

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, PROCEDIMENTO E PLURALISMO

CONSTITUTIONAL JURISDICTION, PROCEDURE AND PLURALISM

Teófilo Marcelo de Arêa LEÃO JÚNIOR¹

RESUMO: A questão prioritária deste trabalho é discutir a possibilidade de convivência, entrelaçamento e circularidade entre a democracia e o constitucionalismo. Leva-se em conta o período pós-segunda guerra mundial e a entrada do terceiro milênio, com a normalização dos direitos fundamentais em Constituições extensas, densas e compromissárias que trazem propostas de implementar políticas públicas e prestacionais modernas e proibição de regresso ao passado. Surge a Jurisdição Constitucional e cria-se a possibilidade de assegurar os direitos constitucionalmente previstos e a proteção ou defesa da Constituição. São estabelecidos procedimentos de modo a assegurar os comandos normativos estabelecidos na Constituição. Com o pluralismo jurídico constata-se a existência de mais de um sistema produtor de efeitos no mesmo espaço geográfico e jurídico, com a multiplicidade de valores culturais, compromissos morais, visões religiosas, dentre outros. Surgem as concepções individuais (liberais), sociais (comunitaristas) e mistas que pregam a ética no discurso, incluindo o indivíduo e a sociedade. O pluralismo consciente funda-se no dissenso e na tolerância, de modo que possa conviver, num mesmo espaço, a multiplicidade de normas produzidas pelos diversos sistemas internos, com o fito de proporcionar um liame com o Estado Democrático de Direito organizado constitucionalmente, de forma a garantir a democracia, a paz e o bem-estar individual e coletivo.

ABSTRACT: The priority of this work is to discuss the possibility of living together, interlacement and circularity between democracy and constitutionalism. It takes into account the period after World War II and the entrance of the third millennium, with the standards of fundamental rights in extensive Constitutions, dense and engaged that bring proposals to implement public politics and modern lending and prohibition to return into the past. Appears the Constitutional Jurisdiction and it is created the possibility to assert the constitutionally provided rights and the protection or defense of the Constitution. Procedures are established to assert the regulatory controls established in the Constitution. With legal pluralism, there is another system for producing effects in the same geographical and legal area, with the multiplicity of cultural values, moral commitments, religious views, among others. Rise conceptions individual (liberal), social (communitarians) and mixed that preach the ethics in the discourse, including the individual and the society. The conscious pluralism is based on dissent and tolerance, so that can live in the same space, the multiplicity of standards produced by the various internal systems, with the aim of providing a connection with the Democratic State of Law constitutionally organized, ensuring the democracy, peace and individual and collective welfare.

¹ Advogado militante, Professor e Vice-Coordenador do curso de direito do UNIVEM-Marília/SP, mestre pela PUC/SP e doutorando pela Instituição Toledo de Ensino - ITE-Bauru/SP, e-mail: teofiloleao@flash.tv.br

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição, Constitucionalismo, Democracia, Procedimento, Pluralismo

KEY WORKS: Jurisdiction, Constitutionalism, Democracy, Procedure, Pluralism

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, PROCEDIMENTO E PLURALISMO

SUMÁRIO

1. Importância do tema proposto; 2. Constitucionalismo e Democracia; 3. Jurisdição Constitucional; 4. Procedimento; 5. Pluralismo; 5.1. Concepção individual sobre vida digna, idéias liberais; 5.2. Identidades Sociais - idéias comunitaristas; 5.3. Entendimento da diferença com base na concepção ética: a intersubjetividade de Habermans; 6. Considerações finais.

1. Importância do tema proposto

O estudo do tema proposto proporciona a análise e a possibilidade de discussões de alguns pontos fundamentais, a saber:

a) A democracia e o constitucionalismo podem conviver harmonicamente em um mesmo sistema normativo?

b) Com a jurisdição constitucional implementada, quais os efeitos que dela dimanam? Ela efetivamente protege o texto político? Cria ela procedimentos hábeis à proteção?

c) O Pluralismo jurídico entrelaça-se com o Estado Democrático de Direito? Qual a tese que há de ser adotada: individual, social ou mista (individual + social) para assegurar a ética no discurso? A tolerância deve existir no pluralismo? O dissenso é característica de uma sociedade pluralista?

2. Constitucionalismo e Democracia

Nos países em desenvolvimento, nesse período denominado pós-moderno, em especial no Brasil, afastados os poderes absolutos do rei, os regimes totalitários ou ditatoriais, e, ainda, implementado o Estado Democrático de Direito, percebe-se nítida inclusão da democracia constitucional, caracterizada pela positivação de Constituições longas e densas que, além das normas de organização do poder, conferem amplo rol de direitos fundamentais.

Constata-se, por meio dessas Constituições, um ideário constitucionalista de princípios e direitos de forma a exigir respeito aos direitos fundamentais. Écio Oto Ramos e Suzanna Pozzolo, bem por isso, ensinam que os ideais do constitucionalismo podem colidir com os da democracia. Mostram, pois, que:

“o constitucionalismo liberal visa defender uma ampla área de relações individuais das decisões da maioria, enquanto a democracia atribui à maioria as decisões fundamentais, ampliando a esfera individual regulada pelo direito. As Constituições extensas e densas do segundo pós-guerra, conjuntamente com a afirmação do processo democrático, mudaram, porém, de qualquer forma, os termos desse eventual conflito.”(2006, p. 79)

A esfera de escolhas individuais foi ampliada e protegida por essas Constituições, ocasionando restrição na liberdade liberal e contrapondo-se ao liberalismo que tradicionalmente visa à redução da esfera da vida regulada pelo direito, já que se entende a liberdade pela ausência de compressão pela ação de agentes externos, vale dizer, inexistência de quaisquer constrangimentos. Por outro lado, o constitucionalismo veicula valores protegidos da maioria, contrários ao ideal da democracia, ao estabelecer de forma rígida os direitos fundamentais, superiores à lei e infensos à intervenção do legislador ordinário. (RAMOS, 2006, p. 79)

Trata-se da implementação da moral universal, com visão universalista do direito de dimensão axiológica, em que os valores expressam a moral universal. Esse conteúdo sustenta todo o sistema. Esse substancialismo identifica-se no uso de alguns princípios – chamados superprincípios -, na aplicação do direito, como o da razoabilidade e da proporcionalidade. Alguns, como o Ministro Eros Grau, consideram-nos “postulados normativos da interpretação/aplicação do direito”, e não propriamente princípios. (2000, p. 183/186)

A contraposição entre democracia e constitucionalismo foi objeto da crítica de Lênio Luiz Streck (2008, p. 19), que a entende como um arriscado

reducionismo, de cuja fantasiosa tensão enxerga como algo mitológico. Prega que a Constituição, ao estabelecer o núcleo político essencial, traz um **compromisso**, uma promessa da modernidade.

Podemos ir mais longe. Encontramos no contexto constitucional compromissos e promessas estabelecidas como propostas de implementações de políticas públicas prestacionais modernas e, em contrapartida, proibição de regresso ao passado, a atrasos sociais (CF, Art. 3º, 5º, dentre outros).

Esses compromissos postos e dogmatizados permanecem no mundo abstrato, sem configuração física e concreta e, muitas vezes, consideram-se de difícil e quase impossível implementação no mundo fenomênico. Essa realística situação levou Marcelo Neves a intitular o fenômeno, em algumas passagens, de Constituição Álíbi (NEVES, 2007, p. 116), ou seja, em que o constituinte assume compromissos e promessas de difícil e quase impossível implementação e cria normas como álíbi, de forma a apaziguar os ânimos e anseios sociais, normas que não produzem os efeitos esperados e, enfim, não concretizam o direito.

Surge desse ponto de vista a tensão entre os sistemas político e jurídico. A Constituição positivada brasileira limita o Poder Legislativo e o Estado de Direito, submetendo-os ao direito e, sobretudo, à aplicação e interpretação realizada pelos Tribunais.

A questão prioritária desse trabalho é discutir a possibilidade de convivência, entrelaçamento e circularidade entre a democracia e o constitucionalismo.

No Estado Democrático de Direito, onde, por óbvio, a democracia deve reger, à Constituição incumbe disciplinar a regulamentação dos processos que têm por escopo garantir o exercício da autonomia jurídica. E tudo no afã de buscar-se o bem-estar social.

A democracia revela-se justamente por meio dos direitos fundamentais institucionalizados e reveladores das normas de agir, as quais se encaminham para possibilitar um consenso racional, se é que ele pode mesmo existir.

3. Jurisdição constitucional

Cumpra esclarecer que os termos “Constituição” e “Processo” sempre foram vistos na história de forma separada e autônoma. Entretanto, no mundo moderno o direito vale-se do entrelaçamento das duas expressões: a primeira, como Direito Constitucional Processual; a segunda, como Direito Processual Constitucional.

O Direito Constitucional Processual engloba o conjunto de normas processuais existentes na Constituição, tais como as garantias constitucionais da ação, do processo e do procedimento; são elas as garantias principiológicas, como, por exemplo, o direito de ação, o devido processo legal (*due process of law*), dentre outros. (DANTAS, 2003, p. 437)

O Direito Processual Constitucional, por sua vez, é o conjunto de normas do processo constitucional, que identifica os requisitos, conteúdos e efeitos para a solução das controvérsias decorrentes da aplicação da Constituição. Seus objetos de análise são:

a) ações típicas constitucionais para tornar efetivos os direitos constitucionalmente assegurados que dizem respeito à jurisdição constitucional, chamadas de “remédios constitucionais”, como o *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, *Habeas Data*, Mandado de Injunção e a Ação Civil Pública;

b) as normas abstratas, que se preocupam (e muito! - atualmente), com a denominada jurisdição constitucional, cujas ações visam à integridade e à defesa da própria Constituição como, por exemplo, o Controle de Constitucionalidade. (DANTAS, 2003, p. 437)

Com a finalidade de reconstruir a jurisdição constitucional, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira prega a realização de condições procedimentais, das formas comunicativas e negociais, para o exercício discursivo da autonomia política. Entende o jurista que a jurisdição constitucional não é um poder legislativo, nem guardião republicano de processo político restrito às questões ético-culturais. (2001, p. 80)

Os pressupostos comunicativos e condições processuais não podem reduzir-se à leitura meramente instrumental do processo legislativo. Deve, contudo, levar em conta o caráter normativo dos princípios constitucionais justificadores desse processo.

No processo legislativo democrático, os autores das normas participam discursivamente de seu processo e eles mesmos também são seus destinatários. A jurisdição constitucional deve garantir a participação ou a representação dos possíveis afetados por cada decisão nos processos ordinários – cíveis ou criminais -, como garantia de autonomia jurídica e do devido processo legal. Essa garantia de autonomia deve se dar a todos, inclusive às gerações futuras. Muito embora a Constituição deva ser considerada um projeto aberto numa democracia a ponto de permitir a aproximação reflexiva das tradições político-constitucionais e discutir o que é juridicamente correto, há de ser de modo a transformar a jurisdição constitucional num poder constituinte permanente. (OLIVEIRA, 2001, p.81)

José Alfredo de Oliveira Baracho, ao tratar da Liberdade na Jurisdição Constitucional, ensina:

“A definição do âmbito material da Jurisdição Constitucional é feita em termos bem amplos. É assegurada a sua imparcialidade, sua vinculação à dinâmica social, fixando-se como órgão de deliberação e atuação estritamente judicial, sem prejuízo da importância política das decisões. Como órgão da Constituição, transforma-se em norma viva, garantia da livre e pacífica convivência e instrumento de transformação social.” (2003, p. 03)

4. Procedimento

Nesse sentido de compreensão, verifica-se uma **Constituição Procedimentalista**, com autoridade para aplicar o direito num processo democrático, opondo-se às teses substancialistas.

A Constituição estabelece os procedimentos a serem cumpridos, tais como o de Controle de Constitucionalidade, incidental/difuso ou principal/concentrado.

O intérprete no controle incidental ou difuso de constitucionalidade verifica a validade da norma no caso concreto e individual, afastando inconstitucionalidades das normas infra-constitucionais, como garantia dos direitos fundamentais e autonomia do cidadão. O controle difuso é dever do Poder Judiciário, mesmo agindo *ex officio*, na observância do respeito das leis e atos em relação à Constituição. Esclarece Ricardo Cunha Chimenti e outros:

“No controle difuso o reconhecimento da inconstitucionalidade não é o objeto principal do processo, mas a apreciação do incidente se mostra

essencial para que a lide concreta seja julgada. Assim, no controle difuso o reconhecimento da inconstitucionalidade se faz *incidenter tantum*, ou seja, a questão é apreciada como incidente da ação e, após, resolvê-la, o juiz aprecia o pedido principal (STF, Recl. 1.733/SP e RTJ, 95/102)” E continua: “O efeito da declaração no controle difuso é *inter partes* (atinge apenas as partes do litígio em exame), ou seja, só vale para o caso concreto. Sua eficácia é *ex tunc* (retroativa), atingindo a lei ou ato normativo inconstitucional desde o nascimento.” (CHIMENTI, 2004, p. 356)

No controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade, deve-se ter o foco em procedimento para realização da democracia. São condições para o exercício da autonomia viável ao processo legislativo democrático, em que os cidadãos são autores e legitimados de seus próprios direitos e deveres. Engloba a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O controle abstrato não se vincula a nenhum caso concreto como no difuso. Nele verifica-se a norma jurídica em seu contexto hipotético. Esse controle é realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de ação direta com efeito *erga omnes*; daí resulta o nome de controle concentrado.

Esses procedimentos visam garantir a autonomia do cidadão no Estado Democrático de Direito, o qual, no exercício de seus direitos fundamentais, participa de modo dinâmico e faz com que se exerça a jurisdição constitucional e aprofunda seu sentimento vivido de Constituição e Democracia.

Nesse diapasão, será que o cidadão, no Estado Democrático de Direito, titular de direitos fundamentais, pode deixar de cumprir um comando normativo, caso o entenda inconstitucional? Por outras palavras, as circunstâncias da situação, se foi previsto, como pensam as autoridades ou o próprio cidadão que determinarão a obediência ou não ao comando normativo?

Entendemos que, se o cidadão tiver um discurso fundado nas normas e direitos estabelecidos constitucionalmente, ele há de ter também o direito de desobedecer ao comando normativo inconstitucional. Para obter tal raciocínio jurídico, devemos considerar a inconstitucionalidade como decisão judicial declaratória e não constitutiva, pois, se fosse constitutivo tal ato decisório, o posicionamento haveria de sofrer ainda mutação. (OLIVEIRA, 2001, p. 89)

Entrementes, para considerar inconstitucional tal norma, ela precisa ter começado a vigorar em momento ulterior à vigência da Constituição Federal atual, uma vez que, se ocorrer o oposto, isto é, se a norma preceder à Constituição, ter-se-

á sob análise o fenômeno da recepção ou não-recepção do instrumento normativo. É que a nova Constituição, ao começar a vigor, rompe com absolutamente todo o sistema constitucional antecedente, inaugurando um novo, e as normas antigas que lhe são incompatíveis não são recepcionadas; daí porque somente as normas infraconstitucionais compatíveis, existentes e sob a égide da antiga Constituição consideram-se recepcionadas. Pelo fato de o conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolver-se no campo da não-recepção, não cabe a comunicação ao Senado Federal prevista no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, conforme decidiu o Tribunal Pleno do STF, inclusive no Recurso Extraordinário 387.271-1 - São Paulo, julgado em 08/08/2007, vencido o Relator. Preserva-se a comunicação quando se julga a desconformidade da norma com a Constituição do tempo de sua edição, isto é, a inconstitucionalidade propriamente dita.

Desse julgado, em especial do voto do Ministro Gilmar Mendes - em que consagrada restou a tese de ser descabido o ato de comunicar ao Senado um mero juízo de incompatibilidade na área da não-recepção -, infere-se que o pragmatismo do Pretório Excelso afasta a construção italiana da chamada inconstitucionalidade superveniente (*“incostituzionalità sopravvenuta”*), de que até há pouco se serviu a nossa Suprema Corte.

O controle principal ou concentrado de inconstitucionalidade suscita alguns questionamentos: a) será que lesa a soberania do legislador? b) o poder judiciário está a invadir o poder legislativo? c) Afetado fica o princípio da separação dos poderes?

Não obstante positivista, Hans Kelsen respondia a essas questões ao afirmar que “a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele.” E continua:

“Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais -, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição.” (KELSEN, 2003, p.50)

5. Pluralismo

No sistema constitucional, deve estar presente o pluralismo jurídico, que ocorre quando, num mesmo espaço, vigoram mais de uma ordem jurídica ou, então, quando duas normas provindas de centros produtores diferentes aparentemente são aplicadas à mesma situação concreta, como, por exemplo, as normas ditadas pelo Estado e por grupo social dentro do Estado (sociedade de bairro, opinião científica, partido político, grupo de interesse, cidadão). No pluralismo, há dois ou mais sistemas jurídicos produtores de efeitos concomitantes num mesmo ambiente espaço-temporal.

Gisele Cittadino, no livro *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, ensina:

“A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas do mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo, a configura de tal maneira que não nos resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença.” (2004, p. 78)

Surgem algumas concepções a respeito do pluralismo, conforme se demonstra:

5.1. Concepção individual sobre vida digna, idéias liberais.

Gisele Cittadino, *apud* Joseph Raz, *in The Morality of Freedom, Oxford, 1986*, argumenta que “existem várias formas de vida moralmente válidas que são incompatíveis umas com as outras” (2004, p. 79), considerando os indivíduos como autônomos porque vivem a procura de objetivos e podem optar entre as diversas formas de vida moralmente válidas. Entretanto, como a escolha entre o bem e o mal depende da estrutura e da forma de garantia da sociedade, as escolhas individuais estão condicionadas às opções possíveis e disponíveis na sociedade.

Há a “recusa de qualquer conotação valorativa ao pluralismo”. A característica permanente da cultura pública de uma sociedade democrática é a convivência de várias doutrinas compreensivas razoáveis.” A sociedade é descrita como um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais. Prega-se sociedade bem ordenada, justa e com justiça imparcial. (RAWLS *apud* CITTADINO, 2004, p. 79)

Nessa forma de pluralismo, há grande diversidade de formas moralmente válidas, nas quais o ser humano pode auto-realizar-se. Nesse ponto há pluralismo em razão da felicidade, mas não da moralidade. (LARMORE apud CITTADINO, 2004, p. 80)

5.2. Identidades Sociais - idéias comunitaristas

Pluralismo como diversidade de identidades sociais e culturas étnicas e religiosas. Vai da idéia central do indivíduo para a comunidade. As diversidades culturais, étnicas e religiosas são possíveis porque a fragmentação não é incompatível com a idéia de que os indivíduos são seres culturalmente produzidos. Reconhecer o pluralismo é reconhecer a diferença. Os confrontos multiculturais procuram garantir a unidade política não apenas cultural, mas territorial, para determinados grupos nacionais. Pela tolerância neutraliza o medo dos antagonismos. Na verdade, somos obrigados a ser tolerantes. Surge o princípio universal fundamental da obrigatoriedade no reconhecimento da diferença. (WALZER apud CITTADINO, 2004, p. 81)

A tolerância pode ser vista de forma individual, na dimensão moral do liberalismo, como tolerância política à regra da democracia. Muito embora o particularismo seja marca da natureza humana, isso não inviabiliza a convivência pacífica social. A tolerância política faz com que a política democrática seja permanente. (CITTADINO, 2004, p. 89)

5.3. Entendimento da diferença com base na concepção ética: A intersubjetividade de Habermans

Habermans, na ética do discurso, pressupõe os interesses individuais ancorados em valores. Impossível optar-se por um desses dois valores, na medida em que ambos estão sempre presentes na sociedade contemporânea. É a concepção da moralidade pós-convencional, o que lhe permite incluir a ética discursiva nas duas dimensões pluralistas, tanto na sociedade moderna, quanto nas concepções individuais. As identidades individuais e sociais constituem-se com a inserção de uma vida compartilhada, com relacionamento e reconhecimento

recíproco por meio de estruturas da linguagem, o que Habermans intitula de intersubjetividade.

A interação comunicativa se processa da conjunção da hermenêutica e da pragmática, num processo de auto-reflexão, afastando a pressuposição do sujeito racional isolado. A formação racional da vontade estaria vinculada à eticidade de um mundo concreto e pressupõe um “exercício público de discussão comunicativa, em que todos os participantes fixam a moralidade de uma norma a partir de um acordo racionalmente motivado.” Isso supõe o princípio da universalização. (CITTADINO, 2004, p. 93)

A teoria moral de Habermans “está limitada ao processo de reconstrução do procedimento da formação racional da vontade”. A formação discursiva da vontade, segundo Gisele Cittadino, permite que, na integração normativa e pela força do melhor argumento, os sujeitos possam modificar as convicções normativas de suas formas de vida específicas, quanto às suas concepções individuais sobre a vida. (2004, p. 95)

6. Considerações finais

Vivemos em uma sociedade que sofre pressões de grupos diferentes. Somente quando houver a tolerância e os interesses tornarem-se hegemônicos é que poderemos pensar numa sociedade pluralista. Assim, com a tolerância é que se viabilizarão projetos distintos e possíveis a ponto de buscar-se uma vida boa e o bem-estar individual e coletivo.

O pluralismo apresenta-se como a convivência desses projetos distintos a serem concretizados de forma exequível. Acaso os projetos sejam inexecutáveis por limitações impostas por grupos dominantes detentores do poder estatal, considerados maiorias em detrimento dos grupos menores, tidos por minorias, eles estarão fadados ao insucesso e, por consequência, derrocado também o pluralismo. (GALUPPO, 2001, p. 54)

No Brasil, o pluralismo está identificado no preâmbulo e no art. 1º. da Constituição Federal como modelo de Estado e projeto de sociedade e sua defesa é característica do Estado Democrático de Direito.

O pluralismo deve acolher todos os projetos que compõem a sociedade, inclusive os minoritários, pois todos eles são relevantes na composição da identidade social. Ressalte-se, todavia, que não se exige um consenso ou uma unanimidade entre os projetos; as contradições existirão e isso é salutar ao sistema plural. Por meio de debates, argumentação e discursos fundados viabilizar-se-ão as condições mínimas para a realização dos projetos. (GALUPPO, 2001, p. 54)

A tolerância é o fundamento para que o Estado e a sociedade sejam consideradas pluralistas.

No centralismo, a organização estatal da sociedade opera-se por meio da unificação do poder, ou seja, um único órgão é o responsável por proferir as decisões administrativas e políticas. Numa sociedade plural, ao contrário, os diversos grupos formadores da sociedade exercem influência recíproca, e daí se aceitam como naturais os contrastes ou dissensos entre eles, os quais serão superados pela tolerância. No entanto, previamente, o que deve haver é o consenso, como constata Peter Häberle, com nossa tradução livre do espanhol:

“O pluralismo consiste e se nutre de conteúdos e procedimentos irrenunciáveis que são as condições e requisitos previamente de consenso, como os de liberdade humana, informação e opinião, liberdade e investigação científica, de criação de partidos políticos e de oposição, de democracia, de poderes públicos, de opinião pública, de Estado social e cultural, de divisão de poderes em todos os seus sentidos, e também de independência da judicatura.” (2002, p. 107)

Tais requisitos em marcos possibilitam que a sociedade possa dispor de uma integração social e estatal “autônoma” e uma representação “igualmente similar”. (HABERLE, 2002, p. 107/108)

“A ‘sociedade aberta de intérpretes constitucionais’ significa que tanto no âmbito do público como a opinião pública e a totalidade das teorias pluralistas existentes dentro atuam os interesses de direcionamento epistemológico em âmbito de todo desenvolvimento progressivo de uma Constituição já por si ‘polifacética’. Baseia-se na liberdade. A Constituição democrática é necessariamente pluralista em um duplo sentido, tal seja, como teoria constitucional vinculada com as ciências ou com a própria teoria científica pluralista”. (HABERLE, 2002, p. 112/113)

“O núcleo fundamental disso tudo é formado pelo princípio de ‘tolerância ativa’, assim como de ‘renúncia ao uso da força’. Tais princípios começam na educação pré-escolar infantil e concluem num pluralismo científico-

epistemológico nas faculdades universitárias, donde se projetam nas aulas e sobre a própria sociedade de que partiu em seu conjunto.” (HABÈRLE, 2002, 112/113)

Alguns dos elementos mais imediatos em que se pode basear o pensamento de cunho pluralista são:

- a) O possibilismo filosófico do pensamento alternativo pluralista;
- b) A estrutura pluralista do próprio ambiente constitucional, incluído o de âmbito cultural;
- c) A faceta claramente plural que serve para fundamentar liberdade e soberania;
- d) Os componentes plurais de liberdade de consciência, a compreensão plural como projeção das normas jurídicas dos meios de comunicação de rádio e televisão;
- e) A idéia de uma divisão de poderes de base pluralista como garantia da liberdade e igualdade de todas as forças sociais em si plurais, exigindo ao mesmo tempo “disciplina de auto-limitação” das mesmas”. (HABÈRLE, 2002, p. 114)

Álvaro Ricardo de Souza Cruz, com fundamento em Peter Häberbe, vê a Constituição como manifestação indireta de um dissenso, e nisto percebe o que denomina pluralismo. A Constituição é desenhada enquanto projeto de grupo, como a organização e conformação jurídica da possibilidade de exercício do pluralismo como conjunto de regras prontas e acabadas sobre como agir. (2003, p. 239 e s.)

Numa sociedade pluralista, há um liame indissociável entre os conceitos de Estado Democrático de Direito organizado constitucionalmente e a efetiva tutela dos direitos fundamentais. O texto constitucional tem função compromissária de garantir a comunicação dos atores públicos e privados das relações sociais e de direito.

Nos países em desenvolvimento, em especial no Brasil, há reiterada violação dos direitos fundamentais, v.g., os serviços públicos sucateados, segurança pública deficitária, negação de direitos básicos sociais e econômicos, impunidade dos abusos dos governantes etc. (CRUZ, 2003, p. 242)

Nesse diapasão, com o esmagamento dos direitos fundamentais, há o enfraquecimento da ordem jurídica constitucional e conseqüente afetação do pluralismo jurídico estampado no Estado Democrático de Direito.

Esse fenômeno vivido gera na população absoluta descrença e desconfiança nas instituições e governos brasileiros. Não podemos concluir diferentemente de que a soberania popular perde força e paulatinamente corre riscos incomensuráveis.

Para extirpar esses riscos, há necessidade de proteger os direitos fundamentais por meio da jurisdição constitucional e torná-los efetivos. Num país de excluídos a defesa e a efetividade dos direitos fundamentais torna-se a única válvula de escape para a consolidação da democracia. (CRUZ, 2003, p. 242)

Álvaro Ricardo de Souza e Cruz entende que a preservação da força normativa da Constituição depende de atos e da vontade de cada um de nós. Prega que devemos

“conhecer a natureza ontológica e epistemológica dos direitos fundamentais, como normas jurídicas de textura/conceituação aberta, cunhada na maioria das vezes como princípios, exige do atual aplicador do direito a superação de preconceitos forjados no interior de outros paradigmas constitucionais (Estado liberal e Estado Social de direito), para que haja efetivo respeito a esses direitos.” (2003, p. 242)

O Judiciário mostra-se dispersivo para esse sentido e raciocínio, tendo em vista a formação de nossos aplicadores do direito arraigados no Estado Liberal. Muitos desses julgadores estão presos a “pronunciar a boca da lei”, constatado há muito por Montesquieu e não consolidam a visão argumentativa difundida por Habermans. Deixam de aplicar, proteger e dar efetividade a direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos para simplesmente aplicar mecanicamente a lei, ou conforme a linguagem vulgar da oferecida pela informática, numa verdadeira copia e cola.

A tarefa de produção do provimento jurisdicional, o juiz deve compartilhá-la com a parte, por meio de procedimento contraditório, dando oportunidade a trabalho cooperativo, mesmo que as partes estejam em polos opostos, a ponto de viabilizar uma decisão racional. (CRUZ, 2003, p. 244)

É indiscutível; se implementada a jurisdição constitucional com a proteção dos direitos fundamentais, gerará cada vez mais um Estado Democrático de Direito de incluídos, “onde a cidadania não seja um privilégio”. (CRUZ, 2003, p. 244)

Estampada a hermenêutica constitucional, com a efetiva e eficaz abertura da sociedade brasileira para a interpretação da Constituição, estaremos

conferindo à democracia a legitimidade ao processo de decisão e ao povo um elemento pluralista de interpretação, presente no processo constitucional. (HABERLE, 1997, p.37)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Jurisdição Constitucional da Liberdade In: SAMPAIO, José Leite Sampaio. Jurisdição Constitucional e Direito Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.*. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Um exame crítico deliberativo da legitimidade da nova ordem econômica In: SAMPAIO, José Adércio Leite et CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e (org). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DANTAS, Ivo. *Jurisdição Constitucional e a promoção de direitos sociais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Jurisdição Constitucional e Direito Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica Constitucional e Pluralismo In SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio et CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org). Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto.* São Paulo: Malheiros, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Fabris, 1997.

_____. *Pluralismo y Constitución: estúdios de teoria constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda. Madri: Tecnos, 2002.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Introdução e Revisão Técnica: Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003

NEVES, Marcelo Neves. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Poder Constituinte permanente*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza E. (Org.). *Hemenêutica e Jurisdição Constitucional: Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMOS, Écio Oto et POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.