



CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE
NO PROCESSO LEGISLATIVO

André Del Negri

3ª edição

Revista, Atualizada
e Aumentada

CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE
NO PROCESSO LEGISLATIVO

CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE
NO PROCESSO LEGISLATIVO

André Del Negri

3ª edição
Revista, Atualizada
e Aumentada



Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, André Del Negri.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa
Letícia Robini de Souza

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva
Enzo Zaqueu Prates

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843 , Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

DEL NEGRI, André.
Controle de constitucionalidade no processo legislativo -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-556-6

1. Direito. 2. Direito Constitucional. I. Título.

CDU342

CDD341+341.3

NOTA DO AUTOR À 3ª EDIÇÃO

Este livro foi escrito com caráter de dissertação de Mestrado acadêmico, no início dos anos 2000, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, área de concentração em Direito Constitucional.

À época, buscou-se tentar falsear posicionamentos teóricos majoritários na literatura jurídica especializada, que, incrivelmente, ainda perambulam nos meios acadêmicos e tribunais ditos superiores.

O trabalho acadêmico original foi acrescido e reorganizado, a partir dos recintos das salas de aula, das leituras acadêmicas incessantes e embates jurídico-políticos.

Assim sendo, nesta 3ª edição, publicada por esta audaz Editora D'Plácido, que desponta nas Minas Gerais com publicações de importância, fizemos uma releitura da obra justapondo, amiúde, comentários e notas a partir de compreensões que melhor se ajustam ao espaço processual-democrático.

Dessa maneira, priorizou-se, o tanto quanto, um estudo da lei processualmente produzida a partir de discurso proposicional em *espaço* de testabilidade que possa fundamentar, com segurança de linguagem, as articulações jurídico-constitucionais sobre a produção da lei no Brasil.

Dessa forma, em linhas gerais, a pesquisa tem por finalidade enfatizar a importância do “plano instituinte do Direito” mediante uma estruturação procedimental viabilizadora do *devido processo legislativo*. Daí é que o estudo aponta para uma tentativa de promover uma quebra do lugar-comum na base produtiva da lei por intermédio de uma inserção teórica ensejadora de novos horizontes de reflexão, ao ponto de propiciar um deslocamento de saberes apoiados (ainda) em jurisprudências imóveis.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	11
1. ESTADO, DIREITO E DEMOCRACIA	13
1.1. Introdução.....	13
1.2. A ciência do Direito e o esclarecimento do processo constitucional legislativo democrático.....	20
1.3. Modelos normativo-governamentais de atuação do Estado: a questão dos paradigmas constitucionais	22
1.3.1. Linhas gerais sobre o Estado e a produção da lei no Absolutismo Monárquico.....	26
1.3.2. Do Estado Liberal ao Estado de Bem-Estar Social.....	28
1.3.3. As características do eixo jurídico- constitucional brasileiro de direito e a tentativa de consolidação da democracia.....	37
1.4. O Estado e o poder: em busca de significados.....	39
1.4.1. Estado e soberania: o povo (comunidade jurídica) como titular da soberania.....	42
1.4.2. Aspectos significativos do conceito de povo.....	45
2. A LEGITIMIDADE NO DIREITO DEMOCRÁTICO	51
2.1. Brevíssimo retrospecto sobre as teorias do Direito.....	51
2.1.1. A Escola Realista ou Sociológica e o Positivismo Jurídico.....	52

2.1.2. O novo positivismo jurídico e o pensamento fenomenológico hegeliano.....	52
2.1.3. O Estruturalismo Jurídico de Lévi-Strauss.....	53
2.1.4. Uma consideração crítica às teorias do Direito.....	55
2.2. Kelsen e a legitimidade do Direito por meio de normas pressupostamente válidas: o positivismo jurídico.....	56
2.3. A fundamentação de legitimidade em Jürgen Habermas.....	59
2.3.1 Os destinatários das normas jurídicas vistos como coautores: o processo legislativo como reconhecimento da coautoria.....	66
2.3.2. Notas conclusivas sobre o pensamento habermasiano.....	68
2.4. Breves anotações sobre a teoria da democracia.....	69
2.5. A teoria do discurso de Francis Wolff.....	76

3. A REGULAÇÃO DO PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO CONSTITUCIONAL NAS DEMOCRACIAS **79**

3.1. Noções gerais sobre teorias do processo.....	79
3.1.1. Processo como contrato.....	80
3.1.2. Processo como quase-contrato.....	80
3.1.3 Processo como relação jurídica.....	81
3.1.4 Guasp e o processo como instituição.....	84
3.1.5 Fazzalari e o processo como procedimento realizado em contraditório.....	85
3.1.6. A constitucionalização do processo e o movimento constitucionalista.....	89
3.1.7 O processo e a teoria neoinstitucionalista.....	92

4. PECULIARIDADES ESTRUTURAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO **99**

4.1. Delimitações sobre os fundamentos de construção da lei.....	99
4.2 Uma história das garantias constitucionais e atividade legislativa.....	101

4.3. O processo constitucional como configurador do devido processo legislativo: o regimento interno das Casas parlamentares visto como mero procedimento	111
4.4 As comissões temáticas no Congresso Nacional e suas decisões terminativas.....	116
4.5 Acerca da efetividade do processo na atividade produtora da lei.....	133
4.6 O plenário como espaço aberto às discussões críticas pelo povo e seus representantes: o contraditório em simétrica e simultânea paridade	137
4.7 Uma reflexão sobre os pressupostos e condições do procedimento legislativo no Direito brasileiro.....	143
4.7.1. Elementos estruturais.....	144
4.7.2 Elementos configurativos.....	146
4.8 Controle jurisdicional de constitucionalidade no processo legislativo: a inconstitucionalidade das leis aprovadas sem o devido processo legislativo.....	149
4.9. Síntese final e palavras conclusivas	158

PREFÁCIO

Quando aceitei orientar o autor na elaboração de sua Dissertação de Mestrado que, por banca altamente qualificada da UFMG, obteve aprovação em outubro de 2002, confiava em que o autor faria um trabalho de excelente nível ao estudo do controle de constitucionalidade no *processo legislativo* que, até o momento, não tem sido refletido no marco do *Estado Democrático de Direito* no que respeita à sua integral fiscalidade jurisdicional. Embora a Constituição de 1988 recepcione o controle irrestrito de constitucionalidade pelo direito-de-ação coextenso ao procedimento jurisdicional nos âmbitos de produção e aplicação da lei, os operadores judicantes do Direito brasileiro ainda não têm admitido, por insuficiência teórica na compreensão do *discurso democrático*, a fiscalidade processual dos atos legislativos que compõem a estrutura procedimental do encaminhamento da criação das leis e dos atos da administração pública em geral.

O grande entrave da plebiscitarização fiscalizatória da produção e aplicação dos atos jurídicos no Brasil é o entendimento errôneo das instâncias judiciais de que os órgãos legislativos, judiciais e administrativos, no *iter* da produção das leis e atos de gestão, são invulneráveis, por imperativo de regimentos ou regulamentos *interna corporis*, ao controle de constitucionalidade amplo e irrestrito. Daí, o que se contempla é o exercício de uma ilusória fiscalidade, *a posteriori* da edição de atos jurídicos teratológicos, pela via de *ações* diretas de inconstitucionalidade e *arguições* de descumprimento de preceito fundamental circunscrita a instauradores corporativizados e não titulares diretos de soberania popular. Isso, por si só, explicaria o caráter inconstitucional de tais *ações* na teoria já positivada na Constituição de 1988 que, encerrando em seu texto o discurso jurídico-democrático, garante pelo *Devido Processo Constitucional* o controle irrestrito dos procedimentos legislativos,

administrativos e judiciais, quando esses se apresentem como construtores ou aplicadores de normatividade.

O professor André Del Negri inaugura, com sua excelente dissertação, esse debate científico voltado ao exercício amplo dos Direitos Fundamentais do *Processo Constitucional* garantidores de uma constante dialogicidade, em juízo do *Devido Processo Legal*, entre autores e destinatários das normas como pressuposto inafastável do atributo de legitimidade jurídica no Estado Democrático de Direito pelo controle irrestrito (*quiaquis ex populo*), difuso e concentrado, concreto e abstrato, da constitucionalidade positivada.

Estuda, com ênfase em seu trabalho, a questão da efetividade do processo na produção da lei com a novidade de afirmar a existência do *Devido Processo Legislativo* somente quando, em sendo este suscetível de correição pelo devido processo legal, se mostre legítimo ante possíveis testificações processuais fiscalizatórias ao longo da construção das leis como característica de validade jurídica permanentemente aberta ao controle jurisdicional. Assim, pode-se, no trabalho, antever a distinção necessária entre *Processo Legislativo* e *Devido Processo Legislativo*, porque este só se configuraria na hipótese de o procedimento legiferante (o chamado Processo Legislativo) se oferecer a uma fiscalidade plenária e intercorrente por qualquer um do povo pela via do controle concreto e abstrato de constitucionalidade.

Recomendo, portanto, a leitura deste trabalho a todos os pensadores e praticantes do direito que se disponham a compreender a *teoria constitucional democrática* que exige não só uma interpretação reconstrutiva pela fiscalidade ampla no espaço-tempo estrutural da procedimentalidade do *Devido Processo Legal*, como também impõe a adoção de hermenêutica já definida e paradigmaticada pela *Teoria do Processo* informativa do discurso constitucional democrático vigente no Brasil.

Nesta obra, percebe-se que, na democracia, o *ato de julgar* tem o seu início legitimante no juízo processual constituinte do direito e não nas sentenças, nos atos jurisdicionais imperativos ou acórdãos resolutivos de conflitos como lamentavelmente ainda supõem os operadores tardios da modernidade.

Belo Horizonte, dezembro de 2002

Rosemiro Pereira Leal

Doutor em Direito pela UFMG. Professor da UFMG. Professor de Direito Processual do Mestrado e Doutorado na PUC Minas.

1.1. INTRODUÇÃO

Uma das temáticas mais difíceis de serem examinadas (demarcadas) dentro da ciência do Direito é a que está relacionada ao momento de produção da lei.

Ocorre que as dimensões do *processo legislativo* sempre foram questionadas na literatura jurídica, mas raramente à luz de um *devido processo legislativo*.

A produção da *lei*, por óbvio, há de, *a priori*, primar pela *técnica legislativa*, mas somente é possível existir *direito legítimo se*, na construção normativa, houver observância ao *devido processo legislativo*, o qual orienta os procedimentos legislativos – da propositura à aprovação de projetos de lei – a efetivar um discurso jurídico processualizado (contraditório, ampla defesa e isonomia).

Em vista disso, cuida-se de estudar a lei processualmente produzida no Brasil pela ótica do *devido processo*, para reduzir a massa de conflitos, com finalidade de evitar um grande número de ações no Judiciário. Aqui queremos chamar a atenção para a redução do número de leis inconstitucionais em vigência no sistema jurídico brasileiro.

Trata-se de reflexão produzida no cume do “plano instituinte do Direito”, momento em que os parlamentares precisam controlar a objetividade de seus discursos.

A desvendar uma estruturação procedimental instituidora de colocações jurídicas por meio do *devido processo legislativo* (contraditório, ampla defesa e isonomia) para os parlamentares promoverem correições, necessariamente há que se ter um comprometimento *teórico* para produzir a norma jurídica.

Se o legislador não reconhece isso no momento em que funda a *lei*, há um instante inapreensível (escorado em subjetividades). Sem fundamento teórico, trabalha-se apenas justificacionismo, vale dizer: uma presunção de garantias e definições que não podem ser sustentadas a partir de um “conhecimento objetivo”.¹

Ao lado, pois, dessa exigência de produção legítima da norma jurídica, há uma série de interferências e conflitos – inerentes a toda sociedade – a começar por disputas políticas variadas, barganhas e crises políticas, esgarçamentos de coligações partidárias, trocas de governo, diversos atores políticos e sociais em rota de colisão, cenas dantescas em sessões das comissões e plenário das Casas do Congresso Nacional e até escândalos de corrupção.

O custo mais alto, no entanto, é democrático. E liga-se a questões de legitimidade.

Nesse sentido, têm-se problemas que podem desencadear crises de grande magnitude, o que pode levar a rupturas de legalidade gravíssimas.

Por óbvio, se esses acirramentos não forem eliminados ou neutralizados por decisões da Câmara ou do Senado – uma resolução de conflito realizável dentro do campo de competência do próprio Legislativo – estamos acostumados a ver uma enxurrada de mandados de segurança, em curto espaço de tempo, protocolados no Supremo Tribunal Federal, que é chamado a julgar as duras disputas interpretativas sobre questões regimentais e tantos outros direitos.

E essa “guerra de narrativas” vai muito além de uma mera “discordância política” entre partidos. São problemas diversos e complexos. E

¹ Nessas colocações, Karl Popper (1902-1994) desenvolveu uma teoria amplamente conhecida, inferindo que toda “proposição”, do ponto de vista da racionalidade científica, que queira apresentar conjecturas, necessariamente precisa ser encaminhada de maneira “formal” (cuja condição é compatível com o rigor de construção de um *projeto de lei*, como procuraremos mostrar adiante, nesta pesquisa), para que se possa dar oportunidade ao interlocutor pensar sobre o que foi escrito-encaminhado. Nesse momento é que podemos verificar porque o conhecimento *subjetivo* necessariamente precisa ser substituído pelo conhecimento *objetivo*. Caberia, então, as noções de falseabilidade e testificabilidade. Ver POPPER, Karl. *Conhecimento objetivo*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. É nesse sentido que Rosemiro Pereira Leal vai sustentar o *processo* como metalinguagem. Ver LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 276-277. Advirta-se, ainda, que Andréa Alves de Almeida vai demarcar o *devido processo* como metalinguagem em Capítulo específico – “Espaço Processual e Metalinguagem”. Ver ALMEIDA, Andréa Alves de. *Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística*. Curitiba: Editora CRV, 2012, p. 173-182.

são impasses sortidos e substanciais, porque, não raro, alguns partidos políticos são acusados de violação constitucional.

Em relevante obra sobre o tema, Bruno de Almeida Oliveira, de maneira acertada, bem sintetiza:

Enquanto vários autores, não só da doutrina pátria, mas também de outros lugares, são enfáticos ao dizer que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é extremamente rico e avançado, pois sintetiza instrumentos de origem norte-americana com outros de índole europeia continental, uma gama de normas inconstitucionais tem insistentemente nascido e sobrevivido em nosso ordenamento positivo.²

É singular o tema que Rosemiro Pereira Leal apresenta: “o simples desmanche da lei não confere à Comunidade Jurídica oportunidade automática de avanços democrático”.³ É preciso, porém, muito mais. É indispensável a compreensão do que é o “espaço discursivo-procedimental de testificações”.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha uma jurisprudência construída e reproduzida ao longo de muitos anos, o “uso de julgados” sobre os limites da sua “interposição” no *processo legislativo*, no sentido de demarcar a partir de que momento se permitirá rever os atos regimentais, o mérito de proposições e decisões legislativas, o certo, pois, é que precisamos enxergar que questões regimentais (procedimentais) deixem de ser vistas como detalhes menores e passem a ser tratadas com o rigor do *devido processo legislativo*, na medida em que se entenda que a “estruturação procedimental” é “criadora de situações jurídicas pelo *devido processo legislativo*”.⁴

À vista disso, na democracia motiva-nos conjecturar temas de direito constitucional com base na instituição do *processo*. Nosso objetivo, portanto, é mostrar que a principal atividade crítico-reflexiva, presente neste livro, é a que está ligada ao giro linguístico entre *processo legislativo* e *devido processo legislativo*.

² OLIVEIRA, Bruno de Almeida. *Controle do processo legislativo: instrumento de fiscalização da constitucionalidade das proposições legislativas no Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 9.

³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 123.

⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 25.

Doutra parte, ao deslinde das próximas páginas, em outro problema de pesquisa, pretendemos, pois, encaminhar um *controle de constitucionalidade* que possa permitir o exame democrático por um incondicionado direito-de-ação coextenso a um procedimento de fiscalidade, ampla e irrestrita, no âmbito de *produção da lei* pelo eixo discursivo da teoria do *processo* e seus princípios institutivos (contraditório, ampla defesa e isonomia).

Decididamente, nem todo *processo legislativo* é democrático. Com isto, queremos dizer, a título de exemplo, que as leis aprovadas pelo indecoroso “processo legislativo” nazista, por meio de sistematizações costuradas por Hitler e seu grupo de asseclas, pessoas muito empenhadas em orquestrar um “processo legislativo” de jeito a cumprir com os objetivos idealizados em molde de *Estado de exceção*.

Dessa forma, se formos examinar, de forma retrospectiva, as várias “produções normativas” em *Estados de exceção*,⁵ veremos que esse é um consistente motivo para criarmos condições teóricas para uma “virada linguística”, em que o *devido processo legislativo* (base de processualidade discursiva de empenho institucional com o direito democrático) deve ser separado do *processo legislativo* (decisionista). Agregar, num mesmo ninho, os dois, ao que nos parece, é exercício que pode ser evitado e mais bem demarcado.

O *Legislativo*, nas esperadas democracias plenárias, não é meramente uma fábrica de leis ou uma orquestração decisionista que acena para “casas de negócios”, mas sim um espaço de discursividade que trabalha segundo uma teoria do *processo* em sua projeção de legitimidade dos atos normativos abertos à crítica corretiva.

Assim, não mais se conjectura uma sociedade jurídico-político-democrática sem esse espaço de produção do Direito indexado a um *devido processo legislativo*, sob pena de se viabilizar um retrocesso lastimável.

Transparece, aliás, que elaborar uma *lei* é tarefa complexa, visando uma técnica legislativa,⁶ e não uma lógica de mercado, uma estratégia de negociação.

Com efeito, também vimos, que, se o parlamentar leva adiante somente as suas exigências morais, *razões* fechadas em si mesmas, ele troca

⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁶ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. Cf. Capítulo II – “Técnica Legislativa e Teoria do Processo”, p. 23-46. Verifica-se também: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et alii*. *Estudo sistemático do NCPC: com as alterações introduzidas pela lei n° 13.256, de 4/2/2016*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 19-20.

as diretrizes constitucionais (o comprometimento teórico para produzir a lei), por uma *totalização* de sentido pessoal, algo evasivo, rapsódico.

Aliás, quando se pensa no Legislativo, sempre se pensa no Plenário votando projetos, debatendo assuntos de diversas áreas, sofrendo as mais diversas pressões para atender ou não aos mais variados interesses sociais, votando cassações sugeridas por CPIs ou produzindo uma infinidade de discursos nas tribunas.

Mas o Legislativo, às vezes, é muito menos que isto.

O efeito dessa constatação são consequências dramáticas para a legitimidade das leis.

Por isso, defendemos, o tanto quanto, um estudo em *processo legislativo* pela ótica do direito processual como instituição apta a assegurar os direitos fundamentais do contraditório e da simétrica participação ao longo do procedimento de preparação da lei, pois, segundo o nosso entendimento, o caráter democrático da produção normativa, no eixo teórico-constitucional adotado pós-88, deve apresentar esclarecimentos e aprofundamentos em *processo*.

Tal afirmação talvez pareça “diferente” (um ligeiramente diferente) em um mundo em que a literatura de direito processual ainda não tenha “despertado” para esse viés crítico-científico e teórico que problematiza questões importantes da democracia, muito mais do que um estudo de *técnica* legislativa, que, é claro, tem o seu grau de importância, mas que não é o nosso eixo de estudo neste livro.

O papel do *direito processual* aplicado no âmbito de produção da lei talvez fique mais claro quando se pode ler obras – de direito processual – que há muito fazem menção a um *processo constitucional legislativo*. Essa é abordagem que muitos não conseguem acessar. E não conseguem entender, porque, quase sempre, quando escrevem na linha processual, a ideia que muitos escritores têm em mente é a de “processo jurisdicional” com lide (conflito de interesses a ser resolvido no Judiciário).

No entanto, de forma bem diferente (e sofisticada!), como demonstra Ronaldo Brêtas, há que se falar no *processo constitucional legislativo*.⁷

Vem à baila a passagem de Vinícius Lott Thibau:

[...] o *processo* é que possibilita, pelos seus princípios institutivos (contraditório, isonomia e ampla defesa) a anulação

⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 4-5.

de coerções na condução dos discursos da produção e da aplicação do Direito. O *processo* demarca os critérios jurídicos da participação e fiscalização dos destinatários e, outrossim, coautores, das decisões nos âmbitos da produção e da aplicação da lei.⁸ (grifo nosso)

Tem-se, afinal, a contemporânea compreensão de *processo* (“eixo teórico-linguístico-constitucionalizado”), como uma das instituições atuais mais importantes da ciência do Direito, ao assumir novos perfis, com o advento da Constituição Brasileira de 1988, sobretudo por meio de pesquisas avançadas, em especial as desenvolvidas em Programas de Pós-Graduação *stricto sensu*, mestrado e doutorado, porque passou a suplicar um enfoque científico em consonância com o atual paradigma jurídico-constitucional de direito democrático.

Nessa perspectivação, a Constituição estabeleceu um “modelo constitucional do processo”,⁹ elevando-o à categoria de instituição regenciadora de todo e qualquer *procedimento* e, nesse sentido, aqui adotado, ao estudo do *devido processo legislativo* (teoria utilizada na construção processual da lei).

Para buscar a cientificidade desde o início, talvez seja melhor começar com André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau, os quais explicam:

[...] na dogmática jurídica, é habitual a afirmação de que o direito processual deve servir ao direito material [...]. A compreensão subjacente a essa assertiva é a de que as normas processuais só ganham relevância quando há conflitos acerca das normas materiais [...]. Consequência óbvia desse enfoque é a de que, caso não se instale uma divergência na interpretação da norma material, a norma processual não teria mesmo

⁸ THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 2.

⁹ ANDOLINA, Italo; Vignera. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990. Aqui, ao falar de Andolina e Vignera, um esclarecimento: Luiz Sérgio Arcanjo dos Santos, em importante pesquisa, faz um contraponto ao “modelo constitucional do processo” dos juristas italianos, porque entende que *processo* desenvolvido por eles ainda “não rompe a barreira de uma jurisdição (poder atribuído a uma autoridade) constitucionalizada, que tem o processo como instrumento de sua manifestação”. Cf. SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos. *Processo e Poder Constituinte Originário: a construção do Direito na processualidade jurídico-democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

qualquer utilidade. Impõe-se ao direito processual, com isso, a condição de mero coadjuvante da jurisdição estatal.¹⁰

Parece-nos realmente fora de dúvida a passagem transcrita de Andréa Alves de Almeida: “[...] é por meio do contraditório, isonomia e ampla defesa que o destinatário do *devido processo legislativo* e do devido processo legal podem construir a sua própria condição”.¹¹ (grifo nosso)

A esse respeito, sugere-se visualizar, portanto, o *processo* como um singular destaque na Constituição por ser a base “instituinte e constituinte”, um “referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos”.¹² Desta forma, do ponto de vista de Rosemiro Pereira Leal, o *processo* é visto como instituição edificadora da “lei democrática”.¹³

Embora o *processo legislativo* tenha sido objeto específico de reflexão, é tema que introduz enorme enorme discussão, especialmente quando analisado à luz da *teoria do processo* nas democracias, uma vez que só é possível existir *direito legítimo* se, na construção normativa, houver procedimentos democráticos e a possibilidade de abertura a um discurso jurídico processualizado pela teoria do controle de constitucionalidade (teoria que reconstrói a racionalidade da lei a partir de uma discursividade processual).

Nesse quadro de cogitações, novos contornos ocorreram e a compreensão epistemológica sobre o plano de produção do Direito que, até então, estava sendo feito em torno da estrita validade e eficácia de textos legais sofreu deslocamento, uma vez que qualquer discussão a respeito da formação das leis deve passar, necessariamente, nas democracias, pelo estudo do *processo* como instituição legitimadora da atuação e correição legiferativa.

Hoje, a análise da lei deve ocorrer na cogitação de sua legitimidade criadora (institucionalizada), que é o *devido processo constitucional*, descortinando a existência da necessária participação discursiva dos

¹⁰ LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. *O devido processo legal e a excepcionalidade normativo-ambiental*. In: Estado de Exceção ambiental. CARVALHO, Newton Teixeira; REIS, Émilien Vilas Boas; RIOS, Mariza (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 47.

¹¹ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística*. Curitiba: Editora CRV, 2012, p. 102-102.

¹² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 90.

¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

parlamentares que, apoiados na soberania da vontade popular, atuam e concretizam, como registra Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, a legitimidade democrática do *processo legislativo* (*devido processo legislativo*) realizado em contraditório e em simetria de participação.

Diante disso, ressalte-se a importância da compreensão contemporânea sobre a diferença entre *processo* e *procedimento* extraído da teoria fazzalariana, e ante as novas configurações processuais e epistemológicas apresentadas pela *teoria neoinstitucionalista*, proposição científica apresentada por Rosemiro Pereira Leal, que promoveu uma guinada na *teoria do processo*. A viragem da *teoria neoinstitucionalista* implementa uma nova leitura jurídico-institucional inafastável ao exercício dos direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e isonomia, porque “são *biunívocos* respectivamente aos direitos à vida (humana), liberdade e igualdade-dignidade, este último (igualdade-dignidade) correspondendo a um direito igual de interpretar a lei”,¹⁴ uma teoria de singular importância aos estudos a respeito da *legitimidade* no Direito na democracia.

A título de conclusão, busca-se demonstrar que o regimento interno das Casas parlamentares, enquanto estatuto procedimental legiferativo tendente a orientar a produção de provimentos (leis), por recomendação constitucional, para atingir plenas condições de regularidade/legitimidade, deve guardar fundamental observância ao instituto constitucional da teoria do *processo* com assentamento na possibilidade de se desencadear o controle judicial de constitucionalidade e regularidade do processo legislativo e das leis produzidas sem observância ao *devido processo legislativo* (discurso institucionalizado no âmbito da autonomia pública).

1.2. A CIÊNCIA DO DIREITO E O ESCLARECIMENTO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL LEGISLATIVO DEMOCRÁTICO

Antes de passar à análise das teorias específicas que orientam o estudo do *processo legislativo* (Capítulos 2 e 3) é importante explicitar os pressupostos teóricos que sustentam o presente livro, na procura de um enfoque cientificamente orientado para se estudar a legitimidade do Direito nos âmbitos de produção e validade.

Como bem acentua Aroldo Plínio Gonçalves do “estudo da gênese das normas até o estudo de sua aplicação há uma infinidade inesgotável

¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 5.

de reflexões [...] ”.¹⁵ Dessa forma, segundo Adorno e Horkheimer,¹⁶ adotou-se como um dos postulados fundamentais, neste trabalho, um discurso científico por intermédio da crítica continuada na tentativa de produzir esclarecimentos pela “radicalização da angústia” [*sic*] inevitável à procura de esclarecimento do conhecimento.

Assim, o tema será desenvolvido por meio da *crítica científica*, pois, “sem a Crítica, o Direito não seria objeto de esclarecimento pela ciência jurídica, mas absurdamente um fenômeno neutro encontrado na sociedade”.¹⁷

Nesse mesmo passo, Karl Popper (1902-1994) chega à conclusão de que se pode determinar o valor de uma teoria colocando-a em testificações constantes, isto é, sob influência de continuadas críticas.¹⁸

Este trabalho assenta-se nessa linha de pensamento popperiano, cuja postura é considerar o *direito* também uma *ciência* que contém falibilidades discursivas e, a partir disso, elaborar teorizações para a reflexão democrática do Direito, já que, na maioria das vezes, o estudo do *processo legislativo* é tratado em perspectivas meramente dogmáticas e inesclarecidas, despojado, portanto, de compreensão discursiva.

Por conseguinte, com o fim de procurar uma reflexão aprofundada, a Ciência é a atividade solicitada para estudar o Estado, o Direito, a Sociedade e o Processo, para não mais os visualizar como formas eternas, invariáveis e tradicionais, pois a identidade pós-convencional é resultado de um pluralismo sócio-econômico-cultural que transforma a modernidade em um “mundo desencantado”.¹⁹

Daí, a necessidade de se considerar a ciência como atividade produtora de esclarecimento do conhecimento, a fim de recriar conceitos, desfeticizar o Direito, reduzindo-lhes obscuridades e legitimando-o frente a esse mundo a ser desencantado. Determinadas as características do atual conceito de *ciência do Direito* e o seu objetivo, passa-se à investigação da linha teórica das conjecturas sobre o conteúdo temático.

¹⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 28.

¹⁶ ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 29.

¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 03.

¹⁸ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1975, p. 49.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 44.

1.3. MODELOS NORMATIVO-GOVERNAMENTAIS DE ATUAÇÃO DO ESTADO: A QUESTÃO DOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

A motivação que sustenta este trabalho faz buscar e identificar as características dos chamados “paradigmas constitucionais” ao longo da história, e, a partir disso, estudar a influência que eles exercem na orientação do *processo legislativo* até a Modernidade (hiper-modernidade ou até pós-modernidade, para alguns).

Para se chegar, no entanto, a uma melhor compreensão desse giro paradigmático pós-88, necessário se faz a tematização dos aspectos de organização política na Monarquia Absoluta e início da Monarquia Constitucional, como um contraponto ao Estado Moderno, onde o Direito para ser considerado democrático recorre à discussão crítica pelo *processo constitucional* por meio do qual o *povo* e seus representantes reconhecem a facticidade e manifestam-se parlamentarmente por intermédio do princípio do contraditório e da simétrica e ampla paridade.

Para tanto, depois de analisado o contexto histórico da Monarquia absolutista inglesa, induz, contudo, à obrigação de explicitar os paradigmas no universo cultural e político de três grandes eixos constitucionais que se sucedem num processo metamorfósico que pode ser classificado em três tipos de Estado (o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito).

Aqui se advirta. Antes de prosseguir, porém, vamos contextualizar as coisas. A nomenclatura “paradigma” talvez precise de justificativas. Do ponto de vista científico, não resta a menor dúvida de que o termo *paradigma* ganhou realce nas Academias no Brasil, especialmente na área jurídica, no final dos anos 90.

Sendo assim, antes de analisar as características dos Estados constitucionais, é importante ressaltar a noção científica do vocábulo *paradigma*, termo trabalhado pela filosofia da ciência de Thomas Samuel Kuhn (1922-1996), o qual possibilitou uma reflexão sobre os grandes modelos gerais compartilhados numa determinada época tendentes a direcionar os membros de uma comunidade (a *ciência* é marcada por revoluções).²⁰

Valendo-se do patamar teórico elaborado por Thomas Kuhn, André Leal, ao realizar a análise paradigmática, afirma que “os paradigmas

²⁰ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 218-232.

utilizados nas ciências sociais buscam soluções ou apontam problemas dentro de leituras mais ou menos dirigidas dos quadros sociais das épocas em que são construídos”.²¹

Foi no século XX, que os filósofos Karl Raimund Popper (1902-94) e Thomas Samuel Kuhn (1922-96) apresentaram ao mundo suas versões de *ciência* com grande persuasão acadêmica. No entanto, suas divergências foram fundamentais para marcar o cenário das ideias científicas na contemporaneidade.

Nesse quadro, o norte-americano Thomas Kuhn²² marcou o rompimento com diversas teorias ao postular a tese de que a ciência é marcada por períodos de crescimento estável pontuados por “revoluções”. De conseguinte, na análise dos estudos de Kuhn, Elmar Altvater afirma:

[...] quando a comunidade científica está em vias de perder a crença em seu poder explicativo ou quando surgem paradigmas alternativos capazes de competir. Uma revolução científica, uma mudança de paradigmas científicos, acontece quando o novo “estilo de pensamento” – o novo pensar coletivo (*Fleck*) – forma uma nova ‘comunidade de discurso’, ganhando hegemonia em questões epistemológicas de interesse comum (científico) e público.²³

Karl Popper, no entanto, com a elaboração de uma teoria falibilista, combateu o problema da *indução* do filósofo escocês David Hume (1711-1776), que o possibilitou demonstrar que o conhecimento humano *subjetivista* (apoiado puramente em inferências indutivistas), não permite a progressão da ciência, pois as limitações existem apenas na experiência singular, o que provoca incoerências lógicas.²⁴

É por isso que há necessidade de a ciência do Direito passar a ser enfocada como uma prescrição de conhecimento objetivo *a posteriori*

²¹ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 25.

²² KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 218-232.

²³ ALTVATER, Elmar. *Os desafios da globalização e da crise ecológica para o discurso da democracia e dos direitos humanos*. In. HELLER, Agnes et. alli. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p.110.

²⁴ POPPER, Karl. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1999.

(após a interlocução discutida – aberta a refutações – de um argumento lastreado em bases teóricas), libertando-se das decisões repetitivas e intersubjetivas, já asseguradas *a priori*.

Daí, é que Popper vai insistir que os cientistas encontrarão teorias melhores e mais ousadas se derem mais importância à preferência crítica (falibilismo crítico), uma vez que todo conhecimento científico é hipotético e falível.²⁵ E, como, pois, *inexiste* uma metodologia como *fonte única* do conhecimento, se apresenta com grande utilidade o seu método *hipotético-dedutivo-crítico-eliminacionista*.

Dessa forma, pelo referido método, torna-se possível teorizar a falibilidade do discurso do conhecimento, “uma vez que não podem existir enunciados definitivos em ciência”.²⁶ Eis a definição popperiana de que “a *ciência* começa com problemas e termina com problemas”.²⁷

De conseguinte, por meio de um critério de demarcação teórico ligado a refutações ou falseamentos, os apontamentos de erros serão indisfarçáveis, o que abre espaço a importantes debates e o conseqüente engrandecimento de ideia. Portanto, com o desenvolvimento da *ciência jurídica*, por intermédio das conquistas teóricas a partir da Constituição de 1988, novas perspetivações têm sido traçadas para o enfrentamento de problemas decorrentes da produção do Direito e de decisões judiciais por meio do *controle de constitucionalidade* regido pelo *devido processo constitucional*. É que o “discurso jurídico na democracia”, no desafio desencadeado nas páginas seguintes, será demarcado por uma teoria processual que possa promover auto-indagações processualizadas a fim de afastar “as lógicas hostis ao sistema” e a “solvência prodigiosa das lacunas normativas segundo critérios não-afeitos a uma teoria da constitucionalidade democrática”.²⁸

Neste passo, cabe lembrança ao argumento de Andréa Alves de Almeida. Fina lição com que se alcança:

Em Kuhn, paradigma tem base sociológica e pragmática, consiste em ruptura (revolução) com estruturas históricas do

²⁵ POPPER, Karl. *Conhecimento objetivo*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, p. 109.

²⁶ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 49.

²⁷ POPPER, Karl. *Autobiografia intelectual*. São Paulo: Cultrix/Editora da USP, 1977, p.141.

²⁸ WALTER, Carlos. *Discurso jurídico na democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 98.

conhecimento para estabelecer novo núcleo duro (ciência grande); por isso seu modelo é historicista, exemplaridade para o pensar. Paradigma na teoria *neoinstitucionalista*, que tem como marco epistemológico o racionalismo crítico popperiano, é parada obrigatória na fala, mas para testificá-la por teorias a fim de gerar significado.²⁹

Definidas as particularidades estruturais do conceito de *paradigma* na ciência, podemos agora voltar para a sua caracterização nos aspectos de organização política do Estado.

Para tanto, na literatura jurídica especializada, é comum encontrar o termo *paradigma* usado como referência a três grandes etapas – três grandes modelos – que se sucederam num processo metamorfofóico de Estados constitucionais (Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito). São traços que levaram grande parte dos autores a denominar cada qual desses períodos de “paradigmas” de Estado.

Nessa quadra de reflexões, sustenta-se que a palavra *paradigma*, rediscutida por Ronaldo Brêtas, foi ressemantizada como “*sistemas jurídico-normativos consistentes*”³⁰ (**grifo nosso**) por direcionar os estudos jurídicos de teoria do Estado e da Constituição, e não apenas de filosofia da ciência como demonstrou Thomas Kuhn.

Antes, porém, um lembrete. Veja-se a fala de Edgar Morin: “um paradigma pode ao mesmo tempo elucidar e cegar, revelar e ocultar”,³¹ porque “nenhuma teoria científica está imune para sempre contra o erro”.³²

Agora sim, quer-se dar o passo adiante. Antes de perguntar até que ponto poderá um *paradigma jurídico* alcançar bom êxito, caberia desenvolver reflexões sobre até onde podemos repetir aquelas antigas formas de convívio institucional e de teorias herdadas dos velhos paradigmas constitucionais, que não o do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil (art. 1º, CF/88).

Se isso é verdade, cumpre dizer que esse *paradigma jurídico-constitucional-democrático* adotado no Brasil pela vigente Constituição tem estimulado a

²⁹ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística*. Curitiba: Editora CRV, 2012, p. 153.

³⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 101.

³¹ MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2007, p. 27.

³² MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2007, p. 21.

fiscalização dos coautores sobre como as leis devem ser lidas, interpretadas, construídas e reconstruídas nas sociedades complexas e descentralizadas.

Determinadas as características estruturais do conceito de *paradigma*, segue-se com seu estudo o qual possibilitará a visualização de como as leituras são condicionadas de conformidade com cada época.

A fim de poder possibilitar satisfatoriamente tal distinção, dá-se início pela análise da Monarquia inglesa, que precede importantes paradigmas jurídico-constitucionais, mas que demonstra como o poder estatal exercido pelos reis passa a ser compreendido como a própria vontade popular.

1.3.1. Linhas gerais sobre o Estado e a produção da lei no Absolutismo Monárquico

Menelick de Carvalho Netto, ao pesquisar, em sua obra, os efeitos jurídicos da sanção no procedimento legislativo, oferece uma abordagem analítico-comparativa muito rica com relação ao estudo do absolutismo monárquico inglês num determinado contexto histórico. Por isso, entende-se importante o acolhimento de várias passagens de sua obra, a começar pela distinção que faz entre Tirania, Monarquia Absoluta e Monarquia Constitucional.

Segundo Menelick, tirania ou despotismo é uma categoria em que o monarca possui de forma irrestrita e incondicional o poder político, exercendo-o livremente sem reconhecer a existência de qualquer regra escrita. Já no modelo de Monarquia Absoluta, embora o monarca ainda concentre todos os poderes do Estado em suas mãos, ele próprio “estabelece as regras que limitam os seus próprios poderes e se obriga a observá-los, enquanto ele próprio não os tenha ab-rogado”.³³

A diferença, portanto, entre um e outro centra-se na autolimitação do Monarca, indicando o surgimento, ainda que em seu primeiro estágio, do denominado Estado Moderno. Veja-se, conseqüentemente, que a Monarquia Constitucional é caracterizada pelo “fato de que o poder do monarca é limitado por regras de que ele não mais pode dispor por si só [...]”.³⁴

Dessa forma, Menelick Netto recorda que, desde os fins do século XV até a revolução ocasionada pela II Guerra Civil de 1648, teve lugar

³³ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 28.

³⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 29.

um verdadeiro absolutismo na Inglaterra onde “o rei se afirma de forma efetiva como o princípio, o cabeça e o fim do Parlamento”.³⁵

No que se refere às linhas gerais da monarquia na história, o referido autor busca delinear várias passagens em que demonstra o apogeu do absolutismo nos reinados de James I (1603-1625) e de seu filho Charles I (1625-1649), os quais sempre procuraram reforçar o absolutismo-monárquico. Os conflitos entre Rei e Parlamento eram uma constante e o Parlamento era sempre dissolvido levando o absolutismo ao triunfo.³⁶

Segundo o eminente professor, Charles I chegou a nomear um líder de um grupo de teólogos tradicionalistas anticalvinistas para que ensinassem nas escolas a “Teoria do Direito Divino dos Reis”. Nesse ponto, é pertinente a afirmação feita por Niklas Luhmann,³⁷ vale dizer, de que a legitimidade foi um conceito muito usado na Idade Média para a “defesa da usurpação e tirania” face à ausência absoluta de regras positivadas, e o permanente discurso de autoridade emanado do representante da divindade (soberano), visto como a única fonte legitimada para a representação da vontade geral.

Somente com a denominada Gloriosa Revolução de 1688, o trono Inglês foi ocupado por William d’Orange, momento histórico em que surgiu a Monarquia Constitucional atuando como uma impossibilidade de o poder real invocar a doutrina do Direito Divino do Soberano.

Deve-se ainda registrar, nesse contexto histórico, que “ao soberano é reconhecida uma parcela do Poder Legislativo. O Rei não pode fazer as leis por si só, suspender-lhes a eficácia, nem tampouco dispensar alguém de observá-las”.³⁸

Dessa forma, não é por outra ordem de considerações que o *soberrano* passou a ser visto como uma pessoa pública que, embora investida do poder da lei, deveria atuar de acordo com a vontade da sociedade, vontade que passa a ser expressa por leis, originando-se, a partir daí, um maior respeito à *legalidade*.

³⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 31.

³⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 27-49.

³⁷ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Unb, 1980, p. 29.

³⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 40.

1.3.2. Do Estado Liberal ao Estado de Bem-Estar Social

Em princípio, deve-se salientar que não há uma linearidade na história – muito menos rupturas absolutas – e as classificações sobre a figura do “Estado” servem para ressaltar alguns aspectos que facilitam o estudo e a compreensão de temas labirínticos (complexos). Isto significa, que dentro das tipologias mais conhecidas na literatura, temos notícias de um Estado que desponta como absolutista, mas que em seguida, faz conversão em Estado constitucional, assunto que José Luiz Quadros de Magalhães já se ocupou, extensamente, em várias oportunidades, aqui resgatado ao longo do texto.³⁹

No entanto, seguidamente, o desenho do Estado se modifica em constitucional Liberal, e, na sequência, tem-se um constitucionalismo Social. Há autores que classificam ainda mais (especificam ainda mais) e noticiam o constitucionalismo socialista, e, num ponto fora da curva, o Estado nazi-fascista, que é uma negação do Estado constitucional democrático.

Todavia, fiquemos, por hora, no exame das características mais salientes do *Estado Liberal*. De início, é bom destacar, que o Estado Absolutista, como é de conhecimento amplo, foi uma “mancha”, uma “desfiguração”. O que queremos dizer, a fim de um maior didatismo, é que o Estado Liberal quando surge, ele desponta como uma reação ao Estado Absolutista. Este fato, aliás, foi responsável por produzir teorias “liberalistas”, de afastamento do Estado da vida privada.

Tem-se início, por daí em diante, para seguirmos a linha de José Luiz Quadros de Magalhães, a construção de uma “lógica individualista”, em que muitos autores dedicaram páginas extremamente conhecidas (Montesquieu, John Locke, só para ficar nestes dois autores), e o invento do “indivíduo liberal”, do “individualismo”, do “homem livre e proprietário” (já lá chegaremos).⁴⁰

Antes disso, apenas para deixar claro, um debate que vai além do que simplificarmente colocamos neste tópico, é que o indivíduo “liberal”,

³⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. vol. 1. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

⁴⁰ Aliás, acolhendo a indicação de leitura e estudo de José Luiz Quadros de Magalhães, pelo que dele apreendemos em suas aulas na UFMG e PUC Minas, Domenico Losurdo é um dos mais respeitados filósofos marxistas da atualidade, com estudos na Alemanha e Itália, autor de uma obra específica, que comenta diversos autores liberais. Cf. LOSURDO, Domenico. *Liberalismo, entre a civilização e a barbárie*. São Paulo: Editora Anita Garibaldi, 2008.

como aqui demarcado no contexto histórico, repudia a democracia. E dizemos isto tendo, por exemplo, o embate entre o que a Constituição assegura para alguns e possível prejuízo que os elitistas podem sofrer com essas conquistas constitucionais.

Aqui está, então, a relação entre democracia e Constituição, um dos principais eixos de estudo em Teoria do Estado, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Veja, portanto, que esse enfrentamento não é nada novo. E a tendência, em vista disto, é a construção (por influência de alguns) de uma estrutura elitista, uma alta-rodada, uma alta-sociedade, que vai desde requisitos de voto com exclusão das mulheres, a requisitos de escolaridade e exigência de renda mínima para participar de pleitos eleitorais (voto censitário).

No entanto, esse Estado constitucional, é bom sempre dizer, vai se democratizando muito lentamente, e, de modo geral, a partir da segunda metade do século XIX, com acontecimentos singulares, em especial a participação dos movimentos dos trabalhadores.

Cedo se verificou que os problemas humanos eram mais nefastos do que se imaginava. Sabemos, hoje, que o *sujeito* e a *identidade constitucional*⁴¹ são complexos, pois a experiência nos mostrou, e é óbvio que bem aprendemos com os erros.

No entanto, essa mesma narrativa levou a humanidade a buscar a construção de um Direito que enfrentasse a miserabilidade social e a riqueza com raiz nos privilégios de nascimento.

Como resultado, o estudo da história das sociedades mostra antagonismos de classes, e seus pontos de rupturas em que a velha ordem jurídica é substituída por uma nova.


Foi assim que Emmanuel Sieyès (1748-1836) deixou grande contribuição ao teorizar acerca de uma atividade constituinte superior aos demais poderes ordinários.⁴²

A propósito, Sieyès argumentava que o Terceiro Estado (o *povo*) não deveria mais sustentar a *alta nobreza*, nem o *alto clero*.

Eis a razão fundamental para as questões sobre a Revolução Francesa (revolta contra a tirania do monarca) e a esperada mudança por intermédio de uma Lei Geral (Constituição) contendo princípios de igualdade e liberdade para todos.

⁴¹ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

⁴² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o Terceiro Estado?* In: A constituinte burguesa. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.



Recomendamos a leitura desta obra a todos os pensadores e praticantes do Direito que se disponham a compreender que a lei processualmente produzida no Brasil passa pela averiguação das cogitações de validade e eficácia, mas requer, sobretudo, um alto grau de questionamento sobre a teorização de um controle de constitucionalidade que permita o exame democrático por um incondicionado direito-de-ação coextenso a um procedimento de fiscalidade, ampla e irrestrita, no âmbito instituinte do Direito, para instalar a legitimidade pelo eixo discursivo da teoria do processo, e, com efeito, tentar reduzir o número de leis inconstitucionais no sistema jurídico brasileiro.