



Enero 2018 - ISSN: 1988-7833

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A RADICALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA COMO GARANTIA DE LEGITIMIDADE

Renan Longuinho da Cunha Mattos*

Leandro Corrêa de Oliveira**

Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM, Brasil

renanlonguinho@yahoo.com.br

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Renan Longuinho da Cunha Mattos y Leandro Corrêa de Oliveira (2018): "Controle de constitucionalidade: a radicalização democrática como garantia de legitimidade", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (enero-marzo 2018). En línea: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2018/01/radicalizacao-democratica.html>

Resumo: O presente artigo pretende trazer ao debate um tema que destaca-se como uma das mais complexas questões do Direito Constitucional contemporâneo, a legitimidade das decisões tomadas no âmbito do controle jurisdicional de constitucionalidade. Inicialmente será tratado do desenvolvimento do constitucionalismo e a evolução da teoria do controle de constitucionalidade. Com o desenvolvimento da teoria e sua ascensão no campo do constitucionalismo, surge o ponto nevrálgico deste trabalho representado pela tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia. Uma das soluções propostas é através da Teoria Discursiva do Direito, de Jürgen Habermas, e apresenta-se também o modelo norte americano do *judicial review*. Em conclusão, apresenta-se a radicalização democrática como meio de se garantir legitimidade às decisões judiciais em controle de constitucionalidade.

Palavras-Chave: Controle de Constitucionalidade; Procedimentalismo; Judicial Review; Legitimidade.

Resumen: El presente artículo pretende traer al debate un tema que se destaca como una de las más complejas cuestiones del Derecho Constitucional contemporáneo, la legitimidad de las decisiones tomadas en el marco del control jurisdiccional de constitucionalidad. Inicialmente será tratado del desarrollo del constitucionalismo y la evolución de la teoría del control de constitucionalidad. Con el desarrollo de la teoría y su ascenso en el campo del constitucionalismo, surge el punto neurálgico de este trabajo representado por la tensión entre la jurisdicción constitucional y la democracia. Una de las soluciones propuestas es a través de la Teoría Discursiva del Derecho, de Jürgen Habermas, y se presenta también el modelo norteamericano del *judicial review*. En conclusión, se presenta la radicalización democrática como medio de garantizar legitimidad a las decisiones judiciales en control de constitucionalidad.

Palabras clave: Control de Constitucionalidad; contenido sustantivo; Judicial Review; Legitimidad.

Abstract: This article aims to bring to the debate a theme that stands out as one of the most complex issues of contemporary Constitutional Law, the legitimacy of decisions taken in the scope of jurisdictional control of constitutionality. Initially will be dealt with the development of constitutionalism and the evolution of the theory of constitutionality control. With the development of theory and its rise in the field of constitutionalism, the neuralgic point of this work is represented by the tension between constitutional jurisdiction and democracy. One of the proposed solutions is Jürgen Habermas's Discursive Theory of Law, and the American

* Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM.

** Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná –UFPR.

model of judicial review is also presented. In conclusion, democratic radicalization is presented as a means of guaranteeing legitimacy to judicial decisions in constitutionality control.

Keywords: Constitutionality Control; Procedimentalism; Judicial Review; Legitimacy.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo um estudo acerca das tensões entre controle de constitucionalidade e legitimidade das decisões tomadas em seu âmbito.

A sequência do trabalho se dará com um breve relato histórico do desenvolvimento da teoria do controle de constitucionalidade, desde seus primórdios, na Inglaterra, ainda do século XVII, passando pela Constituição norte americana de 1787, marco do constitucionalismo contemporâneo e chegando ao constitucionalismo europeu continental, inaugurado pela Constituição austríaca de 1920 elaborada por Hans Kelsen, que até hoje espelha as principais constituições do mundo.

Dessa rápida passagem, verificar-se-á que o modelo e os efeitos do controle de constitucionalidade sofreram mutações com o tempo e conforme os modelos constitucionais, na Inglaterra, por exemplo, é nítida experiência de um controle parlamentar, reflexo de um parlamento forte e de uma constituição “não escrita”. Já nos Estados Unidos da América, com uma constituição escrita, surge um modelo de controle de constitucionalidade difuso, com forte ascendência do Poder Judiciário. Kelsen, por sua vez, traz na Constituição austríaca a ideia de um controle concentrado de constitucionalidade realizado por um órgão de cúpula, pertencente ou não à estrutura do Judiciário.

Feito este pequeno esboço histórico, passa-se ao debate central da constitucionalismo atual, a tensão entre jurisdição constitucional e democracia, a necessidade de se prover legitimidade às decisões em sede de controle de constitucionalidade.

Adiante faz-se uma análise acerca do modelo proposto pela teoria discursiva do direito. Nesta linha, a jurisdição constitucional volta-se para a verificação e garantia das condições democráticas do processo legislativo, consistente na garantia de procedimentos de participação de cidadãos.

Noutro giro, expõe-se o modelo norte-americano do *judicial review*, às críticas a ele direcionadas, bem como o surgimento de uma teoria que defende o diálogo institucional entre os poderes com vistas à garantia da legitimidade das decisões.

Finalmente, conclui-se que toda a questão da legitimidade das decisões tem em consideração a necessidade de um diálogo democrático.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: BREVE DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

O constitucionalismo, tal qual se verifica hoje, remonta aos séculos XVII e XVIII com as revoluções burguesas e a assunção do Estado Liberal. Neste contexto, surge a Constituição como meio, imposto pela burguesia, de limitação dos poderes dos mandatários e de garantia de direitos individuais e de propriedade.

É, pois, com a Revolução Gloriosa de 1688 na Inglaterra e com estudos de John Locke que toma força a ideia do liberalismo político com o surgimento de um Estado Constitucional subordinado ao controle parlamentar e garantidor de direitos fundamentais aos cidadãos.

Nesta época, surgem na Inglaterra as cartas e declarações de direitos dos cidadãos, tais como a *Petition of Rights* (1679), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights*, de 1688, entre outros. Estas declarações sinalizam o reconhecimento de direitos individuais e impõem limites da liberdade individual excluídos da invasão pelo poder político. É a partir destes documentos, que estabelecem algo como um contrato entre o povo e seus governantes, que tem início a tradição de uma “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um

documento escrito” (CANOTILHO, 1997), que dá os contornos do Estado Constitucional contemporâneo, desde a Constituição norte-americana de 1787.

Contudo, na Inglaterra, do *common law*, não se originou uma constituição escrita, gerando-se, deste modo, a supremacia do parlamento britânico. Dessa forma, não se pode verificar naquele país um sistema eficaz de controle de constitucionalidade.

Lado outro, o constitucionalismo norte-americano ofereceu ao mundo moderno a primeira constituição escrita no sentido que se concebe hoje. Junto com esta nova constituição, os norte-americanos trouxeram a ideia de controle de constitucionalidade, superando a supremacia do parlamento e passando à supremacia normativa da carta constitucional.

No modelo norte-americano vigora o controle difuso de constitucionalidade, vale dizer qualquer juiz americano tem competência para declarar inconstitucional qualquer ato ou lei no curso de um julgamento. No entanto, ficam adstritos, os juízes, às decisões da Suprema Corte em virtude do princípio do *stare decisis*, que impõe força vinculante às decisões da Suprema Corte.

O controle de constitucionalidade norte-americano tem seu primoroso momento no célebre julgamento do caso *Marbury versus Madison*, onde o juiz Marshal da Suprema Corte americana diz ser próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E, nesse mister, se a lei estiver em contradição com a Constituição, deve o tribunal aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária.

Esse modelo de jurisdição constitucional foi adotado posteriormente por diversos países, entre eles o Brasil. Contudo, no Século XX, surge na Áustria, em 1920, elaborado por Hans Kelsen, o primeiro modelo de controle de constitucionalidade concentrado. Neste modelo, cabe a um órgão jurisdicional independente (Tribunal Constitucional) na cúpula ou fora da estrutura do Poder Judiciário a verificação da constitucionalidade das leis.

O modelo de Kelsen inova, além da questão da existência de um Tribunal exclusivo para julgamento de questões constitucionais, mas também em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis. Conquanto no modelo difuso a declaração de inconstitucionalidade tem efeito meramente declaratório e efeitos retroativos (*ex tunc*) apenas entre os demandantes, no modelo difuso a declaração de inconstitucionalidade tem caráter constitutivo e efeitos *ex nunc* e extensivos a todos os casos em que a lei tem aplicação (*erga omnes*).

O modelo austríaco de controle de constitucionalidade se espalhou pelo mundo após a Segunda Guerra Mundial, especialmente pela Europa.

Assim, nos moldes do proposto por Clèmerson Merlin Clève (2000), pode-se esquematizar os sistemas de jurisdição constitucional da seguinte forma:

a) modelo inglês de ausência de fiscalização de constitucionalidade, onde impera a supremacia do Parlamento, não cabendo aos juízes e tribunais conhecer e julgar qualquer questão de inconstitucionalidade;

b) modelo francês de controle político e preventivo de constitucionalidade cujo exercício se dá pelo Conselho Constitucional preventivamente, também não cabendo aos juízes e tribunais o julgamento de questões de inconstitucionalidade;

c) modelo de jurisdição constitucional difuso norte-americano, onde juízes e tribunais podem julgar questões de inconstitucionalidade das leis em relação à Constituição, cabendo recurso aos tribunais superiores, inclusive à Suprema Corte;

d) modelo de jurisdição constitucional concentrado, de matriz austríaca, onde juízes e tribunais têm competência para conhecimento das questões de inconstitucionalidade mas cabendo exclusivamente à Corte Constitucional o julgamento destas questões.

Neste ponto, sem aprofundar na análise (que não é o objeto principal deste estudo) vale dizer que Portugal e Brasil adotam modelos híbridos de controle de constitucionalidade utilizando-se de traços de ambos os modelos, tanto o difuso de origem norte-americana, como o concentrado originário da ideia de Kelsen na Constituição austríaca de 1920.

3. TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

Feito este breve esboço histórico, passa-se ao estudo da atual situação do constitucionalismo.

A grande questão, neste ponto, se dá entre a necessária conciliação entre dois princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, quais sejam: o próprio princípio democrático, que pressupõe a soberania do povo ou a regra da maioria, e de outro lado o Estado de Direito que se sustenta com base no respeito às leis e na limitação do poder do Estado. Inicialmente, poder-se-ia supor que o princípio democrático poderia se sobrepor ao Estado de Direito subvertendo a ordem institucional, noutra ponta, se para concepção do Estado de Direito fossem previstas regras muito rígidas poderia este inviabilizar o exercício da democracia. A função precípua do constitucionalismo é estabelecer um equilíbrio entre estes dois conceitos de modo a garantir a prevalência da própria Constituição.

O constitucionalismo institucionaliza um modelo em que figuram como atores principais o povo, seus representantes eleitos para legislarem em seu nome e uma corte constitucional cuja função é a de zelar pelo cumprimento, pelos representantes do povo, da constituição durante a elaboração e, mesmo, na vigência das leis, dando a palavra final acerca do assunto.

O ponto nevrálgico desta engenharia jurídica se realiza quando da decisão pela corte constitucional acerca da adequação ou não de determinada norma, ato ou procedimento aos ditames constitucionais. Neste ponto, a grande celeuma se instaura em função da necessidade de se garantir à decisão da corte constitucional o máximo de legitimidade. O debate se dá, portanto, na necessária discussão acerca de até que ponto um grupo de juristas nomeados teriam capacidade e legitimidade para decidir questões importantes para todo um país, acerca da validade ou não de suas normas ante a Constituição, sem que para isso tenham havido qualquer delegação de poder por parte dos cidadãos, em outras palavras, que legitimidade teria uma corte constitucional composta por membros não eleitos.

O tema ganhou especial destaque com a crise de representatividade do Poder Legislativo e a judicialização da política como meio de conformar as políticas públicas aos mandamentos constitucionais. Neste sentido, é ilustrativa a ideia do *ativismo judicial* que, grosso modo, pode ser entendida como, em parte, a usurpação de poderes legislativos pelo Judiciário na tentativa de se dar efetividade à Constituição ante a inércia do próprio Poder Legislativo. Nesta hipótese, um Poder Judiciário, embora constitucionalmente previsto, estaria substituindo o Poder Legislativo na determinação de leis e políticas públicas sem que seus membros tenham recebido qualquer voto ou delegação do povo para tanto.

John Hart Ely (1998), em tradução livre, situa muito bem a questão:

Assim a função central, é ao mesmo tempo o problema principal do *judicial review*: um corpo que não é eleito ou de qualquer outra maneira politicamente responsável de forma significativa estão dizendo aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como querem.

A discussão não se encerra com uma única resposta. Diversas correntes tratam do assunto como se verá a seguir sem, contudo, se pretender esgotar o tema, apenas expondo os caminhos que os jusfilósofos dão à superação da questão.

Inicialmente, vale trazer a posição clássica do constitucionalismo que, fundada nas idéias liberais iluministas, assentam o primado dos direitos do homem, cuja garantia seria a função do constitucionalismo. Aos direitos do homem estaria assegurado *status* constitucional oponível aos representantes do povo e ao próprio povo que, por força de uma Constituição fundante do

sistema, se submeteria aos mandamentos constitucionais. Assim, a validade de todo ato estatal estaria vinculada à garantia dos direitos do homem, atuando a corte constitucional para a realização destes direitos, ou melhor, para preservação destas garantias. Os fundamentos teóricos desta interpretação são colhidos do de pensadores como o próprio John Locke, anteriormente citado, e Hans Kelsen, em relação à necessidade de coerência e unidade do sistema constitucional.

Superando as idéias positivistas vêm autores de tendências liberais pós-positivistas, como John Rawls e Ronald Dworkin, especialmente, que, partindo da fundamentação moral e universal dos direitos humanos, vislumbram no constitucionalismo e no *judicial review* a condição de garantia destes direitos fundamentais em face de maiorias legislativas eventuais

Finalmente, e a ideia que vai ser o objeto de estudo mais aprofundado deste trabalho, a teoria procedimentalista da democracia e dos direitos fundamentais, de inspiração de Jürgen Habermas, onde o procedimento democrático tem como limite deliberativo as suas próprias condições de existência, assim, os direitos fundamentais passam a ser compreendidos como meios de viabilização da participação dos cidadãos na construção de um consenso democrático. Nesta perspectiva, atuando como guardião de direitos fundamentais, a corte constitucional atua, simultaneamente, como garantidora da própria constituição.

Estas duas últimas teorias, a substancialista de Dworkin e a procedimentalista de Habermas monopolizaram os debates do direito constitucional na segunda metade do século XX. A discussão entre procedimentalistas e substancialistas revela que os autores terão visões distintas de democracia: enquanto Dworkin privilegia os princípios constitucionais como baluartes democráticos historicamente conseguidos, Habermas a assenta no agir comunicativo, não aceitando a interferência estatal na decisão popular.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA PERSPECTIVA PROCEDIMENTALISTA DE JÜRGEN HABERMAS

Inicialmente é preciso fazer algumas considerações sobre a função do direito na sociedade moderna para a Teoria Discursiva do Direito, de Habermas. É importante dizer que neste prisma a ordem jurídica tem papel fundamental, consistindo em procedimentos formais de elaboração e adequação das normas de modo que todos os partícipes tenham condições igualitárias de participar do debate até se chegar a um consenso, donde se verificará a legitimidade da norma. Para Habermas, “*o direito não pode existir nem se manter sem democracia radical*” (2003)

Marcelo Cattoni¹ explica resumidamente:

Segundo Habermas, o Direito moderno legitima-se a partir da autonomia garantida igualmente a todo cidadão, sendo que autonomia pública e autonomia privada pressupõem-se mutuamente. Essa coesão interna passa a ter validade na dialética entre igualdade fática e jurídica, suscitada pelo paradigma jurídico do Estado Social, frente à compreensão liberal do Direito, e que, segundo Habermas, e isso é de suma importância, “hoje compele a uma autocompreensão procedimentalista do Estado democrático de direito”. Essa autocompreensão procedimentalista, que se apresenta, portanto, como uma terceira compreensão paradigmática do Estado Democrático de Direito é, por fim, explicada a partir do exemplo da política feminista pela igualdade de direitos.

Diversamente de Dworkin (2000) que sustenta que a formação democrática tem sua legitimidade em convicções éticas consuetudinárias, Habermas vai buscar nos melhores argumentos surgidos durante uma argumentação orientada por pressupostos comunicativos e procedimentos, a força legitimadora da democracia. Daí tem-se que, para Habermas, os direitos fundamentais não são, senão, o fruto da decisão recíproca e consciente de cidadãos livres e iguais de regular sua vida através do direito positivo. Estes direitos fundamentais são a

garantia do exercício da comunicação entre os cidadãos na busca do consenso, garantindo a estes a sua autonomia pública e privada.

Nesse sentido:

Os direitos fundamentais à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador garantem as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Ou seja, fornecem ao destinatário da norma a condição de autor, de sujeito da norma. É somente através do código do direito que é dado preliminarmente que os sujeitos do direito podem exprimir sua autonomia. Por isso, para se fundamentar iguais direitos de participação e de comunicação, devemos adotar a postura da terceira pessoa do plural, e não da primeira. (SAAVEDRA, 2006)

Habermas pretende, assim, superar os fundamentos morais ou transcendentes dos direitos do homem por um fundamento procedimental, fundado em sua teoria discursiva do direito. O autor alemão expõe de maneira muito clara a questão da democracia com a “gênese lógica dos direitos”, fruto do discurso que institucionaliza as condições de possibilidade para autonomia política civil e da soberania do povo conformada por cinco elementos abstratos de criação do direito positivo: i) direitos fundamentais à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; ii) direitos fundamentais a um status de um membro numa associação de iguais e autônomos da comunidade jurídica; iii) direitos fundamentais a postulação judicial de direitos e a proteção jurídica; iv) direitos fundamentais a participação em processos de formação da opinião e da vontade política e v) direitos fundamentais a iguais condições de vida dos direitos listados (HABERMAS, 2003a).

Estas categorias são as garantias circulares que sustentam uma associação composta de homens livres e iguais sujeitos da ordem jurídica, tanto na condição de autores como destinatários das leis. É neste momento que vislumbra o Estado de direito numa perspectiva do discurso racional.

Nesta oportunidade, vale colacionar a lição de Gustavo Binbenbojm (2014):

Habermas, procura, assim, compatibilizar a soberania popular com os direitos humanos, pois estes são vistos como “condições necessárias que apenas possibilitam o exercício da autonomia política; como condições possibilitadoras, eles não podem circunscrever a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem limitações àquilo que constituem.”

Deste modo, para Habermas a atuação legítima da jurisdição constitucional se dá orientada para a proteção do sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos, condição da geração democrática das leis. Diz o próprio Habermas (2003):

(...) 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 da legitimidade do controle de constitucionalidade.

A jurisdição constitucional procedimental, rompendo a ideia de constituição como “ordem concreta de valores”, é voltada para a verificação e garantia das condições democráticas do processo legislativo. A corte constitucional deixa de existir como intérpretes qualificados da constituição e passam a pautar-se pela defesa da radicalização democrática, consistente na garantia de procedimentos de participação de cidadãos.

Nessa quadra, Habermas rememora a ideia de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Peter Häberle (1997), que propugnava que a interpretação da Constituição deveria buscar o maior número de cidadãos que vivenciem a realidade constitucional.

Destarte, como destinatários e autores das normas caberia aos cidadãos o direito de ter voz ativa na interpretação constitucional. Com clareza solar, Rodolfo Viana Pereira (2008) esclareceu a ideia de democratização do controle de constitucionalidade:

Resta, todavia, definir o que se pretende dizer exatamente com a expressão democratização dos sistemas de constitucionais de controle nesse contexto. Em linhas gerais, significa sujeitar a sua titularidade ao princípio democrático ou, por outras palavras, democratizar o acesso a tais processos e ações de controle.

Adverte Bahia (2003):

(...) a discussão em torno da posição dos Tribunais num Estado Democrático de Direito é bem mais complexa do que a de um simples “aplicador do direito”. A circulação oficial do poder mostra a precedência do Legislativo na percepção e na própria discussão pública das várias questões surgidas nos vários espaços públicos. Contudo, transparece também que a função dos Tribunais não pode se resumir à mera “subsunção” dos fatos à lei. Por outro lado, se o Judiciário não deve ser mera *bouche de la loi*, não deve, outrossim perder de vista que ele não é o repositório das “virtudes” de uma comunidade: assumindo uma posição conservadora – como, e.g., o “Senado Conservador” francês – ou uma atitude “ativista”.

Desse modo, pode-se compreender a jurisdição constitucional de modelo procedimental como o “plebiscito diário” a que se sujeitam as decisões e sua capacidade de gerar consensos, a ideia moderna de democracia constitucional é a de um regime fundado na legitimidade de um debate acerca do que é legítimo ou não, cabendo às cortes constitucionais agirem como instâncias reflexivas racionais sobre a legitimidade das decisões da maioria e até mesmo de suas próprias decisões.

5. JUDICIAL REVIEW E MECANISMOS DIALÓGICOS

Como já dito rapidamente alhures, o modelo americano de controle de constitucionalidade fundamenta-se na supremacia da Constituição, diversamente do modelo britânico de supremacia do Legislativo. Nesse modelo americano o Poder Judiciário é o fiscal da Constituição e da sua compatibilidade com os demais atos estatais, possuindo a competência para declarar nulos todos os atos contrários à Constituição.

Também já citado anteriormente, este modelo teve seu caso mais célebre o julgamento *Marbury versus Madison*, onde o juiz Marshal (1803) assentou a supremacia da Constituição categoricamente:

(...) ou a Constituição é uma lei superior e suprema, não sujeita a alteração pelos meios ordinários, ou se encontra no mesmo nível das leis ordinárias, e, com qualquer outra lei, pode ser alterada quando o legislativo bem entender.

A grande crítica que se faz ao modelo norte-americano é seu *déficit* democrático, repetindo as palavras de Ely, colacionadas anteriormente, aqueles que vão decidir se uma decisão tomada pelos representantes do povo não tiveram sequer um voto, não têm nenhuma responsabilidade democrática.

Outra crítica possível é a de que o Poder Judiciário ao decidir uma questão posta sob sua análise poderia estar usurpando uma competência do Poder Legislativo.

Consequência desse modelo poderia ser o ativismo judicial, de origem norte-americana, que, na lição de Luiz Roberto Barroso pode assim se manifestar:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Em face da “hegemonia” do Poder Judiciário onde se adota o modelo do *judicial review*, tem surgido teorias defendendo a adoção de diálogo entre as instituições.

Nessa ideia, a revisão constitucional se daria envolvendo os atores constitucionais através de mecanismos de diálogo buscando uma elaboração compartilhada entre o Judiciário e os demais atores.

Esta interação dialógica seria uma saída à crítica referente ao déficit democrático das decisões tomadas no sistema do *judicial review*.

Ressalte-se, entretanto, que mesmo nestes casos de diálogo institucional, ainda continua cabendo ao Poder Judiciário a palavra final sobre a constitucionalidade ou não de qualquer ato normativo.

6. CONCLUSÃO

Finalmente, pode-se dizer que tanto por parte da teoria discursiva como no caso do *judicial review*, a grande questão acerca da decisão das cortes constitucionais é o grau de legitimidade destas decisões. Em outras palavras, a principal preocupação que se coloca no âmbito das decisões destas cortes é o quão legítimas se pode dizer são estas sentenças.

Por meios e fundamentos diversos, tanto em Habermas quanto em relação às teorias dialógicas no *judicial review* o que se propõe é a instrumentalização da participação (seja do próprio cidadão ou dos poderes constituídos) como meio de realização da aspirada legitimidade nas decisões.

Vale, aqui, rememorar Habermas (2003), já citado, segundo o qual “O Estado de Direito não pode existir nem se manter sem democracia radical”. A garantia da legitimidade das decisões das cortes constitucionais, pois, está, em maior ou menor grau, de acordo com o nível de procedimentos democráticos postos à sua disposição para decisão.

7. BIBLIOGRAFIA

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle judicial difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos: contribuição para a construção de uma democracia cidadã no Brasil. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 25/02/2015.

BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Editora Almedina, 1997

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. Coesão interna entre estado de direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. Disponível: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf> Acesso em: 23 de fevereiro de 2015.

CLÈVE, Clèmerson Martins. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

ELY, John Hart. Democracy and distrust. A theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

_____. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. Teoria do Agir Comunicativo, 1: racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012

PEDRON, Flávio Quinaud. Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutiva das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günter. Belo Horizonte: Editora Clube de Autores, 2013.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Direito constitucional democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito e racionalidade comunicativa. Curitiba: Juruá, 2007

¹ CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. Coesão interna entre estado de direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. Disponível: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf> Acesso em: 23 de fevereiro de 2015.