

DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL **PROCEDURAL DEMOCRACY AND CONSTITUTIONAL JURISDICTION**

Estefânia Maria de Queiroz Barboza*

Katya Kozicki**

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar a teoria da Democracia Procedimental, que se funda na defesa do procedimento democrático, privilegiando os direitos que garantem participação política e processos deliberativos justos, independente do resultado a ser alcançado e o papel que dá à Jurisdição Constitucional na defesa e interpretação dos direitos que garantem o processo democrático justo. Para tanto, serão analisadas as teorias de John Hart Ely, Jürgen Habermas e de Carlos Santiago Nino, que sustentam que a Jurisdição Constitucional só poderia atuar para defesa dos direitos que garantiriam a própria democracia. Não obstante, verifica-se que os teóricos que defendem uma democracia procedimental acabam por admitir um julgamento substantivo por parte da Jurisdição Constitucional, na definição do que seja um processo democrático justo, bem como na definição de quais são os direitos fundamentais essenciais ao processo democrático, concluindo-se, desta forma, que não há teoria democrática meramente procedimental.

PALAVRAS CHAVES

CONSTITUIÇÃO; CONSTITUCIONALISMO; PODER JUDICIÁRIO;
DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL; JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL;
DIREITOS FUNDAMENTAIS

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the theory of Procedural Democracy, which is based on the defense of democratic process, privileging both the rights that guarantee

* Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC-PR. Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR. Professora de Direito Constitucional da Unibrasil.

** Mestre e Doutora em Direito pela UFSC, professora dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da UFPR e da PUCPR.

political participation and deliberative fair processes regardless of the result to be reached, as well as the role imputed to the Constitutional Jurisdiction in the defense and interpretation of the rights that guarantee the fair democratic process. In order to accomplish that, the theories of John Hart Ely, Jürgen Habermas and Carlos Santiago Nino, which support that the Constitutional Jurisdiction could only act in the defense of the rights that would guarantee democracy itself, will be analyzed. Nevertheless, it is verified that the theoreticians who defend a procedural democracy end up admitting a substantive judgment by the Constitutional Jurisdiction in the definition of what a fair democratic process is, as well as specifying which are the essential fundamental rights of the democratic process, leading to the conclusion that there is not a merely procedural democratic theory.

KEYWORDS

CONSTITUTION; CONSTITUTIONALISM; JUDICIARY POWER; PROCEDURAL DEMOCRACY; CONSTITUTIONAL JURISDICTION; FUNDAMENTAL RIGHTS

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido acerca da legitimidade da Jurisdição Constitucional na efetivação dos direitos fundamentais no Brasil e no Mundo. Tal discussão ocorre principalmente porque o Poder Judiciário não é, no Brasil, eleito pela população, e, portanto, não teria legitimidade democrática para definir conteúdo dos direitos fundamentais. Além disso, não poderia o Judiciário se imiscuir em questões que envolvam a efetivação dos direitos fundamentais sociais, uma vez que tais questões envolvem decisões políticas de alocação de recursos públicos, que por sua vez, também não estariam na área de competência do Poder Judiciário.

Assim, a Jurisdição Constitucional brasileira vem sendo acusada de violação ao princípio democrático, uma vez que não teria representatividade eleitoral para tomar decisões políticas em nome da população sob o argumento de proteção da Constituição Federal de 1988.

Destarte, o presente artigo tem por objetivo principal analisar a problemática existente entre o papel da jurisdição constitucional – e seu caráter contramajoritário em defesa dos direitos fundamentais – e a democracia, enquanto contrapostos num Estado

Democrático de Direito, tendo como fundo a teoria da democracia procedimental.

Buscar-se-á, desta forma, enfrentar o papel da Jurisdição Constitucional segundo os defensores da chamada “Democracia Procedimental”, que apesar de darem maior preferência ao princípio democrático, em detrimento do princípio constitucional, acabam por aceitar a atuação da jurisdição constitucional, ou seja, de controle de constitucionalidade das leis provenientes do Legislativo, mas desde que seja para assegurar o próprio procedimento democrático de participação política.¹

1 DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL

A chamada “democracia procedimental” se funda na defesa do procedimento democrático, na medida em que privilegia os direitos que garantem participação política e processos deliberativos justos², independente do resultado a ser alcançado.

A democracia procedimental surge como uma oposição ao ativismo judicial americano, tanto da Era Lochner, em que a Suprema Corte declara inconstitucionais as medidas legislativas que procuram implementar a política do *New Deal* do Presidente Roosevelt³, quanto da Era Warren, em que o ativismo se dá de forma intervencionista, manifestando-se a Corte inclusive sobre políticas públicas. É que, apesar do *judicial review* ser aceito pela sociedade americana, a preponderância do ativismo judicial e do princípio constitucional naquele período levou os críticos a desenvolver uma teoria para limitar este poder, de modo a “proteger” a democracia⁴.

Dessa forma, a principal oposição ao ativismo constitucional da Suprema Corte americana de deu no sentido de acusar o sistema de controle jurisdicional das leis para garantia da Constituição americana de antidemocrático, posto que era inaceitável a “interpretação juridicamente vinculativa, do sentido material de normas constitucionais de conteúdo vago, por um grupo de juízes não-eleitos e irresponsáveis perante os eleitores”⁵.

2 A VISÃO DE JOHN HART ELY

¹ Especificamente a este respeito, ver: ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, Cambridge, 2002; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volumes I e II*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003; NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of deliberative democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.

² ERIKSEN, Erik Oddvar. *Democratic or jurist made law? On the claim to correctness*, p. 4.

³ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 39.

⁴ Sobre a teoria da auto-restrição judicial ver: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, p. 116 et seq.

⁵ MELLO, C. A., op. cit., p. 38.

John Hart Ely⁶ veio, já na época da Corte Warren⁷ - período de maior ativismo judicial da Suprema Corte - a ser um dos grandes defensores da limitação do ativismo judicial, posicionando-se contrariamente à idéia de que o papel da Suprema Corte americana seria o de averiguar o peso de um princípio moral da sociedade americana e convertê-lo num princípio jurídico. Ely é contrário à idéia de que a Suprema Corte só estaria a buscar um consenso que já existe na sociedade, pois na sua visão, é impossível um consenso acerca de determinado assunto por parte da coletividade, sendo que quando há um aparente consenso, é porque existe “apenas a dominação de alguns grupos por outros”⁸, o que demonstra o caráter antidemocrático deste pensamento.

Ely reforça a opinião de que seria difícil que a Suprema Corte verificasse um suposto consenso moral existente na sociedade, sem, contudo, colocar sua própria opinião pessoal, sustentando, ainda, que a busca de um suposto consenso moral levaria a uma insegurança jurídica.

Para o autor, enquanto se coloca como consenso a máxima de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, não há problema algum, entretanto tal não ocorreria se uma Corte Constitucional pudesse legitimamente revogar uma decisão tomada pelo Legislativo com base apenas num consenso moral.⁹

Ely também não aceita que a Suprema Corte atue como representante do pensamento do povo, ao invés do Parlamento, posto se tratar de conceito extremamente elitista e antidemocrático. Veja-se sua crítica a respeito:

A noção de que valores genuínos das pessoas possam confiavelmente ser entendidos por uma elite não democrática, é às vezes mencionada em literatura como ‘o princípio de Führer’, e foi justamente Hitler quem disse ‘Meu orgulho é saber que nenhum homem público no mundo, com mais legitimidade do que eu, pode dizer que é representante do seu povo’. Sabemos, no entanto, que essa não é uma atitude restrita à elite de direita. A ‘definição Soviética’ para a democracia,

⁶ A maioria dos grandes doutrinadores parte da teoria democrático-procedimental de John Hart Ely. Vide: WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation: Textual meaning, original intent and judicial review*, p. 22 et. seq.; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 80 et. seq.; NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 200; WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, p. 343 et. seq.

⁷ A Suprema Corte americana esteve sob a presidência de Earl Warren de 1953 à 1969.

⁸ ELY, J. H., op. cit., p. 63. Todas as traduções de notas e comentários presentes neste trabalho são traduções livres, realizadas pelas autoras, com fins acadêmicos.

⁹ Ibid., p. 65.

como HB Mayo já escreveu, também envolve o ‘erro antigo’ em assumir que ‘os desejos do povo podem ser acertados mais precisamente por meio de métodos misteriosos de intuição aberta à elite ao invés de permitirem ao povo discutir, votar e decidir livremente.’¹⁰

Outro ponto a ser ressaltado na teoria de Ely, diz respeito ao caráter antidemocrático do controle de constitucionalidade das leis pela Suprema Corte, na medida em que ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei nova, aprovada pelo Parlamento, a Corte estaria a impor os valores constitucionais de seus antepassados¹¹, o que não pode, segundo ele, ser aceito por uma teoria democrática.¹² Ou seja, sustenta que a manutenção dos valores da Constituição americana pela Suprema Corte seria o mesmo que não permitir novas mudanças na Sociedade, ainda que manifestada esta necessidade pelos representantes do povo.

Nas palavras de Ely:

Fazer uma previsão é uma aventura arriscada para qualquer pessoa, e não há nenhuma garantia para um juiz indicado, supondo que ele seja muito melhor nisso do que o Legislativo, em declarar seus esforços inconstitucionais tomando como base suas previsões. Além disso, a referência é antidemocrática por si própria. Controlar a geração de hoje com valores de seus netos não é mais aceitável do que controlá-la com os valores dos seus avós. Um ‘acelerador liberal’ não é nem menos nem mais consistente com a teoria democrática do que um ‘freio conservador’¹³.

Mesmo sendo um grande crítico do ativismo e intervencionismo praticado pela Suprema Corte americana na sua época, Ely vai amenizar sua posição ao se deparar com a nota de rodapé “*the Carolene Products Footnote*”, cujos parágrafos 2º e 3º inspirarão uma teoria procedimental de Constituição¹⁴:

O parágrafo dois sugere que é uma função apropriada da Corte manter a máquina do governo funcionando da forma como deveria, para ter certeza de que os canais de participação e comunicação política sejam mantidos abertos. O parágrafo três sugere que a Corte deveria se preocupar com o que as majorias fazem com as

¹⁰ ELY, J. H., op. cit., p.68.

¹¹ No mesmo sentido, Michel Troper questiona a legitimidade do controle acerca dos direitos expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: (TROPER, Michel. *Pour une Théorie Juridique de l'État*, p. 317). “Naquilo que diz respeito à legitimidade do controle em relação à Declaração, se adotamos a primeira concepção e se nós consideramos esse texto como expressão da vontade da Assembléia constituinte de 1789, a justificativa desse controle é frágil: como compreender que nós estejamos sujeitos à vontade de homens que morreram há tanto tempo?” Em sentido contrário, ver BLANCHÈRE, Philippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, p. 186 et. seq., em que o autor vai distinguir « *peuple constituant* » de « *peuple actuel* ».

¹² ELY, J.H., op. cit., p. 70.

¹³ Ibid., ibidem.

¹⁴ MELLO, C. A., op. cit., p. 38.

minorias, mais especificamente mencionando leis 'direcionadas a' minorias religiosas, raciais e de diferentes povos, e todos aqueles infectados por preconceitos contra elas.¹⁵

Pode-se deduzir, então, que John Hart Ely não destitui a jurisdição constitucional de qualquer papel, imputando-lhe, não obstante, apenas o papel garantidor do procedimento democrático, o qual deve ser realizado pelo Parlamento. Veja-se o trecho em que o autor defende o papel procedimental da jurisdição constitucional:

(...)Meu argumento é de que somente a Constituição original foi - principalmente, eu deveria realmente dizer, demasiadamente - dedicada a preocupações relacionadas a processo e estrutura e não à identificação e preservação de valores realmente relevantes.¹⁶

Dessa forma, Ely acaba por aceitar a possibilidade de atuação da jurisdição constitucional no controle das leis, no entanto, meramente como garantidora do processo democrático, sendo-lhe vedada qualquer manifestação sobre valores substantivos, sob pena de ofender o princípio democrático.

Keith Whittington explica de forma clara a concepção de Constituição adotada por Ely:

Ely interpreta a Constituição como sendo, fundamentalmente e exaustivamente, para assegurar uma democracia procedimental, e recomenda que a Corte adapte um método de interpretação apropriado para extrair esse significado aplicando-o à prática política atual. Não somente a Corte, mas também a própria Constituição teria valor neutro. A única preocupação da Constituição é de fornecer um fórum para todo o sistema de valores competitivos para serem debatidos até que a maioria finalmente chegue a um consenso. O papel do judiciário não é de ir contra aquele valor escolhido, mas sim de assegurar que todos os valores tenham oportunidades iguais de consideração e seleção.¹⁷

Vê-se, assim, que a principal posição adotada por Ely, enquanto defensor de uma concepção procedimental de democracia, consiste no fato de dar primazia à democracia, como forma de representação da soberania popular, razão pela qual defende que a jurisdição constitucional deve estar limitada a assegurar a efetividade dos processos deliberativos nos quais se forma a opinião e a vontade dos cidadãos, sob pena

¹⁵ ELY, J. H., op. cit., p.76.

¹⁶ Ibid., p. 92.

¹⁷ WHITTINGTON, K. E., op. cit., p. 22-23.

de ofensa à própria democracia.¹⁸

A teoria formulada por Ely tem, conseqüentemente, como pontos centrais a “precedência do princípio democrático sobre princípios e direitos substantivos, e na ilegitimidade dos juízes para adotarem decisões substantivas de valor em um regime democrático”.¹⁹

Keith Whittington ressalta algumas dificuldades na teoria defendida por Ely. A primeira crítica consiste no fato de que Ely não conseguiu demonstrar que a Constituição é composta apenas de valores procedimentais de modo a excluir valores substantivos. Apesar de admitir que as normas procedimentais previstas na Constituição foram elaboradas para o desenvolvimento do direito à liberdade, Ely não enfrenta de que maneira a Constituição concebe e protege a liberdade, até porque, conforme Whittington, é difícil conciliar proibições constitucionais, tais como retroatividade da lei, penas cruéis, danos contratuais ou impostos de exportação, com um documento puramente procedimental. Do mesmo modo, a enumeração de várias cláusulas que dividem competências, como a do governo federal de cobrar impostos ou de possuir exército, sugere valores substantivos que moldaram o desenvolvimento político dos Estados Unidos, desde sua fundação.²⁰

3 A TEORIA DO DISCURSO DE HABERMAS

Habermas, já uma década mais tarde, também vem a defender uma concepção procedimental de democracia, porém, diversamente de John Hart Ely que desenvolveu sua teoria com foco apenas na Constituição americana, buscou uma forma universal de legitimação do direito²¹.

Com sua “teoria do discurso”, Habermas sustenta que só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos. Sendo evidente que, nestes casos, é preciso que os cidadãos não só possuam os mesmos direitos efetivamente, mas que tenham as mesmas condições de exercício destes direitos.²²

¹⁸ MELLO, C. A., op. cit., p. 42.

¹⁹ Ibid., p. 41

²⁰ WHITTINGTON, K. E., op. cit., p. 23.

²¹ SOUZA NETO, C. P. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, p. 311.

²² “Somente as normas obtidas dentro deste procedimento e a partir destes princípios poderão ser consideradas válidas e obrigatórias sob um ponto de vista moral.” Kozicki, Katya, *Conflito e*

Para Habermas, não basta que, tal como no positivismo jurídico, o direito tenha sido criado obedecendo ao procedimento previsto na Constituição para ser legítimo. A legitimidade do direito, para este autor, está atrelada ao princípio democrático, e para que o mesmo seja observado, os destinatários do direito devem se ver como autores desse direito, de forma a haver maior legitimação e aceitação do direito imposto e menos conflitos na sociedade.²³

Segundo Habermas,

De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis.²⁴

Portanto, a democracia procedimental acaba por condicionar a “legitimidade democrática à realização de um processo público de deliberação, aberto a todos e realizado de maneira razoável e racional.”²⁵

Não se pode olvidar que Habermas defende uma concepção procedimental da jurisdição constitucional como forma de cumprimento do princípio democrático, que para ele significa “uma concepção eminentemente procedimental”²⁶ de democracia, ou seja, valoriza os meios procedimentais democráticos, independentemente dos resultados a serem obtidos.

Deve-se ter em vista que “a idéia de democracia deliberativa tem como um de seus elementos centrais o ideal de justificação política”²⁷, na medida em que “pretende funcionar como um método de tomada de decisão que seja em si mesmo legítimo ou que justifique o exercício do poder político.”²⁸ Isto é, a democracia deliberativa pressupõe que este ideal de justificação política vai ser realizado justamente pelo processo deliberativo, realizado entre sujeitos livres e iguais.

estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas Sociedades Contemporâneas, p. 96.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I, p. 157.

²⁴ *Ibid.*, p. 164.

²⁵ KOZICKI, K., *op. cit.*, p. 94.

²⁶ *Ibid.*, p. 92. A respeito da democracia deliberativa: “Habermas parte de uma concepção eminentemente procedimental, dando ênfase aos meios, sem restrição quanto aos resultados a serem obtidos.”

²⁷ *Ibid.*, *ibidem*.

²⁸ *Ibid.*, *ibidem*.

Por outro lado, Habermas entende que o direito produzido por intermédio do processo efetivamente democrático, da teoria do discurso, não poderia ter sua legitimidade questionada na via judicial, cabendo à mesma instância democrática aferir eventual incompatibilidade da norma produzida, defendendo que “o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador, devendo-se reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial.”²⁹

Para Habermas, a razão funciona como legitimadora do direito³⁰, já que se pode medir a legitimidade das regras pelo resgate discursivo de sua pretensão de validade normativa, prevalecendo, em última instância, o fato das regras terem surgido num processo legislativo racional. Ou seja, diversamente da *validade social* das normas do direito, que segundo Habermas “é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito”³¹, a *legitimidade de regras* “se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa”³², valendo, em última análise, “o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais.”³³

Não obstante a defesa do procedimentalismo, como forma de realização do princípio democrático, isso não significa a adoção por Habermas “de uma teoria democrática que seja exclusivamente procedimental”³⁴, uma vez que em sua teoria “existe uma maior valorização deste caráter procedimental, com o reconhecimento de que não pode haver o consenso pretendido e nem uma postura final quanto às divergências geradas na arena política”³⁵, ou seja, apesar de conceber a impossibilidade de um consenso quanto aos valores de uma comunidade, entende que é possível um

²⁹ HABERMAS, J., op.cit., v. 1, p. 301.

³⁰ Em oposição ao positivismo jurídico é que Habermas defende a teoria do discurso como forma de legitimação do direito, uma vez que “a despeito do grande contributo dado por essa corrente de pensamento ao desenvolvimento de uma metodologia jurídica própria, ela abriu espaço para que, diante de certas condições sócio-políticas, a forma jurídica se tornasse instrumento de políticas repressivas, e, por vezes, desumanas e irracionais, como é o caso da legislação produzida durante o governo nazista na Alemanha. Isso foi possível porque, na concepção positivista, a forma jurídica pode se adequar a qualquer conteúdo, inclusive aos de grande irracionalismo”. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, p. 271-272).

³¹ HABERMAS, J., op.cit., p. 50

³² Ibid., ibidem.

³³ Ibid., ibidem.

³⁴ KOZICKI, K., op. cit., p. 93.

³⁵ Ibid., ibidem.

consenso acerca do procedimento democrático a ser adotado. Explica-se.

Habermas reconhece que a sociedade moderna é plural³⁶, e, tendo em vista essa pluralidade, muitas vezes fica difícil “obter um consenso racional sobre valores”³⁷ ou uma idéia de direitos comum a todos. Entretanto, aquilo que se busca é um acordo moral, no qual a sociedade aceita a regra como legítima por ter sido resultante de um procedimento democrático, ou seja, “condiciona-se a legitimidade democrática à realização de um processo público de deliberação, aberto a todos e realizado de maneira razoável e racional”³⁸.

Habermas parte da constatação do pluralismo presente nas sociedades contemporâneas, e da dificuldade em se obter um consenso com toda essa diversidade de culturas e concepções individuais presentes. Desse modo, opta pela garantia do “processo comunicativo” por meio de regras de procedimento³⁹, ou seja, pela racionalidade presente na deliberação pública, os cidadãos, mesmo que não vejam seus interesses ali representados, aceitam racionalmente o direito deliberado de forma racional e pública.

Enquanto Habermas defende a deliberação democrática e racional como requisito essencial à legitimidade do direito, aceita um papel procedimental da jurisdição constitucional para assegurar o exercício da democracia.

Assim, apesar de não aceitar uma intervenção da jurisdição constitucional sobre os valores substantivos de uma dada sociedade, aceita sua intervenção para garantia do procedimento democrático de deliberação, garantindo e protegendo os direitos políticos dos cidadãos.

Dessa maneira, Habermas também aceita o papel da jurisdição constitucional na proteção dos direitos fundamentais, já que são essenciais para o processo democrático, razão por que, nestes casos, o Judiciário teria o poder de restringir a vontade da maioria para salvaguardar o exercício da democracia⁴⁰.

Esta abertura para o controle judicial em proteção dos direitos fundamentais

³⁶ “A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de 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”. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, p. 78.

³⁷ KOZICKI, K., op. cit., p. 98.

³⁸ Ibid., p. 94.

³⁹ SOUZA NETO, C.P., *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 274.

⁴⁰ Ibid., p.322.

inclui tanto os direitos que garantem a autonomia privada⁴¹, quanto os direitos que garantem a autonomia pública⁴², agregando a estes, ainda, “os direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos”⁴³ à autonomia privada e à autonomia pública.

Nas palavras de Habermas:

Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. (...) Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal *compreensão procedimentalista* da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição.⁴⁴

Não se pode perder de vista que a teoria de discurso de Habermas não é pensada em condições concretas, mas como uma idéia reguladora, a ser exercida numa sociedade democrática avançada, porque, para aceitar racionalmente as condições do discurso deliberativo, é necessário que os atores e os cidadãos, os quais se submeterão às leis, tenham iguais condições intelectuais, como forma de se ter uma efetiva legitimidade.⁴⁵

⁴¹ “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida do possível de iguais liberdades subjetivas de ação”; “direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de membro numa associação voluntária de parceiros de direito”; “direitos fundamentais que resultam imediatamente da **possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual**”; HABERMAS, J., op. cit., p. 159-160. No mesmo sentido: SOUZA NETO, C. P., *Teoria da Constituição...*, op.cit., p. 37.

⁴² “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.” HABERMAS, J, op. cit. v. 1, p. 159-160. No mesmo sentido: SOUZA NETO, C. P., *Teoria da Constituição...*, op.cit., p. 37.

⁴³ HABERMAS, J, op. cit. v. 1, p. 159-160. No mesmos sentido: SOUZA NETO, C. P., *Teoria da Constituição...*, op. cit., p. 37.

⁴⁴ HABERMAS, J., op. cit., p. 326.

⁴⁵ No Brasil, onde grande parte da população sequer teve seu direito fundamental à educação garantido, como se poderia aceitar a legitimidade da própria teoria do discurso? Veja-se: “Um governo popular sem informação popular nem os meios de obtê-la é apenas um prólogo de uma farsa ou de uma tragédia, ou, talvez, de ambos. O conhecimento sempre governará a ignorância: e um povo que pretende ser seu próprio governo deve armar-se do poder que o conhecimento oferece.” Carta de James Madison a W. T. Barry (4 de agosto, 1822), reimpressa em *The Writings of James Madison*, org. por G. Hunt (1910), 9:103 *apud* DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 87.

Efetivamente, existem determinadas questões que restam sem resposta ao se pensar a democracia deliberativa adequada às sociedades complexas, tais como:

“a) existe alguma relação entre igual acesso ao processo de deliberação e igual auferição de renda? b) a desigualdade na distribuição de renda, na educação, no acesso à informação, ou a apatia podem constituir uma ameaça à participação simétrica de todos durante o procedimento de deliberação? c) em que medida a democracia deliberativa pode ser vista como uma resposta teórica, uma determinada forma de analisar a realidade existente ou, ao contrário, ser entendida como um ideal para as modernas sociedades?”⁴⁶

4 A CONSTITUIÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE CARLOS SANTIAGO NINO

Outro jusfilósofo que também veio a aprofundar o estudo sobre a tensão entre constituição e democracia, defendendo uma teoria procedimental de constituição, foi o argentino Carlos Santiago Nino, por intermédio da obra *The Constitution of deliberative democracy*.

Nino começa sua obra ressaltando o fato histórico de que a maioria dos Estados contemporâneos adotou regimes democráticos constitucionais, seja porque saíram de regimes militares autoritários, como no caso da América Latina, seja porque decaíram os regimes ditatoriais europeus, seja, ainda, por causa da queda do comunismo no leste europeu.⁴⁷

Conquanto a difusão rápida pelo mundo do ideal de democracia constitucional, é certo que este não é um casamento fácil. Para Nino, “as tensões aparecem quando a expansão de democracia leva a um enfraquecimento do constitucionalismo, ou quando o fortalecimento do ideal constitucional implica em restrição do processo democrático.”⁴⁸

Ele registra que esse relacionamento entre democracia e constitucionalismo depende primordialmente da interpretação que se faz do constitucionalismo⁴⁹, cuja idéia, inclusive, é obscura.

Para ele, “uma concepção abrangente de constituição exige, além da organização do poder e de limites ao processo legislativo”⁵⁰, também “mecanismos jurídicos que assegurem um processo político público e aberto, no qual todos os

⁴⁶ KOZICKI, K, op. cit., p. 101.

⁴⁷ NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of deliberative democracy*, p. 1.

⁴⁸ Ibid., p.1-2.

⁴⁹ Ibid., p. 2.

⁵⁰ MELLO, C. A., op. cit., p. 53

afetados pelas decisões políticas tenham igual possibilidade de participar das decisões”⁵¹ – essa também era a idéia de Habermas – mas que também “impeçam o governo, mesmo quando respaldado pela maioria, de violar os interesses individuais tutelados pelo sistema de direitos fundamentais”⁵².

Não obstante, num primeiro momento, Nino não aceita a idéia de direitos definidos “a priori”, que estariam fora do campo de deliberação democrática, porque alçados a direitos constitucionais, o que levaria, a seu ver, num enfraquecimento do processo democrático. A partir daí, passa a buscar uma harmonia entre o princípio democrático e o princípio do constitucionalismo.

Para justificar a possibilidade de existência e de proteção dos direitos fundamentais, Nino os compreende como expressões de princípios de moralidade social, ou seja,

(...)Quando usamos de um direito constitucional para justificar uma certa decisão (incluindo críticas a uma decisão já adotada), estamos fundamentalmente utilizando princípios de moral social que endossam a norma legal da constituição estabelecendo a pergunta correta.⁵³

Em conseqüência, direitos constitucionais seriam, em última instância, direitos morais, desde que derivem de princípios que tenham como características autonomia, finalidade, superveniência, publicidade, universalidade e generalidade. E, portanto, os direitos que podem ser reconhecidos como parte do ideal constitucional, não podem ser determinados sem uma articulação de concepção filosófica, política e moral⁵⁴.

Nino busca, dessa maneira, um ideal de constituição de direitos, partindo de uma concepção liberal em que se protege o princípio da autonomia pessoal, o princípio da inviolabilidade da pessoa e o princípio da dignidade da pessoa humana, os quais são derivados da prática social do discurso moral⁵⁵. Dessa forma, esses direitos – que podem ser considerados fundamentais – acabam por limitar o processo democrático desqualificando as decisões coletivas que os ignorem ou contrariem⁵⁶. Se o processo

⁵¹ Ibid., ibidem.

⁵² Ibid., ibidem.

⁵³ NINO, C.S., op. cit., p. 45.

⁵⁴ NINO, C. S., op. cit., p. 46.

⁵⁵ Ibid., p. 63.

⁵⁶ Ibid., p. 64.

democrático nega a inviolabilidade de uma pessoa ou sua autonomia, o reconhecimento de direitos que emergem dos princípios fundamentais ou centrais poderia invalidar decisões que lhes são contrárias.

Por outro lado, Nino explica que a existência desses direitos serve como contrapeso num processo democrático, porém não tira sua própria esfera de atuação. Se o escopo dos direitos é restrito, tal como proposto pelo liberalismo clássico, muitas das importantes questões sociais serão decididas não pelo reconhecimento de direitos, mas, pelo processo democrático.⁵⁷

Conseqüentemente, Nino passa a defender não só uma dimensão negativa dos direitos, como no estado liberal, mas também uma dimensão positiva, segundo a qual “a autonomia de uma pessoa é prejudicada não somente por ações que impossibilitam as pessoas de terem elementos necessários para essa autonomia, mas também por não terem condições de prover as pessoas daqueles elementos que compõem o direito do bem-estar.”⁵⁸

Mais adiante, Nino vai tratar das concepções alternativas de democracia⁵⁹, rejeitando as teorias que separam a moralidade da política e propondo uma concepção na qual essas duas esferas estão entrelaçadas e estabelecem a importância da democracia na moralização das preferências do povo⁶⁰.

A seu turno, Nino não aceita um eventual pré-comprometimento do sistema político com direitos que não estão à disposição do debate coletivo, o que levaria a uma drástica redução do papel da democracia no arranjo institucional de um Estado.⁶¹

O que se percebe é que a teoria constitucional da democracia deliberativa de Nino é semelhante à teoria procedimental de Habermas, visto que ambas ressaltam o valor epistêmico dos processos democráticos de discussão e de decisão de questões morais, bem como entendem que cabe aos órgãos legislativos a competência para decisões sobre conteúdo e limites dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, por entenderem que dar tal competência a juízes e tribunais seria atuar contrariamente ao método do procedimento democrático.⁶²

⁵⁷ Ibid., ibidem.

⁵⁸ NINO, C. S., op. cit., p. 65.

⁵⁹ NINO, C. S., op. cit., p. 67.

⁶⁰ Ibid., p. 107.

⁶¹ Ibid., p. 56.

⁶² Ibid., p. 57.

Portanto, como Habermas, Nino procura defender que o controle de constitucionalidade das leis deve ser realizado por um órgão político ou diretamente pelo eleitorado, quer seja por plebiscito, quer seja por um entendimento social difundido, o qual permita que qualquer cidadão possa desobedecer a uma lei inconstitucional, e não pelo Judiciário por meio do *judicial review*.⁶³

Nino admite que “freqüentemente é dito que o processo democrático não pode ser o último recurso para a proteção de direitos individuais”⁶⁴, tendo em vista “que a função principal de direitos é conter decisões majoritárias e proteger os interesses de indivíduos isolados ou de minorias”⁶⁵, e que a idéia de democracia liberal implica uma democracia limitada, na qual certos direitos não podem ser violados, ainda que por decisões majoritárias. E é aí que Nino acaba por admitir a possibilidade de mecanismos, tais como o *judicial review*, para proteção de referidos direitos que estariam fora do processo político⁶⁶.

Desse modo, apesar das semelhanças com a teoria proposta por Habermas, Nino admite a possibilidade de atuação da jurisdição constitucional para invalidar uma lei, desde que seja para reforçar o processo democrático, para proteger a autonomia pessoal, bem como para garantir a Constituição como uma prática social.⁶⁷

Ora, quando Nino aceita o *judicial review* para proteger o processo democrático, excepciona diversos direitos fundamentais que garantem o processo democrático, como igualdade, liberdade, direitos políticos, etc., que, por dependerem de um julgamento de valores, levam ao enfraquecimento da própria teoria procedimental, uma vez que acaba admitindo um papel substantivo por parte da Jurisdição Constitucional.

Ainda, na medida em que a segunda exceção aceita por Nino para atuação da jurisdição constitucional permite a revisão judicial para proteção da autonomia da

⁶³ NINO, C. S., op. cit., p. 196.

⁶⁴ Ibid., ibidem.

⁶⁵ Ibid., ibidem.

⁶⁶ Outra argumentação que merece destaque se faz quanto à legitimidade da Constituição, vista como vontade suprema de um povo, e conseqüentemente dando uma certa legitimidade democrática ao *judicial review*. Para o autor argentino, este argumento não convence, uma vez que existem Constituições históricas que não foram concebidas por meio de um verdadeiro processo democrático. Exemplifica a Constituição americana, na qual apenas uma fração da população, branca e de homens participaram do processo constituinte. (Cf. NINO, C. S., op.cit., p.198)

⁶⁷ Ibid., p. 199 et. seq.

vontade⁶⁸, impedindo que a maioria imponha à minoria ou aos indivíduos determinadas concepções de bem individual e frustrando a liberdade de autodeterminação individual e de escolha de concepções pessoais de bem, restringe-se o espaço de liberdade do processo democrático⁶⁹. Ou seja, não se permite a deliberação democrática sobre esses direitos protegidos.

Já a terceira exceção aceita por Nino, para o *judicial review* – de garantir a Constituição como prática social –, consiste em tornar as decisões democráticas mais eficazes, assim a proposta da revisão judicial seria de preservar as práticas ou convenções sociais, principalmente como é o caso de uma Constituição histórica, sob pena de a lei democraticamente aprovada não vir a produzir efeitos na sociedade.

Nino exemplifica da seguinte forma:

Considere o caso no qual uma decisão democrática claramente infringe o texto – o aspecto mais saliente da convenção, segundo regras comuns de interpretação. Aquela decisão democrática pode parecer impecável do ponto de vista de elementos liberais e participativos de constitucionalismo, mas poderia ir contra o elemento que preserva as regras da lei (*rule of law*). Enquanto que nenhum direito seria violado se a decisão democrática fosse respeitada, a prática social constituída pela constituição histórica pode ser enfraquecida, e como resultado, as decisões democráticas podem ser obviamente desrespeitadas, perdendo sua eficácia. Nesta situação, o juiz pode justificavelmente intervir e invalidar a lei democrática para proteger a constituição convencional que garante eficácia às próprias decisões democráticas. Tipicamente, o juiz desta forma pode estar promovendo a constituição ideal. Portanto, até mesmo quando a invalidação constitucional de normas democraticamente outorgadas pareça enfraquecer a constituição ideal, ela em verdade preserva a possibilidade de fortalecer as dimensões ideais da complexa constituição.⁷⁰

Neste ponto, assume Nino a possibilidade de a Constituição ser efetivamente a representação da vontade da sociedade, posto que existe a prática social efetiva, a qual, por sua vez, deve ser protegida, dando ao juiz o poder de valorar em que casos essa prática social prevalecerá em detrimento de uma decisão feita por intermédio do juízo democrático, e conseqüentemente com juízo de valores substantivos a respeito⁷¹.

Pois bem, como pode o regime democrático não ser eficaz se representa a

⁶⁸ NINO, C. S., op.cit., p. 203.

⁶⁹ MELLO, C. A., op. cit., p. 59.

⁷⁰ NINO, C. S., op.cit., p. 205-206.

⁷¹ Veja-se a posição de Luc B. Tremblay a respeito: “No meu ponto de vista, as condições básicas para se fazer uma lei legítima dentro de uma teoria democrática deliberativa implicam também que a legislação deva ser apoiada pelos cidadãos atuais, notadamente por aqueles atingidos por ela. **Esses critérios, apesar de procedimentais por natureza, também podem justificar a revisão judicial de várias escolhas substantivas feitas pela maioria dos cidadãos.**” (g.n.) TREMBLAY, Luc B. *General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law*, p. 557.

suposta vontade da maioria e a constituição histórica ser eficaz? Então ele assume a supremacia da Constituição como representante máxima da vontade do povo, para proteger bens socialmente estabelecidos, permitindo ao Judiciário a invalidação das normas que vierem a contrariar esta Constituição.

Por fim, Nino ressalta que o objetivo central de uma teoria jurídica de democracia constitucional é o de atingir a constituição ideal do poder, o que se realiza por meio da democracia deliberativa. Apesar de ele assumir que “o método democrático exige a satisfação de certas condições prévias para ter valor epistêmico, tais como liberdade de expressão e igual liberdade de participação política”⁷², continua afirmando que estas pré-condições seriam direitos chamados de *a priori*, enquanto requisitos de legitimação da própria deliberação. Esses direitos, cujo reconhecimento “é requisito para que a democracia tenha valor epistêmico”⁷³, constituem pressuposições para um conhecimento moral posterior.

Percebe-se, desse modo, que, mesmo Nino defendendo a democracia deliberativa, na verdade, ele aceita a jurisdição constitucional atuando ao lado do princípio democrático, inclusive para protegê-lo e efetivá-lo, quando permite a proteção judicial dos princípios e direitos fundamentais⁷⁴. Ou seja, “as normas que têm em vista garantir as condições procedimentais da democracia deliberativa são justamente os direitos (materialmente) fundamentais, os quais podem, por isso, ser aceitos pelas mais diversas doutrinas abrangentes razoáveis.”⁷⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam, o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Devendo o Poder Judiciário ser apenas um garantidor do exercício da democracia, não

⁷² NINO, C. S., op.cit., p. 221.

⁷³ Ibid., p. 222.

⁷⁴ Vide SOUZA NETO, Cláudio Pereira, Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*, p. 38 “se a deliberação majoritária chega a conclusões contrárias aos direitos fundamentais (que correspondem às condições procedimentais da democracia), se justifica o controle de tais decisões pelo judiciário.”

⁷⁵ Ibid., p. 36.

sendo possível, portanto, a possibilidade de ativismo judicial, visto que a deliberação sobre os valores substantivos de uma sociedade por juízes não eleitos atentaria ao princípio democrático.⁷⁶

Não obstante, os procedimentalistas defendem, assim, que os tribunais constitucionais, “ainda que restringindo o princípio majoritário, continuam sendo defensores da soberania popular”⁷⁷, enquanto garantidores dos direitos fundamentais de participação política, de acesso ao discurso político. Quer dizer, o Judiciário tem legitimidade para restringir a vontade da maioria tão-somente enquanto guardião do procedimento, e por conseguinte, da própria democracia, não lhe cabendo o papel de legislador positivo ou negativo.

Para além disso, deve-se ter em vista que “a pretensão teórica de fundar um regime constitucionalista no quadro de uma teoria procedimental do direito pressupõe que o sistema dos direitos é melhor tutelado pelos próprios órgãos de representação democrática”⁷⁸, por meio “dos processos de decisão do regime democrático, do que por cortes de justiça, que não possuem origem e controle popular”.⁷⁹

Não obstante, ao admitirem o *judicial review* para garantia do processo democrático, como defende John Hart Ely, ou para proteção dos direitos que garantem a autonomia pública e privada dos cidadãos, bem como os direitos fundamentais à igualdade de chances, como sustenta Habermas, ou ainda, ao se admitir que a Jurisdição Constitucional atue para proteger os direitos fundamentais que garantem o processo democrático, como também para defesa da autonomia privada e ainda para proteção da Constituição como prática social, como quer Nino, verifica-se que mesmo segundo uma concepção procedimental de democracia, abre-se a possibilidade de um julgamento

⁷⁶ No Brasil, tem-se Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira como representante deste pensamento: “Assim, embora a democracia exija uma jurisdição constitucional ofensiva, no sentido da tutela jurídica de direitos constitucionais garantidores de um processo legislativo democrático, essa não deve nem precisa ser uma guardiã republicana de pretensos valores ético-políticos, tidos como homogêneos ou majoritários na sociedade, como, de fato, se comportou a jurisdição constitucional sob o paradigma do Estado Social”. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente?* In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*, p. 71. E mais a frente: “a tarefa geral da jurisdição constitucional e, especialmente, no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, no marco da Constituição da República brasileira, sob paradigma do Estado Democrático de Direito, é a de garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos co-associados jurídicos, no sentido da interdependência e da equiprimordialidade delas”. *Ibid.*, p. 81.

⁷⁷ SOUZA NETO, C. P., *op. cit.*, p.323.

⁷⁸ MELLO, C. A., *op. cit.*, p. 52

⁷⁹ *Ibid.*, *ibidem*.

substantivo por parte da Jurisdição Constitucional.

Ainda, cabe destacar a crítica de L.H. Tribe acerca da teoria procedimentalista, de acordo com o qual, as próprias normas que regulam os procedimentos de participação são substantivas:

“Decidir que classe de participação demanda a Constituição, requer uma teoria dos valores e dos direitos plenamente substantiva. Assim, os direitos ao procedimento do devido processo têm em sua base a dignidade pessoal (ser ouvido é parte do que significa ser pessoa); do mesmo modo, a questão de “quem vota” ou a regra “um homem, um voto” possuem caráter substantivo. As teorias procedimentalistas não parecem apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso; porém, dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva.”⁸⁰

Dessa forma, verifica-se que mesmo os teóricos da democracia procedimental, ao aceitarem um papel mínimo de jurisdição constitucional para garantia do próprio processo democrático, não conseguem evitar a possibilidade de que esta jurisdição envolva julgamento de valores substantivos, demonstrando que julgamentos substantivos pelo Poder Judiciário não estão a ofender, de modo algum, o princípio democrático.

Até porque, ao defenderem que um processo democrático legítimo e justo é que vai legitimar as leis, os procedimentalistas acabam admitindo algumas pré-condições necessárias a que este procedimento seja o mais adequado, tais como liberdade, igualdade e dignidade dos cidadãos, o que, por sua vez, demonstra condições necessariamente substantivas.

REFERÊNCIAS

BLACHÈR, Philippe. **Contrôle de constitutionnalité et volonté générale** : La loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution. Paris : Presses Universitaires de France, 2001.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional** : entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

⁸⁰ TRIBE, L. H. *The Puzzling Persistence of Process-Based constitutional Theories*, apud STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.*, op. cit., p. 161-162.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ERIKSEN, Erik Oddvar. **Democratic or jurist made law? On the claim to correctness**. ARENA- Centre for European Studies, University of Oslo, Working Papers WP 04/07, 2004. Disponível em: <www.arena.uio.no/publications/working-papers2004/papers/wp04_7.pdf>. Acesso em : 1 jul. 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.

KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas Sociedades Contemporâneas**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of deliberative democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente?** In : SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TREMBLAY, Luc B. **General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law**. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 4, 2003.

TRIBE, L.H. **The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories**. *The Yale Law Journal*, v. 89, n. 1073, 1980.

TROPER, Michel. **Pour une Théorie Juridique de l'État**. Paris : Presses Universitaires de France, 1994.

WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Interpretation: textual meaning, original intent and judicial review**. Kansas: University Press of Kansas, 1999.

WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Revised edition. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.