

**ENTRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O  
PROCESSO LEGISLATIVO: LEGITIMIDADE E  
VALIDADE**

**BETWEEN CONSTITUTIONALITY CONTROL AND THE  
LEGISLATIVE PROCESS: LEGITIMATE AND VALIDITY**

Adamo Dias Alves <sup>1</sup>

Tayara Talita Lemos <sup>2</sup>

**RESUMO**

O artigo busca demonstrar o embate teórico existente entre defensores e opositores do controle de constitucionalidade (*judicial review*) e de suas relações com o processo legislativo. De um lado, colocam-se os que veem o controle de constitucionalidade como parâmetro de validade para as relações entre direito e política, uma vez que permite a manutenção do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) e ainda uma leitura moral da Constituição. De outro, posicionam-se aqueles que se opõem a essa postura, considerada por estes antidemocrática, uma vez que exclui das deliberações políticas a participação popular, traindo a regra da maioria, norteadora de uma democracia, que não deveria ser meramente formal, mas parte de um sistema também *moral*.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Adjunto I da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Leciona no curso de Direito da UFJF no campus de Governador Valadares as disciplinas de Teoria da Constituição, Instituições de Direito, Processo de Constitucionalização Brasileiro e Hermenêutica. Foi coordenador do curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora no campus de Governador Valadares de 8 março de 2013 até 30 de maio de 2014.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2006), especialista em Direito Público (pós graduação lato sensu em Direito Público - Universidade de Franca-2007), Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, foi bolsista CAPES/REUNI, Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. É professora assistente na Universidade Federal de Juiz de Fora, campus Governador Valadares.

**Palavras-chave:** constitucionalismo, controle de constitucionalidade, processo legislativo, democracia, freios e contrapesos.

#### ABSTRACT

The paper aims to demonstrate the theoretical shock between judicial review's defenders and opponents, and its relations with legislative procedure. At one hand, are placed those who understand judicial review as a validity parameter to relations among law and politics, once it allows the checks and balances maintenance, and, furthermore, a Constitution's moral reading. At the other hand, are positioned those who opposes themselves to this approach, considered antidemocratical by them, once it excludes popular participation from political deliberation, betraying the majority rule, a democracy guidance that should not be merely formal, but part of a system that is moral as well.

**Keywords:** constitutionalism, judicial review, legislative procedure, democracy, checks and balances.

A legitimidade do controle de constitucionalidade<sup>3</sup> sobre os atos do poder legislativo, ou mais propriamente sobre o devido processo legislativo, é questão da maior relevância para as bases do constitucionalismo e para o seu desenvolvimento, uma vez que oferece uma espécie de parâmetro de validade entre o Direito e a Política.<sup>4</sup> Se, por um lado, ambos convivem em uma espécie de acoplamento estrutural unidos pela Constituição, avaliados sob o viés da teoria dos sistemas (LUHMANN, 1983 e LUHMANN, 1985), também é certo afirmar que entre eles há uma diferenciação que permite com que o direito ofereça constantemente legitimidade à política e também busque nela sua legitimidade pelos atos institucionais e oficiais de seus poderes. A

---

<sup>3</sup> No texto, a expressão *Judicial Review* será utilizada com o mesmo sentido de controle de constitucionalidade, ainda que historicamente possam ser afastadas, uma vez que o controle de constitucionalidade no Brasil abrange as espécies de controle difuso e concentrado, diferenciando-se do modelo norte-americano em suas formas de atuação. Mas longe de abordagens dogmáticas, o que se pretende falar são de questões de legitimidade e validade no que se refere à atuação do poder judiciário frente aos atos do poder legislativo. Cabe ainda esclarecer que, do ponto de vista histórico, a *Judicial Review* toma forma a partir do caso *Marbury X Madison*, em 1800, quando a Suprema Corte Norte-Americana reconheceu a possibilidade do Poder Judiciário rever atos do Poder Legislativo, com base na Constituição. Mas também não nos cabe fazer um aprofundamento detalhado a esse respeito e nem um resgate histórico.

<sup>4</sup> Atualmente podemos observar essa discussão ocupando o centro do debate nas obras de Jeremy Waldron, Mark Tushnet, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Jon Elster, R. Bellamy, J. Hart Ely, apenas para mencionar alguns nomes de peso na teoria constitucional.

Política, por sua vez, fornece-lhe parâmetros de validade e efetividade, pela via, por exemplo, dos atos legislativos e executivos – haja vista o conjunto de políticas públicas que deve ser tomado para *constituir* a Constituição, apenas para exemplificar.

Uma tensa discussão a respeito dos mecanismos de justificação do controle de constitucionalidade toma o cenário da teoria do direito e da teoria da Constituição, atualmente, apresentando, de um lado, juristas que encaram a *Judicial Review* não apenas como algo natural num sistema democrático que carece de freios e contrapesos, mas absolutamente necessário,<sup>5</sup> por aí se fazer uma leitura *moral*<sup>6</sup> da Constituição e de toda a teoria do Direito e, de outro lado, uma gama de autores que se opõem veementemente a essa postura, tida como antidemocrática, uma vez que exclui das decisões e deliberações definitivas a participação popular, traindo a regra da maioria, norteadora de uma democracia, que não deveria ser meramente formal, mas parte de um sistema também *moral*.<sup>7</sup>

Ao lado dessas reflexões, caminha, por óbvio, o processo legislativo, que, para além de quaisquer considerações dogmáticas ou de organização formal que o revolvem, exige uma séria e delicada reflexão que se impõe sobre a construção de uma teoria democrática e, mais ainda, sobre a construção, sempre perene, da democracia propriamente dita. Essa reflexão pode se dar no aspecto normativo, político, sociológico, filosófico, exigindo uma necessária postura a se curvar sobre as questões

---

<sup>5</sup> Isso pode claramente ser observado nas posturas de Ronald Dworkin em diversas obras, mas em especial vide DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípios*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>6</sup> Há de se destacar que o termo moral utilizado pelos pós-positivistas também pode ser equiparado, nesse caso, pelas questões que revolvem a eticidade dos idealistas e de toda a tradição ocidental. Não se chegaria ao ponto de desvalorizar por completo a diferença das tradições ou ainda de se alegar que os autores contemporâneos desconhecem a tradição ocidental, mas não se pode desprezar o legado da filosofia ocidental, quando, por exemplo se aponta a ética como normatividade objetiva e a moral como reflexão racional, buscando suas bases na normatividade ética. Vide LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia IV*. Introdução à Ética Filosófica 1. 2. Ed. São Paulo: Loyola, 2002. BROCHADO, Mariah. Prolegômenos à ética ocidental. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. V.73, 2009, n.4, ano XXVII.

<sup>7</sup> De forma bastante contundente a esse respeito, coloca-se Jeremy Waldron in WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. O mesmo autor também manifesta-se sobre a questão na obra WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. *The Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

morais de decisão política e jurídica e ainda de legitimação e justificação do Direito – e não apenas dos atos do judiciário ou do legislativo.

Tudo isso implica uma importante avaliação acerca das consequências não apenas no nível jurisdicional, mas no quanto isso influenciaria no nível de democraticidade de um Estado, uma vez que tudo isso afeta as bases do Estado de Direito, em particular a separação de poderes. É certo que a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade são peças centrais – e não somente tangenciais – no que diz respeito ao devido processo legislativo e à teoria democrática, particularmente, pelo fato de que, por um lado, a questão já se encontra solidificada em certos pontos em toda a teoria constitucional e, por outro, o problema divide as mais abalizadas opiniões de teóricos do constitucionalismo. Isso ocorre desde suas mais remotas memórias – da distribuição de poderes, do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), passando pelo nascimento da *Judicial Review*, até os dias atuais em que autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Jeremy Waldron, Mark Tushnet, Richard Bellamy, John Hart Ely, entre outros, discutem, questionam e refletem sobre a representatividade e a legitimidade democrática das cortes e tribunais e das casas parlamentares – para mencionar apenas algumas das mais recorrentes questões que se colocam quando o assunto do controle de constitucionalidade e do processo legislativo são centros do debate.

Pode-se afirmar que a questão encontra-se solidificada de um lado, porque a dogmática e a práxis cotidiana vêm demonstrando que o controle dos atos legislativos de acordo com a Constituição não está em desuso. Ao contrário, vem crescendo até mesmo em uma espécie de ativismo judicial arbitrário. Da outra ponta, a questão divide as opiniões na teoria democrática e na teoria constitucional porque afeta o núcleo duro da legitimidade de tais atos: tanto os atos do judiciário, quanto os do legislativo. Mas mais ainda os atos do judiciário, por carecer esse poder de uma representatividade que seja gerida pela regra da maioria (WALDRON, 1999; WALDRON, 2006; WALDRON, 2008). É o que Conrado Hübner (HÜBNER, 2008) observa quando analisa a obra de Waldron, por exemplo, afirmando que a maioria, nesse contexto não é forma ou procedimento, mas parte de um esquema moral, de forma que a *Judicial Review* carece

de legitimidade por faltar-lhe a regra da maioria e, conseqüentemente, participação, mas também por ser mais um procedimento. Entretanto, a partir da avaliação de Hübner, Waldron não invalidaria por completo a relevância da *Judicial Review*, mas a admitiria em alguns casos, que serão expostos mais adiante, mas, em breves palavras, estenderia àqueles em que direitos fundamentais e de minorias não fossem observados.

Todo esse embate revolve a história do constitucionalismo, desde suas origens, uma vez que envolve a moderna tripartição de poderes, além da constituição do Estado propriamente dita. Além disso, o constitucionalismo em si resiste às tentativas de centralização no nível espacial e teórico, ao mesmo tempo em que participa da construção de unidades territoriais e epistemológicas cada vez maiores, defendendo espaços de autonomia, mas também construindo espaços políticos. Fioravanti já aponta dois movimentos que o caracterizam: a *resistência e a participação*. Num movimento negativo, o constitucionalismo promove a resistência para reivindicar a liberdade e espaços livres e em uma corrente positiva, ele atua para construir uma vontade política cada vez mais sólida. Esta tarefa é circular, equilibrada e inseparável (FIORAVANTI, 2014).

Nas origens do constitucionalismo, vê-se uma multiplicidade de sujeitos e forças nos diversos territórios que compõem a Europa, buscando pontos de equilíbrio que garantem a permanência da identidade de cada uma dessas forças, mas que servem também para promover uniões mais coesas. Tal afirmação se dá em relação ao começo do Estado Moderno na Europa, à sua continuação, mas também para as sucessivas etapas da sua história e do próprio constitucionalismo.

É o que ocorre, por exemplo, com os direitos individuais, que possuem uma vertente *negativa* (de limite e garantia) e outra *positiva*. Esta última sempre vinculada à soberania e ao poder construir por meio do contrato social (fins comuns e garantia dos direitos), da *vontade geral* da revolução, do Estado de Direito Liberal e dos Estados Constitucionais Democráticos atuais uma linha condutora sólida e persistente, com um firme restabelecimento do projeto coletivo, dos deveres de solidariedade e da representação na República (FIORAVANTI, 2014).

No marco da construção do Estado de Direito, em um momento revolucionário e pós-revolucionário, é possível vislumbrar uma ideia mais bem delineada de como se daria a consolidação do processo legislativo, a partir da ideia de formação de um corpo de legisladores diferente daquele que até então se apresentava antes do século XVIII. Montesquieu e sua célebre distribuição de poderes, ao lado das teorias contratualistas, particularmente a que deposita legitimidade na *volunté generale* de Rousseau, alimentando uma burguesia europeia desejosa de participar do poder são os pontos altos a se questionar o parlamento que subsistia na Europa, particularmente na Inglaterra, desde o século XIII (FIORAVANTI, 2014).

A ideia dissemina-se também pela outra revolução, a da América, que pela pena dos federalistas, dá o tom de um constitucionalismo não mais historicista (como na Inglaterra), não individualista (como na França), mas além de individualista do ponto de vista liberal, também fundado no ideário *we the people*.

É assim que um poder legislativo, sob a ótica de um Estado de Direito Liberal, toma seu lugar no cenário político-jurídico da história constitucionalista, se é que essa curta redução do olhar histórico pode ser assim sintetizada.

O bicameralismo, muito além da tradicional divisão entre câmara dos lordes e câmara dos comuns, surge como consolidador da vontade da maioria e legitimador de um processo de elaboração de atos oficiais a reger a sociedade do Estado Liberal. Mas a vontade da maioria não se transformaria em uma *tiranía da maioria*? – perguntaria Tocqueville, mais adiante, ao investigar *A democracia na América* (TOCQUEVILLE, 1987, p.193). Essa talvez não fosse a principal questão refletida pelo autor, mas muito provavelmente ela é uma das principais problemáticas que atualmente ronda a democracia, o processo legislativo e sua legitimação pela via popular e até mesmo pela via do controle de constitucionalidade.

Ao pensar que essa também foi uma das grandes problemáticas que repercutiu no seio do Estado de Direito em sua versão social, convém lembrar que o controle de constitucionalidade, se tiver que ser legitimado, que o seja para fazer valer algum direito de minorias, ainda naquela leitura de Hübner a respeito da regra da maioria em Waldron, e que essa faceta do Estado Social não se perca. *O welfare state*,

que criado em um contexto de amparo à grande crise econômica de 1929, estaria observando e recriando seu papel prestacionista em atendimento às necessidades de toda uma sociedade, incluindo não apenas os desejos (liberais e individuais de uma maioria, mas também assistindo às minorias, em clara preocupação com a igualdade material). Nesse resgate histórico, não se contava com o imprevisto de que o modelo de estado forte que o Estado Social passou a sustentar, em alguns países no ocidente, de algum modo, silenciou o parlamento, silenciou também processos de formação de autonomias – fossem elas públicas ou privadas –, calando, por consequência, o amadurecimento de uma democracia sempre latente.

O novo marco que se impõe, particularmente na segunda metade do século XX, é de um fortalecimento da legitimidade em todos os processos de construção do Estado, sejam eles políticos ou jurídicos. E esse Estado, ainda de Direito, recebe o nome de Democrático ou Constitucional. O Estado Social forte, transformado em regimes governamentais autoritários em diversas partes do Ocidente, oferece como resposta uma necessidade urgente de fortalecer as bases legitimadoras que fundamentam os três poderes, de forma independente e harmônica. Mas o legislativo, como pedra fundamental a alicerçar a criação do Direito merece uma atenção especial no processo de construção democrática e republicana. Porque é necessário também falar-se em república e em ideais republicanos e de virtude, ainda que um novo marco, o procedimentalista, tenha chegado no fim do século XX, para questionar os referenciais liberais e republicanos. É necessário falar-se em liberdade política mais do que nunca tivera sido (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006).

No Estado Democrático de Direito, independentemente do referencial teórico, seja quando se fala de processo legislativo ou de controle de constitucionalidade, há que se defender as condições de possibilidade para a criação de autonomias públicas e autonomias privadas dos co-associados jurídicos, pois é de liberdade que se fala, em especial de liberdade política. Isso se volta para a criação de condições processuais, no sentido da equiprimordialidade e da inter-relação entre tais autonomias. Habermas aponta para essa imposição da modernidade que não se apaga

em tempos atuais (HABERMAS, 1997; HABERMAS, 2002; CATTONI DE OLIVEIRA, 2006). Para o autor,

[...] as autonomias privada e pública requerem uma à outra. Os dois conceitos são interdependentes; eles estão relacionados um ao outro por implicação material. Os cidadãos podem fazer um uso apropriado de sua autonomia pública, como algo garantido através de direitos políticos, só se eles forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada igualmente protegida em sua conduta de vida (HABERMAS, 2002, p.137).

Essa tarefa de estabelecimento de inter-relações entre as autonomias possibilita vislumbrar, nas tomadas de decisões políticas, a ação da sociedade, na medida em que esse processo fortalece as liberdades individuais e também as políticas. Desse modo, é possível verificar duas dimensões preponderantes na garantia de construção (e de projeto) de uma democracia, quais sejam, a garantia do processo legislativo, feito de maneira democrática, e a garantia do processo constitucional. A primeira observa a abertura nos discursos de validade das normas jurídicas, enquanto a segunda visa à imparcialidade e à adequabilidade nos discursos de aplicação constitucional. Mas não é apenas para as tomadas de decisões políticas que o olhar se volta. Quanto mais fortalecidas as autonomias, também mais fortalecido fica o discurso da revisão judicial, uma vez que a independência das instituições e poderes fica garantida, já que o acoplamento estrutural entre Política e Direito, materializado na Constituição é evidente.

Assim, Luhmann argumenta que:

Resumiendo, podemos decir que la Constitución logra soluciones políticas para el problema de la autorreferencia del derecho y soluciones jurídicas para el problema de la autorreferencia política. Se trata de una Constitución del “Estado”, es decir, supone éste como un objeto real que requiere una Constitución. No es solo el texto en sí mismo, sino únicamente el Estado constitucional el que cumple la función de acoplamiento - independientemente de que ésta se conciba como pueblo-en-forma [Volk-in-Form], como institución, como organización o, simplemente, como “government”. En relación a esto, la Constitución conformadora y determinante del Estado asume un sentido diferente en ambos sistemas: para el sistema jurídico es una ley suprema, una ley fundamental; para el sistema político es un instrumento político en el doble sentido de política instrumental -modificadora de situaciones - y de política simbólica - no modificadora de situaciones. A pesar de que las dos versiones parecerían

Formatado: Recuo: À esquerda: 0,75 cm, Primeira linha: 1,25 cm

contradecirse semánticamente, resultan compatibles gracias a la clausura operativa de los sistemas<sup>8</sup>.

Assim, na elaboração e na aplicação do Direito, é preciso mais do que meramente estabilizar as expectativas contrafáticas de vigência dos atos oficiais do poder, embora essa também seja uma das funções do Direito, como observara Luhmann (LUHMANN, 1983 e LUHMANN, 1985,. Portanto, não há como ignorar as imbricações entre os dois sistemas e as interferências que entre eles se dão, além, obviamente, do necessário equilíbrio entre as suas instituições.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, é bom que se tenha um poder legislativo como órgão independente, que cria atos normativos, regulamente os comportamentos sociais de maneira contrafactual, e é bom que se tenha também procedimentos diversificados de elaboração da lei e atos normativos, sejam ordinários, sumários ou especiais, além das diversas formas de iniciativa – parlamentares ou extraparlamentares.

Mas é além disso que se fala. É além da lei como estrutura, seja normativa ou política ou ainda moral, compreendendo a moral como conjunto de princípios compartilhados por dada sociedade ou comunidade, como já se apontou anteriormente.

Sabe-se que tais questões dogmáticas (de procedimento, de sistemas binários – lícito/ilícito –, de regulamentação comportamental) são de extrema relevância e visam, também, demonstrar que o viés do *dever ser* possui cariz democrático. Entretanto, é de ordem investigativa dos argumentos legitimadores, embaixadores e consequenciais o problema apresentado, particularmente no que vincula o devido processo legislativo à teoria democrática e ainda à essa disputa/fissura travada com o controle de constitucionalidade.

John Hart Ely, na obra *Democracia e Desconfiança* (ELY, 2010, p.3-6), procura investigar os argumentos consequenciais do processo legislativo, por meio de uma demonstração dos atos do judiciário. Assim, demonstra que os norte-americanos,

---

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 1ª ed. México: Universidad Iberoamericana, A.C., 2002, p. 548.

em suas cortes, ao aplicar a Constituição e a lei, assumem posturas interpretativistas e não-interpretativistas. Ao assumirem a posição de interpretativistas, os tribunais procuram interpretar o ato legislativo de forma a não atribuir sentido ao texto, como se isso fosse hermeneuticamente possível, decidindo questões constitucionais de forma a cumprir normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição. Já os não-interpretativistas carregam de atribuições morais o ato de aplicação legislativa, fazendo cumprir normas que não se encontram claras no texto. É óbvio que as duas correntes são extremamente reducionistas do ponto de vista hermenêutico. Pode-se chegar a afirmar que haveria um completo desconhecimento do giro hermenêutico gadameriano ao se construir teoria tão apequenada. Ainda há que se considerar que a corrente interpretativista (ou interpretacionista – como sugere a tradução brasileira) é a tendência na Suprema Corte norte-americana, segundo Ely. Mas a questão primordial na sua obra, não é propriamente essa do *modus operandi* da Corte, mas sim a que envolve a sua função central: o controle de constitucionalidade por um órgão que não foi eleito e que, por isso, não possui nenhum grau de responsabilidade política. Conforme Ely:

Assim, eis a função central, que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam. Isso pode ser desejável ou não, dependendo dos princípios em que tal controle se baseia. (ELY, 2010, p.8)

Isso tudo parece convergir para o problema da construção de uma teoria democrática em todos os níveis do poder, mas mais propriamente aos atos típicos do legislativo e do judiciário – mais ainda do judiciário como que em espécie de controle ao ato do legislativo. O que se aponta refere-se às condições processuais e procedimentais para uma gênese democrática do Direito, que, por sua vez, não pode se reduzir a uma leitura meramente formal, mas que também solicita uma atenção para os pressupostos comunicativos. Os enfoques meramente liberais da política avaliam o papel do processo legislativo como algo apenas instrumental. O Estado Democrático de Direito, que não é projeto acabado – e exatamente por isso –, pede que se considere além do aspecto instrumental, o caráter normativo dos princípios que justificam a legitimidade desse processo. Isso pode ser feito pela via da jurisdição constitucional,

mas também pode ser feito por meio dos atos de ampliação de uma esfera pública capaz de discutir e de criar autonomamente espaços de democracia, onde direito e política têm o seu lugar e que incluem uma maior participação popular. Em outras palavras, ampliar as autonomias públicas e a democracia participativa também pode ser alternativa a esse projeto em construção.

É assim que um Estado Democrático deve também garantir a participação dos interessados nos processos constitucionais de controle judicial de constitucionalidade, por meio de uma interpretação construtiva, que busca compreender o próprio processo constitucional como assegurador das autonomias dos cidadãos, seja garantindo direitos fundamentais, seja pela via da argumentação, na esteira de Robert Alexy. Sob esse ponto de vista, a jurisdição garantirá condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos pela aplicação reflexiva do devido processo legal, compreendido como modelo constitucional do processo.

A se formar uma autonomia política, são questões fulcrais a garantia do uso público das liberdades comunicativas e o uso privado das liberdades subjetivas, ambas voltadas a estabelecer um projeto cooperativo de criação de autodeterminação dos cidadãos, o que pode se dar pelas iniciativas populares de lei, mas que manifestam sobretudo nas diversas formas de ampliação da democracia participativa, visando criar formas mais justas de vida social. Muito longe de se querer traçar a pretensiosa tarefa de se conceituar a justiça, é de igualdade que se fala. Fala-se de uma igualdade de condições nas esferas procedimental, argumentativa e dialógica. Fala-se, pois, de isonomia, isegoria e isocrítica. Tudo isso numa *ágora* diferente: a *ágora* de uma pós-modernidade que renova as promessas da modernidade continuamente no processo legislativo e na jurisdição constitucional. Esta última deve, necessariamente, referir-se às condições procedimentais do processo legislativo, que envolve o futuro da democracia em constante devir, mas que é também presentificada, quando as instituições do Estado garantem um procedimento adequado e aberto à *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. (HÄBERLE, 2002)

A indagação que parece sobressaltar ao argumento é a que envolve a vinculação entre devido processo legislativo e controle de constitucionalidade como

partes de uma mesma história democrática. Não há como negar que a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade em claro exercício contramajoritário vêm realizando importante papel no sistema de freios e contrapesos, em razão, primordialmente, dos *contrapesos* que coloca em face das decisões de um poder majoritário, o legislativo. Em uma democracia de maiorias, é fundamental que haja um equilíbrio contramajoritário, particularmente para corrigir os problemas formais e materiais que possam afrontar a Constituição e negar os direitos de minorias. Assim é que tem havido inúmeras afirmações de igualdade material realizadas pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, em uma espécie de correção ao conservadorismo e ao fechamento do Congresso Nacional, em efetivo exercício hermenêutico e ampliação da democracia, afirmando e efetivando a Constituição, usando-a como filtro. Mas também não se pode negar que, fazendo uso desse poder que lhe cabe, a mesma Corte se vale de um ativismo judicial que, vez ou outra, afronta a teoria da separação de poderes e, em consequência, coloca toda a teoria democrática em xeque.

Nesse sentido, Jeremy Waldron, por exemplo, questiona se esse controle contramajoritário não seria antidemocrático, a partir do momento em que também ele é majoritário e também ele decide por maioria, ao predominar a posição que uma maioria de juízes/ministros escolheu por meio de seu voto. Antidemocrática porque os membros do judiciário não teriam sido escolhidos de maneira representativa, antidemocrática, ainda, porque seus votos estariam, desse modo, expressando não uma vontade coletiva. (WALDRON, 2009, p.243-27)

Assim como Waldron, outros autores minimalistas e defensores das teorias do *self-restraint* procuram alargar a legitimidade do devido processo legislativo, por ser predominantemente impregnado de um ideário democrático e daí que se constrói uma importante crítica ao *Judicial Review* extremamente vinculada à legitimidade do devido processo legislativo. Para esses autores, democracia não é meramente procedimento formal, é, na verdade, reivindicação substantiva pelo *direito de participação*, que poderia ser considerado *o direito dos direitos* (WALDRON, 1999). Ademais, a regra da maioria não é mero procedimento da democracia. Há nela um conteúdo fundamental: o valor moral.

Por meio da teoria dos *core cases* e dos *non-core-cases*, o autor admite que somente em alguns casos (*core cases*) o controle de constitucionalidade é desejável e, para tanto, há que se considerar quatro premissas. Assim as coloca, resumidamente:

We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights. (WALDRON, 2006, p.1360)

Com tais premissas, é possível identificar um *core case* e é possível estabelecer um procedimento decisório com base em razões de resultado (buscando resultados justos) e de processo (buscando um processo adequado, com as decisões mantendo-se por si só, independentemente do resultado).

É possível afirmar que, até mesmo no Brasil, onde o número de ações de inconstitucionalidade é extremamente alto, o questionamento sobre o déficit de legitimidade e de operacionalização de um poder judiciário faz-se presente, na medida em que controla as decisões de um poder legislativo eleito por vontade majoritária.

Ao contrário do que pode parecer, não é contra o controle de constitucionalidade, como mecanismo adequado de freios e contrapesos que o argumento se coloca, mas contra o modo como esse mecanismo e também o mecanismo do processo legislativo são atualmente forjados no cenário ocidental do Estado Democrático de Direito. No Brasil, no que diz respeito à legitimidade, ainda há mais que se questionar, se for sopesada a maneira através da qual a suprema corte é formada. E embora esse não seja o problema central do presente ensaio, essa questão também toca no problema da legitimidade. É óbvio que não se defende uma eleição majoritária de juízes para uma suprema corte, uma vez que a técnica não é apenas desejável, como fundamental, mas ao menos uma revisão nesse procedimento seria importante para as bases da justificação e da legitimidade democrática. E é também desejável que se mantenha a devida diferenciação entre os poderes para que o sistema de freios e

contrapesos possa se sustentar minimamente, garantindo alguma transparência aos procedimentos políticos e jurídicos. Tudo a volver a construção do processo constitucional.

Numa outra via, a reflexão sobre o processo legislativo e sobre a forma como ele vem se desenvolvendo, faz-se urgente, uma vez que ele só é *devido* (correto) na medida em que os membros do legislativo não são movidos por *desejos* (interesses pessoais), mas por *virtudes* (interesses públicos, no sentido republicano) e por comprometimento com os direitos. Também só é *devido* o processo legislativo que considera a cidadania e as autonomias pública e privada em concreta inter-relação compreendendo os cidadãos como destinatários e co-autores do Direito.

Por uma perspectiva deontológica *dworkiniana*, é necessário evitar a privatização da própria constituição, não se permitindo que ela se concretize por meio de discursos deslegitimados e desintegrados. O processo legislativo se vincula à concretização de uma Constituição que se pretende democrática, levada a sério, em um contexto de democracia sem espera. Nesse sentido de permanente consolidação da democracia, enuncia Cattoni:

Quero propor, diferentemente, uma espécie de deslocamento lateral (Marramao, 2005, p.89) da questão normativa sobre o “fundamento” no sentido de que cabe contribuir, em última análise para a pergunta, não sobre o *porquê*, mas sim do *como*, de que *modo*, o Estado Democrático de Direito e a sua existência, e não qualquer outra forma de legitimação política, tornaram-se não apenas possíveis, mas exigíveis – e somente assim justificáveis – historicamente, assumindo-se a perspectiva do participante de um processo não linear e descontínuo de aprendizado social com o Direito, que se desenvolve, ao longo do tempo, de construção dinâmica, polêmica, conflituosa e, portanto, rica e plural, de uma identidade constitucional democrática, não-idêntica e não-identitária, múltipla e aberta. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, p.208-209)

A legitimação desse processo dá-se por meio dessa abertura aos destinatários e co-autores, vencendo as crises de legitimidade e de operacionalidade de paradigmas jurídicos modernos. Em contrapartida, o poder judiciário contribui com esse processo legitimador quando não banaliza os atos de revisão judicial, quando não legisla, quando não constitui. Afinal, a Constituição não é propriedade das Cortes Supremas e nem é o que elas dizem que é. A Constituição, assim como a democracia,

está em constante devir, ela é espaço de experiências e horizonte de expectativas (KOSELLECK, p.2006, p.305ss). As decisões políticas são sempre abertas ao futuro e, por isso, a democracia e seus projetos também se constroem com os olhos no porvir, naquilo que se quer construir, sem se esquecer das experiências que lhe permitiram, como que em um ato fundacional que se renova a cada nova fundação. (ARENDRT, 1990)

### REFERÊNCIAS

ARENDRT, Hannah. *Da revolução*. Trad.: Fernando Dídimo. 2.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

BROCHADO, Mariah. Prolegômenos à ética ocidental. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. V.73, 2009, n.4, ano XXVII

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Devido processo legislativo* 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

\_\_\_\_\_. *Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada transição política brasileira*. In: *Constitucionalismo e história do Direito*. Belo Horizonte: Pergamum: 2011,

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de principio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: Experiências Históricas e Tendências Atuais*. Madrid: Trotta, 2014.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. \_\_\_\_\_. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política*. São Paulo, SP: Loyola, 2002.

HÜBNER MENDES, Conrado. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto. PUC-RJ, 2006.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia IV*. Introdução à Ética Filosófica 1. 2. Ed. São Paulo: Loyola, 2002.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 1ª ed. México: Universidad Iberoamericana, A.C., 2002.

\_\_\_\_\_. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*. Trad.: Neil Ribeiro da Silva. 2.ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998; São Paulo: Ed. Da Universidade de São Paulo, 1987.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *The Core of the Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal, v. 115, 2006.

\_\_\_\_\_. *Do judges reason morally?*. In: HUSCROFT, Grant (org). *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2008.

\_\_\_\_\_. *O judicial review e as condições da democracia*. In: Limites do controle de constitucionalidade. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 243-270