que isso, a “Constituição sem soberano”, nas palavras do referido doutrinador, própria das sociedades pluralistas, detém a tarefa de manter a vida em comum.

Para isso, a Constituição deve funcionar como garantidora da legitimidade de cada um dos elementos sociais de participarem da vida pública, atuando não mais como centro de irradiação, de onde tudo se deriva a partir da soberania do Estado; porém como centro de convergência, que deve agregar as mais diversas opiniões e projetos de vida diferentes. Assim, uma Constituição democrática de um Estado permeado pelo pluralismo é um “compromisso de possibilidades’ e não um projeto rigidamente ordenador que possa assumir-se como um *a priori* da política com força própria, de cima para baixo” (ZAGREBELSKY, 2003. p. 14).

Desta forma, como já asseverado, os novos contornos da democracia contemporânea exigem que as decisões políticas restem pautadas na participação decisiva de cada um dos setores sociais. Em conformidade com tais exigências, a Carta Constitucional deve servir como plataforma agregadora desses projetos distintos, compatibilizando-os para que haja a viabilização de uma vida em sociedade, em prol de objetivos comuns, sem se olvidar do respeito aos interesses individuais.

É evidente que atingir esses misteres com equilíbrio em uma sociedade cada vez mais estratificada é uma tarefa que hercúlea, principalmente no que se refere às decisões públicas que envolvam os direitos fundamentais.

A proteção dos direitos fundamentais por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, mormente no cenário brasileiro, é uma questão preocupante do ponto de vista do cumprimento da exigência de uma estrutura democrática voltada para uma maior participação dos sujeitos de direitos.

A partir da análise dos novos contornos da democracia em um Estado Democrático de Direito marcado pelo pluralismo e pela complexidade, como o Brasil, percebe-se que há uma crise de legitimidade do modelo ainda pautado na regra majoritária e, por conseguinte, o declínio de uma democracia puramente representativa.

É que o modelo de representação política hoje não atende aos anseios da sociedade brasileira, tendo em vista que os representantes políticos, não raramente, são eleitos para representar interesses específicos de determinados grupos, o que favorece uma subordinação do Estado em face dos poderes econômicos de determinados setores sociais. Essa conjuntura é uma realidade no Brasil, vide os esquemas fraudulentos envolvendo representantes públicos que diuturnamente são descobertos.

Outrossim, não se pode deixar de mencionar a crise partidária em que o Brasil está imerso, eis que a variedade cada vez maior de partidos políticos não permite que o cidadão consiga diferenciar suas ideologias e projetos políticos, o que reproduz aos eleitores um sentimento de homogeneidade dos programas partidários (SOUZA CRUZ, 2004).

Nessa esteira, observa-se um aumento constante do distanciamento entre os anseios do povo e seus representantes, principalmente porque a heterogeneidade dos projetos individuais não permite um tipo de democracia que despreze a opinião da minoria, o que implica repensar esse modelo atual, priorizando o debate e a participação de todos os grupos na tomada de decisões políticas através de uma democracia participativa.

É relevante frisar que priorizar a democracia participativa não significa um retorno à ágora grega, pois, como já visto, a complexidade e o pluralismo das relações sociais impedem uma participação totalmente direta do povo. Na verdade, o que se verifica é a necessidade de uma participação mais ativa dos cidadãos, que pode ser dar através de mecanismos já albergados no ordenamento jurídico brasileiro, como o referendo e o plebiscito, mas que os mesmos sejam mais frequentes e que se fomente um real debate.

Cumprido destacar, ainda, que a consulta direta, por si mesma, não é a solução para todos os problemas, não obstante possa parecer o meio mais democraticamente legítimo. É que o resultado pode ser diverso do

esperado, na medida em que os meios de comunicação e a interferência do poderio financeiro podem, não só na atuação do representante, como também no exercício direito de participação, manipular a decisão pública, desvirtuando o instituto da democracia (SANTOS, 2011).

Deste modo, deve-se buscar um método intermediário de exercício da democracia, que conjugue esses dois modelos de forma mais equânime e que, conseqüentemente, permita uma melhor fomentação do debate e efetiva participação de todos os grupos, para que, então, possa se falar de uma legitimação democrática.

Interessante notar que Friedrich Müller (1998) tentou encontrar uma resposta para o que se entenderia por povo na atualidade, com o fito de delimitar como se pode haver uma legitimação democrática. Analisando tal questão, o referido teórico adverte que “no Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor romano” (MÜLLER, 1998, p. 60), no sentido de que o Judiciário e o Executivo, na condição de poderes executantes, não seriam apenas controlados pelas normas, mas devem estar totalmente comprometidos com a democracia.

Ele se refere a uma “estrutura de legitimação”, um processo cíclico com o condão de conferir legitimidade aos atos estatais, em que nenhum desses procedimentos pode ser interrompido ou estar viciado, sob pena de tornar o ato ilegítimo. Seguindo seu pensamento, primeiro os eleitores, que ele denomina de povo ativo, escolhe os seus representantes, que, dentre outras atividades, são responsáveis pelos textos normativos; estes que, por sua vez, serão implementados nas distintas funções do Estado e, por fim, os destinatários, compreendidos como o povo enquanto população, são potencialmente atingidos por tais atos.

Müller (1998) destaca que apenas o fato de se respeitar esse movimento circular legitimante não é suficiente para que Judiciário esteja democraticamente vinculado e que o povo ativo esteja realmente participando no processo; ele aduz que a estrutura de legitimação fora interrompida, mesmo que não possa classificar essa interrupção como não democrática.

O que Müller (1998) defende é que o ato de eleger os seus representantes, no sentido do poder emanar do povo como fonte de atribuição, não significa que a decisão tomada por seu representante seja democraticamente legítima. Para ele, a fundamentação democrática de um povo reside no respeito igualitário dos direitos fundamentais individuais, inclusive, dos direitos fundamentais políticos, pois, são eles que asseguram

a participação efetiva do cidadão e, por conseguinte, fundamentam juridicamente um estado dito democrático.

Nesse sentido, observa-se que, em um pretense Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário cumpre um papel essencial, na medida em que cabe a ele assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais políticos aos cidadãos e, com isso, garantir a participação igualitária de todos no processo de debate e de tomada de decisões políticas, conforme se exige a nova dimensão da democracia.

Seguindo esse raciocínio, para que o Judiciário atue legitimamente em favor da democracia, ele deve garantir a proteção dos direitos fundamentais individuais, limitando, portanto, a atuação dos poderes públicos com o objetivo de assegurar a soberania popular.

Para atingir essa meta, o Judiciário deve pautar suas decisões num método racional, que permita ao cidadão e, principalmente às partes, a deliberação e o exame da fundamentação de todas e cada uma das decisões judiciais. Tal intuito parte do pressuposto que todo ato estatal, não somente as tomadas de decisão do Judiciário, deve restar fundamentado racionalmente, sob pena de ferir a formação do Estado Democrático de Direito, como exigido de modo expresse pelo texto constitucional, em seu artigo 93, inciso IX. (SOUZA CRUZ, 2004).

Nesse aspecto, os novos contornos da democracia demandam, como já explanado, uma atuação mais direta e igualitária de todos os setores sociais, e, em sede de prestação jurisdicional, seja constitucional ou infraconstitucional, essa exigência não é diferente. Logo, o processo de tomada de decisão por parte do Judiciário não pode ser concebido como um momento individual do magistrado, mas uma construção racional, formada do debate e das argumentações de cada litigante, somando-se à deliberação do Poder Público.

Para que isso seja possível, é indispensável uma postura mais ativa dos cidadãos nesse processo de edificação do direito. E é justamente daí de onde advém a legitimidade democrática, vez que somente quando os indivíduos efetivamente participam dessa construção, como “povo ativo” (MÜLLER, 1998), e não somente como destinatário do ato público, é que a decisão pode ser considerada democrática.

Corroborando esse pensamento, Gisele Cittadino aduz que:

Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos vêm a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu

direito, ele se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica. Daí a estreita conexão entre a plena autonomia do cidadão, tanto pública quanto privada, e a legitimidade do direito (CITTADINO, 2004, p. 109)

Deste modo, a legitimidade do Poder Judiciário apenas pode ser alcançada através da garantia de uma abertura ao diálogo, com vistas a construir uma racionalidade a partir da argumentação e contra argumentação das partes, integrantes dos mais diversos grupos que habitam o tecido social, e, com isso, construir uma decisão conjunta entre litigantes e o juiz, na condição de representante do Estado.

Noutro aspecto, faz-se mister ressaltar que a questão da legitimidade do Judiciário brasileiro se torna ainda mais delicada no que se refere ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. É que o controle de constitucionalidade é voltado para a proteção dos direitos fundamentais, mediante a defesa de um procedimento democraticamente legítimo, fundado na participação racional de todo o povo na formação do ato público; e, com isso, compatibilizar os interesses conflitantes dos variados grupos que compõem a sociedade, sem excluir qualquer componente social, por mais minoritária que seja sua posição.

Assim, constatase que, em sede de controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário vai desempenhar uma função essencialmente contramajoritária, já que impõe limites às maiorias parlamentares e ao Executivo como forma de se garantir a vontade do Poder Constituinte originário, protegendo a aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais. Logo, é indispensável o exame de como vem se concretizando o controle jurisdicional de constitucionalidade para se avaliar se há ou não efetiva legitimação dos atos judiciais e, por conseguinte, aferir se estão sendo atendidas as exigências de uma democracia mais participativa (SOUZA CRUZ, 2004).

Esta avaliação sobre a legitimidade democrática do Judiciário, principalmente no controle de constitucionalidade das leis, vem ganhando relevo nos últimos tempos, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal está trilhando um caminho mais ativo, muitas vezes se voltando para a concretização de um projeto social, pautado em um modelo que tenta reproduzir a “Jurisprudência de Valores” do Direito Alemão.

No entanto, essa tendência do Supremo Tribunal Federal em adotar uma postura mais criativa, a partir da escolha de valores preferenciais, e de um processo de verticalização na tomada de decisões – afastando-se de procedimentos que permitam uma postura dialogal entre o Poder Público e as partes – vai de encontro às atuais exigências democráticas.

É que, na medida em que se adota uma hermenêutica constitucional pautada em valores, abre-se um grande espaço para que a decisão constitucional seja ilegítima, pois os valores escolhidos como prioritários vão se alternando, na medida em que se alterne a maioria que ocupa os cargos públicos; sem mencionar que a complexidade e o pluralismo – que cada vez mais se agudizam no seio social – impedem que haja uma homogeneidade de preceitos teleológicos aceitos como válidos por todos os grupos da sociedade.

Nessa esteira, a própria função do controle de constitucionalidade de proteger os direitos fundamentais, especialmente, de tutela dos interesses minoritários, perde seu sentido. É que, como a atuação do magistrado será orientada por um rol de valores preferenciais, ignorando-se a força vinculante dos direitos constitucionalmente assegurados pelo constituinte originário, a minoria será preterida, pois não terá participação no debate e, com isso, seus valores poderão ser prontamente rechaçados, em prol do valores adotados pelo juiz no momento da prolação de decisão.

Tal posicionamento se coaduna com o que defende Marcelo Cattoni de Oliveira, que defende:

Esse entendimento judicial, que pressupõe a possibilidade de aplicação gradual de normas, ao confundi-las com valores, nega exatamente o caráter obrigatório do Direito. E tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Judiciário definir o que poder ser discutido e expresso como digno desses valores, pois só haveria democracia, desse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política compartilham de um modo comunitarista os mesmos supostos axiológicos, os mesmos interesses, uma mesma concepção de vida e de mundo (CATTONI DE OLIVEIRA, 2005, p. 3).

Assim sendo, não se pode permitir que o Judiciário seja considerado o guardião de valores da sociedade, pois como é que se pode determinar um escalonamento de valores em uma sociedade pluralista, formada por indivíduos com crenças, anseios e culturas distintas?

Ao contrário, o modelo social atual– com toda a complexidade e diferença possíveis – não abriga, como demonstrado, uma reunião dos grupos em prol de um consenso sobre os valores que deveriam reger seus direitos. Noutros termos, o caminho a ser trilhado em busca da legitimidade democrática não está num consenso imposto, seja pelo Chefe de Executivo, seja pelas maiorias parlamentárias, pelos conchaves econômicos ou pelo juiz.

Ora, a legitimidade dos atos públicos encontra seu lugar no dissenso, na pluralidade, na possibilidade de divergir. Em outras palavras, somente por meio do diálogo entre todos os valores heterogêneos é que se pode obter uma solução pautada na racionalidade.

Nesse sentido, o Judiciário brasileiro, em sede de controle de constitucionalidade das leis, não pode continuar nesse processo de distanciamento vertical da opinião dos particulares, com o uso recorrente de mecanismos que priorizam o controle concentrado de constitucionalidade das leis, por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento do controle difuso.

O controle difuso de constitucionalidade das leis, de acordo com a vertente procedimentalista, seria a via que melhor asseguraria as exigências de uma democracia mais participativa (SOUZA CRUZ, 2004, p. 22), já que possibilitaria a maior participação das partes na tomada de decisões, diferentemente do que ocorre em sede da via concentrada, em que as decisões são orientadas por um processo objetivo, fechado ao diálogo e concentrado nas mãos do Supremo Tribunal Federal, que vem se comportando como se fosse o supremo guardião dos valores da sociedade brasileira.

Desta maneira, a posição defendida pela corrente procedimentalista, como forma de conferir legitimidade às decisões do Judiciário em sede de controle de constitucionalidade das leis, é a adoção de uma hermenêutica constitucional fundada na Teoria Discursiva do Direito.

A Teoria Discursiva do Direito, desenvolvida por Jürgen Habermas, adota a concepção de que o sentido da norma somente poderá ser delimitado mediante um discurso de aplicação em que seja ofertada a possibilidade das partes, através de uma deliberação acerca das pretensões de validade concretamente envolvidas no caso concreto, perceberem-se não apenas como as destinatárias da norma, mas também as autoras da mesma e, nesta condição, podem concordar racionalmente com a aplicação de sanções, inclusive contra elas mesmo (GALUPPO, 2001).

Neste diapasão, percebe-se que o julgador não pode decidir isoladamente, mas deve considerar todos os argumentos utilizados pelas partes de maneira igualitária, de modo que os litigantes sejam tidos como coautores da norma originada da sentença. Assim, somente quando advinda desta construção conjunta e racional é que a decisão será considerada legítima.

Por isso que os seguidores brasileiros dessa corrente procedimentalista, fundada na comunicação racional, posicionam-se de

modo contrário ao agigantamento do controle concentrado de constitucionalidade das leis, vez que esse processo objetivo não possibilita a participação dos litigantes na formação do juízo do magistrado, que decidirá com base em seus próprios valores, ignorando a pluralidade de valores que permeia a sociedade atual.

Neste sentido, é elucidativo o argumento de Menelick Carvalho Netto, que defende que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a legitimidade das decisões judiciais devem restar pautadas numa racionalidade discursiva conforme as novas demandas da democracia, que somente será alcançada a partir da participação efetiva dos litigantes. Assim, a tomada de decisão deve ser edificada tanto com base nas normas positivas, quanto da análise fatos concretos, conforme passagem abaixo:

(...) das decisões judiciais deve-se requerer que apresentem um nível de racionalidade discursiva compatível com o atual conceito processual de cidadania, com o conceito de Häberle da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Ou para dizer em outros termos, ao nosso Poder Judiciário, em geral, e ao Supremo Tribunal Federal, em particular, compete assumir a guarda da Constituição de modo a densificar o princípio da moralidade constitucionalmente acolhido que, no âmbito da prestação jurisdicional, encontra tradução na satisfação da exigência segundo a qual a decisão tomada possa ser considerada consistentemente fundamentada tanto à luz do direito vigente quando dos fatos específicos do caso concreto em questão, de modo a assegurar a um só tempo a certeza do direito e a correção, a justiça, da decisão tomada (CARVALHO NETTO, 1998, p. 250).

Destarte, pode-se concluir que legitimidade democrática do Judiciário, numa sociedade marcada pelo pluralismo e a complexidade, resta fundada na racionalidade discursiva das decisões judiciais, apenas obtida quando os cidadãos têm seus direitos fundamentais políticos assegurados e podem participar de modo equânime de todo o processo de tomada de decisão, não somente como receptores da norma, mas como efetivos criadores da mesma em perfeita união com a autoridade pública, na condição de Estado-juiz.

CONCLUSÕES

Com base em todas as considerações realizadas no presente trabalho, pode-se chegar a algumas conclusões.

Primeiramente, verificou-se que a sociedade brasileira contemporânea se encontra marcada por duas características: a

complexidade e o pluralismo. O excesso de possibilidades e a contingência, oriundos da complexidade, somado a heterogeneidade de concepções, crenças e valores, advinda do pluralismo, fez com que a concepção de estado se modificasse radicalmente, não possibilitando a reunião uniforme de todos os projetos de vida dos cidadãos.

A partir da análise dessa nova dimensão de sociedade, observou-se que a regra de ouro da democracia grega, o governo da maioria, não mais se coaduna com o pluralismo e a complexidade, demandando, portanto, um novo modelo de democracia.

Então, constatou-se que o modelo pautado na representatividade entrou em declínio, ante o alargamento do fosso entre os anseios dos eleitores e de seus representantes. Com isso, percebeu-se que essa nova sociedade demandava um projeto de democracia mais participativo, que assegure procedimentos que permitam uma maior participação do cidadão e que garanta também a proteção da minoria, para que esta expresse seus interesses e valores de maneira igualitária.

Portanto, a legitimidade democrática não mais se encontra no desejo da maioria, mas na possibilidade de participação de todos e cada um no processo de tomada de decisões públicas.

Esse redimensionamento da democracia afetou diretamente o Poder Judiciário, em especial, no tocante ao controle de constitucionalidade das leis, já que cumpre a ele a tutela dos direitos fundamentais, principalmente, os da minoria. Com isso, cabe ao Judiciário limitar a atuação dos Poderes Públicos, de forma a garantir uma participação equilibrada de todo o povo, com as suas mais variadas concepções, no processo de tomada de decisões políticas.

Nesta medida, o ponto chave da pesquisa realizada foi delimitar se o Judiciário brasileiro, precipuamente, em sede de controle de constitucionalidade de leis, está atuando de modo legítimo, em que pese as constantes investidas do Supremo Tribunal Federal em se aproximar do modelo de ponderação de valores alemão.

É que, não obstante as atuais exigências de uma democracia mais participativa, o Supremo Tribunal Federal insiste em priorizar um controle abstrato de constitucionalidade, impedindo a participação dos litigantes no processo de construção da decisão judicial, e decidindo com base em determinados valores por eles elencados, em manifesto desrespeito aos demais valores que permeiam uma sociedade composta por todos os credos, culturas, valores e interesses.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal se atribuiu o papel de guardião dos valores da sociedade brasileira, como se pudesse escolher, dentre tantos outros preceitos valorativos, quais são os que devem guiar suas decisões, criando-se em laboratório um consenso artificial.

Deste modo, defendeu-se que essa forma tomada de decisões empregada pela Corte Suprema não atende aos novos contornos da democracia e da sociedade. Assim, fora proposto outro modelo de tomada de decisões, baseado na Teoria Discursiva do Direito, idealizada por Habermas, que defende que a legitimidade do Judiciário reside na possibilidade de construção conjunta e racional das decisões jurídicas, a partir do diálogo entre as partes, somada à atuação do Estado.

Conclui-se que há uma verdadeira crise de legitimidade do Judiciário brasileiro em sede de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, que somente poderá ser revertida quando forem adotados mecanismos que favoreçam uma maior participação de todas as esferas do povo na tomada de decisões, rechaçando-se esse modelo que busca cercear a divergência advinda do pluralismo, em prol de um conceito superado de consensualidade em torno de certos valores.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **As ideologias em crise: pluralismo, democracia, socialismo, comunitarismo, Terceira via e Terceira força**. 4 ed. Brasília: UNB, 1995.
- BOTELHO, Marcos César. Democracia e jurisdição: a legitimidade da jurisdição constitucional na democracia procedimental de Jürgen Habermas. *In: Caderno Virtual do Instituto Brasiliense de Direito Público*. vol 1. n. 17. jan/ mar de 2008. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/38/15>> Acesso em: 15 jul de 2012.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In: Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro**: para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental da constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 04 jun 2012.
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *In: Alceu*, v.5, n. 9, p. 105 a 113. jul./dez. 2004.

- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GALLUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. *In: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.
- HALL, Stuart. **A identidade cultural da pós-modernidade**. 10ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.
- HELD, David. **Modelos de democracia**. Paidéia: Belo Horizonte, 1987.
- LIJPHART, Arend. **As democracias contemporâneas**. Gradiva: Lisboa, 1989.
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 2ª ed. Vozes: Petrópolis, 2009.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- NEVES, Marcelo. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. *In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UnB, 2001
- SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011.
- TEIXEIRA, João Paulo Allain. Pluralismo político e integração social: entre consenso e dissenso. *In: SEVERO NETO, Manoel (org.). **Direito, cidadania e processo***. V. 3. Recife: FASA, 2006
- WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2003.