

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA:  
ENTRE O PARLAMENTO E O JUDICIÁRIO À LUZ DA  
TEORIA DE WALDRON E DWORKIN**

JUDICIAL REVIEW AND DEMOCRACY CONTROL: BETWEEN  
PARLIAMENT AND JUDICIARY IN THE LIGHT OF WALDRON  
AND DWORKIN THEORY

**Elísio Augusto Velloso Bastos\***  
**Ridivan Clairefont Mello \*\***

**Como citar:** BASTOS, Elísio Augusto Velloso; NETO, Ridivan Clairefont Mello. Controle de constitucionalidade e democracia: entre o parlamento e o judiciário à luz da teoria de Waldron e Dworkin. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 54-69, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p.54. ISSN: 1980-511X

\*Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Graduação e do Mestrado e Membro do Grupo Docente Estruturante do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Advogado. Procurador do Estado do Pará.  
E-mail: elisiobastos@oi.com.br

\*\*Mestre em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Especialista em Direito Eleitoral-PUC/Minas. Advogado.  
E-mail: ridivan@hotmail.com

**Resumo:** O trabalho propõe-se a analisar se o mecanismo do controle de constitucionalidade revela-se, ou não, como instrumento de caráter democrático e, em caso positivo, em que medida. Ponto de partida da análise dar-se-á por pesquisa qualitativa bibliográfica centrada em comentadores acerca do tema, em especial a partir do debate entre as concepções de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin, objetivando analisar os argumentos que embasam e questionam a legitimidade democrática do instrumento. Em linhas conclusivas afirmar-se-á que a resposta sobre a legitimidade democrática dependerá da visão sobre democracia que se adote.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Democracia. Judiciário. Parlamento.

**Abstract:** This paper analyzes to what extent the mechanism of constitutionality control is revealed as a democratic instrument or not. The starting point of the analysis will be qualitative bibliographical research centered on researchers of this subject, especially from the debate between Jeremy Waldron and Ronald Dworkin, aiming to analyze the arguments that support democratic legitimacy or not of the instrument. In conclusive lines, this paper affirms that the answer of democratic legitimacy depends on the vision of democracy that is adopted.

**Keywords:** Judicial Review. Democracy. Judiciary. Parliament.

## INTRODUÇÃO

As democracias contemporâneas vivem enormes desafios institucionais. Tais desafios decorrem de diversos fatores, entretanto, a harmonia entre os poderes e o respeito à independência destes revela-se como um dos principais problemas a serem enfrentados.

Nestas democracias um dos principais pontos de tensão existentes é a forma que se dá a interação entre as cortes constitucionais e o parlamento. Analisar de que maneira se dá essa espécie de diálogo institucional (LONGO FILHO, 2015, p. 90) levanta questionamentos sobre legitimidade, autoridade, validade de decisões e sobre quem deve exercer o protagonismo ou ter a última palavra sobre a compatibilidade de uma lei com a Constituição bem como de sua invalidade em caso de desconformidade.

Sabe-se que a definição do papel a ser exercido por cada um dos poderes se revela problemática, visto que envolve muito mais do que a atribuição e previsão em determinado documento legal. Um Estado democrático precisa de um ponto de equilíbrio entre o que se define por *rule of law*, ou seja, o Estado de Direito e legalidade e a existência de um governo do povo que representa um Estado Democrático (BERMAN, 2010, p. 25).

Reconhece-se que em muitos sistemas atualmente há uma espécie de diálogo institucional em que o Parlamento tenta, por meio da alteração da Constituição, superar um posicionamento do Judiciário e as Cortes buscam controlar e limitar a interpretação da legislação criada pelo Parlamento (LONGO FILHO, 2015, p. 91).

Trata-se, portanto, sobre a discussão da possibilidade de revisão judicial da legislação criada pelo Parlamento. Surgem questionamentos sobre a validade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade, visto que este acaba por atribuir ao Poder Judiciário o papel de detentor da última palavra sobre a validade de determinada legislação.

Um dos principais motivos de levantar-se este tipo de questionamento deve-se ao fato de que, *a priori*, um sistema que favoreça o Poder Judiciário, em detrimento do Parlamento, parece ofender um dos princípios basilares da democracia que é a noção de que os agentes que criam as leis devem ser escolhidos pelo povo e oferecer satisfações a ele (NOGUEIRA, 2016, p. 160).

Autores como Jeremy Waldron afirmam que a sociedade vive em constante desacordo sobre diversos temas. O autor destaca que há o que se pode denominar como o direito dos direitos que é a possibilidade de participação na elaboração das leis (WALDRON, 2005, p. 337). Neste sentido, deve priorizar-se o protagonismo do parlamento, pois o judiciário, nesta perspectiva, não possuiria legitimidade para tomar este tipo de decisão.

Por outro lado, destaca-se que existem autores como Ronald Dworkin que afirmam a necessidade da existência do *judicial review* enquanto mecanismo contramajoritário de controle das decisões do legislativo. Ao tratar do fenômeno democrático Dworkin se questiona se a prática do controle judicial de constitucionalidade é ou não legítima ou se está a se tratar de um mecanismo de correção da própria democracia (DWORKIN, 2014, p. 580).

Uma das principais justificativas para a legitimidade do controle judicial nesta perspectiva

seria a utilização do mecanismo da revisão judicial com a finalidade de fortalecimento do fenômeno democrático, principalmente em razão da necessidade de proteção das minorias (VERBICARO; CASTRO, 2017, p. 186).

Diante disso, o presente trabalho visa analisar se o mecanismo do controle de constitucionalidade se revela, ou não, como instrumento de cunho democrático e, em caso positivo, em que medida.

Para isso, em um primeiro momento será realizada a análise do reconhecimento da existência do mecanismo do controle de constitucionalidade a partir do caso *Marbury vs. Madison*. Tal decisão foi de extrema importância, visto ter sido a primeira em que a Suprema Corte estadunidense declarou de modo expresse e fundamentado que um Tribunal Federal poderia recusar a aplicação da legislação que não seja compatível com a Constituição (TRIBE, 1988, p. 23).

Destaca-se que o debate acerca do controle judicial dos atos legislativos está presente desde o processo de criação da Constituição estadunidense e dos debates entre os federalistas. Hamilton, Jay e Madison (2003, p. 471) no n.78 já tratavam sobre a necessidade de as Cortes de justiça terem a possibilidade de declarar nulos certos atos do legislativo sem que isso implicasse sua superioridade em relação aos demais poderes.

Em seguida, a discussão seguirá para o debate em si acerca da legitimidade democrática ou não do controle de constitucionalidade. Para realizar o presente debate serão utilizados como marco teórico os argumentos levantados por Waldron e Dworkin.

Os referidos autores possuem visões distintas sobre a legitimidade ou não do *judicial review* e é por isso que um embate entre os seus argumentos se revela interessante para tentar oferecer uma resposta ao problema que se propõe.

Ponto fundamental para este debate é o fato de que subjacente aos argumentos explícitos dos autores sobre o tema há uma visão específica sobre o que entendem por democracia. Enfrentar este ponto é importante, visto que é a partir desta visão sobre o fenômeno democrático que os autores sustentam sua argumentação sobre a legitimidade ou não do controle judicial.

Sendo assim, vislumbra-se que é a partir da perspectiva de democracia que se poderá entender o motivo pelo qual, cada um dos autores aponta um Poder diferente legitimado a proferir a última palavra acerca da compatibilidade de uma lei com a Constituição. Logo, os arranjos institucionais estão diretamente ligados à teoria democrática.

## **1 ORIGENS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CASO MARBURY vs. MADISON**

Inicialmente faz-se necessário que seja realizada uma análise acerca do reconhecimento da existência do controle de constitucionalidade e as razões que levaram para sua implementação, visto que de alguma forma esta retomada histórica pode contribuir para o debate sobre a (i)

legitimidade deste mecanismo.

Foi no caso *Marbury vs. Madison* nos Estados Unidos da América que a ideia de controle de constitucionalidade foi entendida como instrumento legítimo para que um tribunal federal negasse a aplicação da legislação federal (TRIBE, 1988, p. 23). O interessante a se observar é que este mecanismo surge a partir de uma interpretação judicial, ou seja, o princípio de que a Constituição controla as demais leis nasceu do entendimento que o juiz *Marshall* realizou da Constituição estadunidense (HORTA, 1999, p. 138).

Verifica-se, portanto, que o controle de constitucionalidade somente foi reconhecido como um instrumento passível de uso para o controle da legislação, inclusive de norma federal, por meio de uma decisão judicial (HORTA, 1999, p. 134), visto que desde os debates da Convenção da Filadélfia havia controvérsia sobre a presença ou não de tal possibilidade a partir da leitura do texto constitucional estadunidense.

Em que pese o caso *Marbury vs. Madison* tenha sido o marco expresso da possibilidade de controle judicial observa-se que a discussão sobre a existência de um mecanismo de controle da legislação chegou a ser levantada, conforme afirmado anteriormente, já nos debates entre os federalistas.

Hamilton, portanto, já realizava a defesa da existência de um mecanismo que permitisse controlar os atos de autoridades delegadas. Para ele não fazia sentido a possibilidade de os representantes do povo substituírem a vontade de seus eleitores pelas suas por meio da ideia de se impor como juízes de seu próprio direito e intérpretes da própria carta constitucional (HAMILTON; MADISON; JAY, 2000, p. 332).

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridade delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatário es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del Pueblo son superiores al pueblo mismo (...) (HAMILTON; MADISON; JAY, 2000, p. 332)<sup>1</sup>.

Em que pese ter havido este debate entre os federalistas é de se destacar que quando da conclusão da Constituição de 1787 dos EUA não houve qualquer previsão expressa desse tipo de mecanismo. Sendo assim, torna-se importante que sejam retomados os motivos e razões do caso *Marbury vs. Madison* para que então possamos entender as razões que levaram à criação do controle de constitucionalidade.

*Adams* nos seus últimos dias de mandato como presidente da república dos EUA decidiu nomear diversos juízes de paz. Tal nomeação se deu na tentativa de manter a influência do partido federalista no arranjo institucional e político americano, visto que o próximo presidente a assumir

---

<sup>1</sup> Tradução: “Não há proposição que se apoie sobre princípios mais claros que a que afirma que todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos do mandato com o arranjo ao qual se exerce, é nulo. Para tanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao povo mesmo”.

era *Jefferson* que era opositor e fundador do Partido Democrata Republicano (KLAUTAU FILHO, 2003, p. 262).

Ciente de sua iminente derrota na campanha presidencial e da iminente perda pelos Federalistas da maioria Congressual, Adams iniciou uma enxurrada de nomeações para o único poder que restaria aos federalistas- o Judiciário (...) Foram chamados “*midnight judges*”, por terem sido nomeado [sic] no apagar das luzes da administração de Adams (KLAUTAU FILHO, 2003, p. 263).

*Marbury* fora nomeado para o cargo de juiz de paz neste contexto político. Ocorre que o Secretário de Estado competente a realizar os trâmites necessários para posse, na época o próprio juiz *Marshall*, não providenciou o termo de posse e acabou por não empossar os juizes de paz durante o mandato de *Adams*, deixando os atos de nomeação em sua mesa. Em seguida, após tomar posse *Jefferson* ordenou a emissão de apenas 25 atos e a inutilização dos demais, prejudicando diversas pessoas, entre elas *Marbury*. Tal situação fez com que os interessados pleiteassem um *writ of mandamus* contra Madison com a finalidade de garantir a posse nos cargos (HORTA, 1999, p. 137).

Diante da negativa de *Jefferson* em relação à posse *Marbury* precisou recorrer ao Judiciário, no caso a Suprema Corte estadunidense, com a finalidade de garantir sua posse no cargo pretendido. Pois bem, o caso ficou a cargo de julgamento pelo *Chief of Justice Marshall* (que era secretário de Estado no governo *Adams*). Diante do questionamento o caso foi enfrentado pelo *chief of justice*.

Porém, a partir da leitura do caso percebe-se que *Marshall* não enfrenta o mérito. Ao contrário, analisou se a Suprema Corte possuía competência para tratar da concessão de um *writ of mandamus*.

O *Chief of Justice* levantou a existência de um conflito entre o art.13 do *Judiciary Act of 1789* que concebia a possibilidade de a Suprema Corte conceder originariamente um *writ of mandamus* e o art. III, seção II da Constituição dos EUA que em regra conferia jurisdição de apelação para a Suprema Corte, sendo a competência originária uma exceção no ordenamento nacional (HORTA, 1999, p. 137).

*Marshall* levanta um conflito existente entre a norma constitucional e a legislação infraconstitucional. Antes de o *Chief of Justice* reconhecer o direito de *Marbury* assumir ou não o cargo ele passa a analisar a questão da prevalência ou não da norma constitucional em face da norma ordinária.

Entre estas alternativas, não há meio termo. Ou a constituição é uma lei superior, direito supremo, imutável por meios ordinários, ou estará no mesmo nível de leis ordinárias e, como tais, poderá ser alterada segundo a vontade do Legislativo. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então a lei legislativa contrária à constituição não é Direito; se a última parte é certa, então as constituições escritas são tentativas absurdas, por parte do povo, de limitar um poder, por sua própria natureza ilimitável (MARSHALL apud KLAUTAU FILHO, 2003, p. 269).

*Marshall* ao longo de seu voto sobre o caso levanta, portanto, a questão da possibilidade ou não de se negar vigência para uma norma, em especial norma federal, que confronte a Constituição dos EUA. Sua conclusão, a partir das mais diversas argumentações, foi de que sim há a possibilidade de se afastar determinada norma que não estivesse de acordo com a Constituição. Estava estabelecido o *judicial review* em moldes semelhantes ao que conhecemos atualmente.

*Marshall* concluiu pela incompetência da Suprema Corte em analisar originariamente pedidos de “*mandamus*” e se isentou de decidir o presente caso, alegando que a competência seria de uma das Cortes distritais.

A análise da decisão é fundamental, pois ao longo de seu voto *Marshall* apresentou justificativas para que o Poder Judiciário exercesse este tipo de controle, bem como o embasou diante da ideia de supremacia da norma constitucional. O controle de constitucionalidade nasce, portanto, a partir de um impasse político. Sendo assim, é preciso que se tenha em mente que a utilização da constituição como norma paradigma para o controle das demais não era uma prática inerente à teoria constitucional desde o princípio.

Logo, torna-se natural que questionamentos como objeções democráticas (KLAUTAU FILHO, 2003) sejam levantadas em relação a este sistema de controle da legislação. Sendo assim, a transição para a ideia de *judicial review* e supremacia da Constituição gera-se discussões até os dias de hoje sobre a legitimidade ou não deste controle.

## 2 A (I) LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM UMA DEMOCRACIA: DEBATE ENTRE WALDRON E DWORKIN

Diante da existência deste debate quanto à (in)validade desde as origens do mecanismo de controle de constitucionalidade torna-se necessário que o debate quanto a esta (i)legitimidade cresça ao longo do tempo, havendo autores que se posicionam das mais diversas formas sobre o tema.

Neste sentido, o presente trabalho utiliza-se de autores que se voltam para a análise do direito a partir de uma perspectiva filosófica e teórica. O embate entre Jeremy Waldron e Dworkin é extremamente enriquecedor para a questão da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade e, por consequência, da compreensão de a quem cabe a última palavra dentro de determinada lógica democrática.

De pronto, é preciso destacar que os posicionamentos dos autores são antagônicos em relação a quem cabe a última palavra sobre a legislação vigente em determinado sistema. Jeremy Waldron preza pelo protagonismo do Parlamento, enquanto Ronald Dworkin afirma que não haveria espécie de déficit democrático na existência de um protagonismo judicial.

Tal espécie de posicionamento está intimamente ligada com a teoria democrática, visto que é a partir das concepções de democracia adotadas por cada um que se constrói a argumentação

sobre o protagonismo de determinado poder.

Constata-se, portanto, que para se buscar a resposta sobre a compatibilidade ou não do mecanismo de controle judicial com uma estrutura democrática faz-se necessário analisar as concepções de democracia procedimental e majoritária defendida por Jeremy Waldron e a concepção de democracia substancial e constitucional defendida por Ronald Dworkin (VERBICARO; CASTRO, 2017, p. 179).

Dworkin sustenta que a democracia necessita, para além de um aspecto procedimental, ser pautada em um aspecto substancial. Neste sentido, o autor defende o *judicial review* e o protagonismo judicial, visto que em sua visão a democracia poderia se fortalecer com a existência desta espécie de controle.

Para Dworkin, a intervenção judicial estaria fortalecendo a democracia à medida que invalidaria uma lei para reestabelecer as condições democráticas, quais sejam a participação, a igual consideração e o respeito por parte dos membros da comunidade e a independência moral (NOGUEIRA, 2016, p. 168).

Dworkin preocupa-se essencialmente com fato de que os direitos das minorias sejam mitigados diante de procedimentos majoritários. Em havendo a necessidade de se reconhecer a ideia de igual consideração entre todos os indivíduos o autor entende que se faz necessário proceder de tal forma que as decisões sejam satisfatórias tanto para minorias quanto maiorias. Sendo assim, o judiciário teria a função de realizar correções sobre eventuais erros e violações aos valores democráticos que o Poder Legislativo, ao exercer sua atividade típica, poderia ter cometido.

Nesse sentido, ele defende a concepção constitucional de democracia. Essa concepção não importa no abandono dos procedimentos, mas na compreensão de que, em certos casos, tais procedimentos não se mostram satisfatórios para de fato promover a igualdade entre os indivíduos- por isso há a compreensão de que, para além de ideias puramente procedimentais, Dworkin defende a prevalência de ideais substantivos (VERBICARO, CASTRO, 2017, p. 186).

Neste sentido, a visão de democracia para o autor não se esgota em seu aspecto procedimental e majoritário, ou seja, em certo sentido Dworkin entende que democracia não se refere única e exclusivamente ao governo do povo ou da maioria (SARMENTO, 2014, p. 12).

A proposta de Dworkin é que se adote um modelo de democracia coparticipativa onde o autogoverno dos indivíduos não deve ser compreendido a partir de um governo da maioria, mas a necessidade de se implementar um governo de todas as pessoas atuando como parceiras sob a lógica de que a cada um cabe agir com igual respeito e consideração para com os demais parceiros. Neste cenário, as leis devem buscar atender a proteção da dignidade de cada cidadão de determinada comunidade (DWORKIN, 2014, p. 586-587).

Este modelo de democracia permite uma espécie de compatibilização entre a vontade de maiorias e minoriais. O papel do controle judicial de constitucionalidade seria justamente a possibilidade de se tornar instrumento de aperfeiçoamento da legitimidade governamental que

se daria a partir da proteção da dignidade e independência ética de, por exemplo, um grupo minoritário. O governo torna-se legítimo e a maioria passa a ter autoridade para decidir casos controversos quando as instituições protegem a todos em igual medida. (DWORKIN, 2014, p. 588-589).

A partir deste contexto, o autor propõe uma espécie de leitura moral do sistema jurídico, em especial da Constituição. Trata-se de um modelo de interpretação e aplicação das normas levando em conta princípios morais (VERBICARO, CASTRO, 2017, p. 180).

Segundo Conrado Mendes ‘a leitura moral é uma teoria sobre o que significa a constituição, e não sobre a instituição que pode empreende-la. Com efeito, o juiz pode revogar uma lei ordinária embasado no argumento de princípio, tendo para isso a missão de perscrutar o passado, presente e o futuro institucional da comunidade (SARMENTO, 2014, p. 12).

Em havendo esta leitura moral da constituição Dworkin afirma que quem possui melhores condições de realizar este tipo de leitura seriam os juízes, visto que estes seriam partes neutras e imparciais no debate político.

O poder judiciário, concebido na defesa das minorias e das majorias, segundo Dworkin, estaria mais apto a deferir sobre os interesses das partes, já que não estaria diretamente ligado a nenhuma delas e não precisaria responder eleitoralmente à maioria (NOGUEIRA, 2016, p. 169).

A proposta de Dworkin é, portanto, que se relativize a noção majoritária de democracia em nome da defesa de direitos de todos os envolvidos em determinada comunidade política, sejam estes integrantes de uma maioria ou não. A proposta gira em torno da necessidade de que a dignidade em Dworkin exige que os indivíduos sejam participantes do próprio governo, sejam eles integrantes de uma maioria ou minoria (DWORKIN, 2014, p. 590).

Neste sentido, para além de assegurar o direito de sufrágio e participação do indivíduo nas tomadas de decisões políticas, faz-se necessário que a comunidade política expresse respeito pelos interesses individuais de cada um dos membros da comunidade. Trata-se da noção de que os direitos individuais devem ser vistos como trunfos.

Sendo assim, as decisões majoritárias seriam válidas quando levassem em consideração tal pressuposto (igual consideração) e não o levando haveria legitimidade para o controle judicial de eventual norma que desconsiderasse a reciprocidade na convivência entre indivíduo e comunidade política.

A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade para Dworkin parte da visão de que o instrumento majoritário pode ser falho e, assim sendo, o Judiciário exerceria uma espécie de controle contramajoritário com vistas a cumprir a promessa de igual consideração na convivência em determinada comunidade política.



Segundo essa visão, uma comunidade democrática não deve ignorar os interesses de um grupo minoritário, sob pena de ser antidemocrática, mesmo que para isso tenha se utilizado corretamente dos meios majoritários de tomadas de decisão (VERBICARO; CASTRO, 2017, p. 189).

Importante frisar que Dworkin não afasta a utilização de meios majoritários, apenas não oferece importância exclusiva para estas formas de tomada de decisões. Por sustentar que estes meios podem ser falhos o autor entende que se torna legítima a existência do controle de constitucionalidade com vistas a garantir a distribuição equitativa de recursos e oportunidades e também de liberdade positiva (DWORKIN, 2014, p. 609).

Conforme já abordado anteriormente o autor acredita que a democracia se assenta num ideal de fraternidade política com aspectos associativos e, portanto, a existência do mecanismo de controle de constitucionalidade serve como meio para reforçar esse ideal e contribuir para a garantia de direitos fundamentais dentro da seara democrática (LONGO FILHO, 2015, p. 105)

Dworkin possui uma espécie de desconfiança com o protagonismo do Parlamento enquanto detentor da última palavra sobre determinada norma ou ato, visto que, como já afirmado anteriormente, não entende ser o mecanismo majoritário infalível. Diante disso, o autor transita de um argumento de legitimidade democrática quantitativo para um argumento pautado na qualidade

A qualidade da decisão está centrada no fato de que o juiz possuiria a capacidade de afastar uma decisão que fosse ofensiva à democracia, o que talvez não fosse possível por meio do debate apaixonado da arena majoritária. Entende o autor que afastar uma lei que seja ameaçadora para democracia por meio do controle de constitucionalidade é saudável e fortalece a democracia e a proteção de direitos fundamentais (VERBICARO; CASTRO, 2017, p. 195).

Por outro lado, Jeremy Waldron adota posicionamento totalmente contrário ao defendido por Dworkin, pois oferece um maior protagonismo ao Parlamento em detrimento do poder judiciário.

De pronto, é preciso frisar que Waldron é adepto de uma teoria democrática procedimental e majoritária que se revela diferente da noção de democracia constitucional e substancial apresentada por Dworkin.

(...) o autor estrutura seu posicionamento em defesa dos valores democráticos e procedimentais como a melhor resposta diante das controvérsias suscitadas pelos profundos desacordos e pelo fator do pluralismo em sociedade- os indivíduos, em sociedades democráticas, são essencialmente diferentes em suas concepções sobre direitos e moralidade política, logo as decisões sobre questões morais controversas devem levar em igual consideração tais opiniões distintas (VERBICARO; CASTRO, 2017, p. 183).

Ponto central da teoria de Waldron é a preocupação com a existência de desacordos na sociedade. O autor afirma que as sociedades são compostas por indivíduos que discordam sobre a maioria dos assuntos polêmicos existentes. Neste sentido, torna-se mandatário o exercício do que

ele denomina como “ ‘el derecho de los derechos’- el derecho de participación en la elaboración de las leyes” (WALDRON, 2005, p.337).

Waldron, portanto, não segue o posicionamento de Dworkin no sentido de ver a maioria como uma ameaça ou o procedimento majoritário como problemático. Ao contrário, o autor acredita que é por meio da deliberação no parlamento que as soluções aos desacordos serão alcançadas.

La democracia requiere que cuando hay desacuerdos en una sociedad en una materia sobre la que se necesita tomar una decisión común, todo hombre y mujer de la sociedad tiene el derecho de participar en términos de igualdad en la resolución de dichos desacuerdos. Los procesos que esto conlleva pueden ser complejos e indirectos (...) pero todas ellas están orientadas finalmente hacia el mismo ideal: la participación del Pueblo- de algún modo, a través de algún mecanismo- básicamente en términos de igualdad (WALDRON, 2005, p. 338)<sup>2</sup>.

O autor defende o mecanismo majoritário como meio de solução das discordâncias por entender ser este o meio onde as opiniões de todos os indivíduos podem ser levadas em consideração de maneira igual. Logo, haveria uma espécie de igualdade de participação nas decisões sobre desacordos.

O *judicial review* acabaria por “elitizar” a discussão sobre temas amplamente debatidos na sociedade. Não garantir a última palavra ao Parlamento seria, de certa forma, retirar aquilo que considera ponto central na vivência em comunidade política que é a possibilidade de participação em igualdade de condição e a formação de acordos a partir do debate público (SILVA, 2009, p. 204).

Inclusive, o autor rejeita a alegação de que o debate no Parlamento é parcial, visto que as partes que integram o debate tentariam impor sua vontade. Segundo Waldron (2005, p. 360), se assim o for o argumento utilizado recairia em petição de princípio, visto que a apelação a um controle de constitucionalidade ou qualquer outro procedimento político também levanta essa espécie de suspeita quanto a imparcialidade das partes.

Nota-se, portanto, que Waldron busca desconstruir a ideia defendida por Dworkin de que a esfera judicial seria a melhor arena para solucionar desacordos de cunho moral (principalmente quando da defesa de minorias) diante de um suposto vício do debate legislativo ante a parcialidade das partes. Além disso, o autor busca resgatar o protagonismo legislativo no arranjo institucional (NOGUEIRA, 2016, p. 168).

O argumento de Waldron é de que a dignidade da legislação repousa no fato de que discordamos e a legislação são os nossos acordos compartilhados. O direito positivo introduz aquilo que o Direito Natural não pode fornecer: previsibilidade e certeza. Por meio do Direito Positivo, as mudanças são deliberadas, o que não

---

2 Tradução livre: “A democracia requer que quando haja desacordos em uma sociedade em uma matéria que se necessita tomar uma decisão comum, todo homem e mulher da sociedade tem direito de participar em termos de igualdade na resolução destes desacordos. Os processos que isto implica podem ser complexos e indiretos (...) mas todas elas estão orientadas ao mesmo ideal: a participação do povo- de algum modo através de algum mecanismo- básicamente em termos de igualdade”

pode ser desprezado, uma vez que existe uma série e firme discordância sobre questões morais na sociedade (LONGO FILHO, 2015 p. 100-101).

O protagonismo do Parlamento para Waldron concederia uma espécie de legitimidade da norma e a garantia de que as diversas visões sobre determinado assunto fossem observadas. Diante disso, Waldron rebate o argumento de Dworkin de que o controle judicial realizaria uma melhora do debate público sobre desacordos profundos da sociedade. Segundo Waldron “Mi experiencia es que los debates nacionales sobre el aborto son tan robustos y bien informados en países como el Reino Unido o Nueva Zelanda, donde no están constitucionalizados, com en los Estados Unidos (...)” (WALDRON, 2005, p. 346)<sup>3</sup>.

Outro ponto central defendido por Waldron sobre a necessidade de permitir que o Parlamento tome as decisões finais em relação a determinados assuntos é o fato de que o debate público e a possibilidade de participação na tomada de decisão criam uma espécie de responsabilidade na consciência do indivíduo.

*Hay algo que se perde, desde un punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable (unaccountable) toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia (...) si una institución que sí es electa y responsable (accountable) toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia, entonces, aunque se produce alguna perdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su *proprio* erro acerca de la democracia (...)* (WALDRON, 2005, p. 351)<sup>4</sup>.

Transitar para o protagonismo parlamentar, evitando que o Judiciário revise e tenha a última palavra sobre determinados assuntos, acaba por retirar a responsabilidade do indivíduo enquanto participante político e seu reconhecimento como detentor da capacidade de deliberar sobre os desacordos vividos em sociedade (WALDRON, 2005, p. 353).

O autor demanda, portanto, que se reconheça o prevaecimento da ideia de autogoverno, ou seja, a capacidade de o ser político que cria determinada norma ou tome determinada decisão por meio do parlamento as aceite, ainda que seja ruim, por ter oferecido o que Waldron indica como consentimento originário (WALDRON, 2005, p. 369).

A preocupação de Waldron é, portanto, a de desconstruir uma noção de maiorias egoístas e irresponsáveis nas tomadas de decisões. Ao contrário, para ele é preciso que se leve a sério as diversas concepções de liberdade que as pessoas possuem em determinada sociedade (WALDRON, 2005, p. 370).

Neste sentido, busca evitar-se que as decisões finais sobre o direito de milhões de pessoas

3 Tradução livre: “Minha experiência é que os debates nacionais sobre o aborto são tão robustos e bem informados em países como o Reino Unido ou Nova Zelândia, onde estão constitucionalizados, como nos Estados Unidos”.

4 Tradução livre: “Há algo que se perde, desde um ponto de vista democrático, quando um indivíduo ou instituição não eleita nem responsável (unaccountable) toma uma decisão vinculante sobre o que implica a democracia (...) se uma instituição que é eleita e responsável (accountable) toma a decisão equivocada sobre o que implica a democracia, então, ainda que se produza alguma perda para democracia no conteúdo da decisão, não é insensato que os cidadãos se consolem pensando que ao menos tenham cometido seu próprio erro acerca da democracia”.

sejam tomadas com base na voz e no voto de poucos (WALDRON, 2005, p. 357) como, por exemplo, juízes de um tribunal na prática da *judicial review* em seu sentido forte.

Inclusive, o autor alerta que em geral quando há o debate sobre a validade democrática ou não do mecanismo majoritário de decisão esquece-se que a questão da legitimidade desta decisão perpassa por toda autoridade política (WALDRON, 2005, p. 357), ou seja, é inerente tanto ao parlamento quanto ao judiciário. Entretanto, frisa que pode haver outros sistemas de tomada de decisões que carecem de problemas muito mais graves, tais como o próprio poder judiciário.

Segundo Waldron (2005, p. 131), a decisão majoritária respeita as pessoas de duas maneiras: resguarda a igual consideração pelas suas diferentes opiniões sobre a justiça e o bem comum e contempla um valor de respeito a todas as pessoas indistintamente, com base em um procedimento que leva em conta os desacordos (VERBICARO; CASTRO, 2017, p. 185).

Sendo assim, em vistas a garantir o protagonismo do legislativo sobre desacordos e a mitigação do controle forte de constitucionalidade, constata-se que Waldron justifica a prevalência do mecanismo majoritário pois este atenderia o respeito à multiplicidade de visões sobre questões como justiça e bem comum, além de garantir a participação em igualdade para todos.

Diante destes argumentos verifica-se que para Waldron (2005, p. 361) não faz sentido e não se revela democrático transferir para um grupo de juízes o poder de vetar aquilo que o povo e seus representantes acordaram.

Para o autor, levar os direitos a sério é, em verdade, respeitar o direito de cada um participar dinamicamente da lógica de autogoverno, ou seja, permitir que a determinação de como certa sociedade irá viver parta do debate e da participação de todos em situação de igualdade (WALDRON, 2005, p. 372).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que a questão do controle de constitucionalidade e sua legitimidade democrática ou não é um tema recorrente e um desafio a ser enfrentado desde as origens do instrumento no caso *Marbury vs. Madison*.

O principal desafio que o controle de constitucionalidade apresenta para a teoria democrática é a necessidade de conciliação de um Estado de legalidade e de Direito (*rule of law*) com a característica essencial de um Estado democrático que é a questão da representatividade popular.

Neste sentido, o debate principal gira em torno de a quem cabe exercer a última palavra sobre a validade de determinada legislação em uma democracia. Os arranjos institucionais influenciam diretamente sobre isso e a proeminência do judiciário diante do parlamento ou vice-versa dependerá de diversos fatores, tais como a concepção de democracia que se adote.

O presente trabalho se iniciou com o estudo da origem do controle de constitucionalidade por meio do caso *Marbury vs. Madison*. Tal análise teve como objetivo demonstrar que a ideia de utilização da norma constitucional como paradigma de controle e a possibilidade de o poder judiciário ser o meio para realizar a presente revisão foi uma construção jurisprudencial.

Logo, a ideia de *judicial review* não constava escrita na Constituição Americana de 1787. Em verdade, tal mecanismo de controle se deu a partir de questões políticas em que o *chief of justice*, ao detectar conflito entre a Constituição e a legislação ordinária, estabeleceu que a Constituição deveria ser respeitada por toda legislação sob pena de, diante tal inobservância, perder sua validade.

Apresentadas as razões que levaram ao surgimento do mecanismo de controle constata-se os questionamentos acerca da legitimidade ou não de um protagonismo judicial já existia desde as discussões na Convenção da Filadélfia entre os federalistas.

Diante disso, parte-se para um debate sobre a legitimidade democrática do mecanismo de controle de constitucionalidade à luz da discussão entre Dworkin e Waldron. O referido debate é de importante contribuição para a construção da argumentação e da busca de solução ao problema que se impõe.

De pronto, é preciso destacar que a partir das leituras dos posicionamentos dos autores, posicionamentos estes eminentemente divergentes, verifica-se que atrás de cada argumento se vislumbra uma noção de democracia diferente.

Sendo assim, é preciso que se tenha em mente que Waldron e Dworkin adotam concepções de democracia completamente distintas. Dworkin revela-se adepto de uma concepção substancial e Waldron uma concepção eminentemente procedimental e majoritária. Tais visões sobre o fenômeno democrático afetam diretamente o posicionamento sobre a quem cabe a última palavra e sobre a legitimidade democrática do mecanismo de controle judicial.

Waldron é adepto do protagonismo do parlamento. Para ele cabe ao poder legislativo a palavra final acerca da legislação. Isso se deve ao fato de que para o autor vivemos em uma sociedade pautada em desacordos, ou seja, uma sociedade permeada por assuntos polêmicos em que os indivíduos possuem opiniões diferentes e divergentes.

Desta forma, o autor destaca que se torna necessário a garantia do chamado direito dos direitos, qual seja o direito de participação na elaboração das leis. Para Waldron a vivência em uma democracia pressupõe que se leve em consideração a vontade de todos os indivíduos e que estes cidadãos tenham a possibilidade de interferir naquilo que seja considerado direito.

É por isso que o autor vê o parlamento ideal para a solução do dissenso. Além disso, o autor vislumbra o mecanismo majoritário como interessante para o estabelecimento de acordos na sociedade, visto que este mecanismo oferece igual peso para todos os tipos de posicionamentos no debate público.

Busca, portanto, desconstruir a noção de que majorias seriam vistas como egoístas e problemáticas dentro da convivência em sociedade. Ao contrário, entende que somente debate público pode permitir que se formem leis justas e que se construa um senso de responsabilidade do

indivíduo em relação às decisões tomadas.

Waldron levanta o argumento de que a prevalência do protagonismo do parlamento e a impossibilidade de um *judicial review* forte decorre do fato de que a deliberação majoritária permite a formação da noção de autogoverno, ou seja, de que todos os cidadãos oferecem seu consentimento originário para as leis enquanto participante político.

Dworkin, ao contrário, se posiciona no sentido de que o *judicial review* revela-se como mecanismo fundamental para a garantia de direitos fundamentais dentro de determinada comunidade política.

Segundo o autor a comunidade é composta por maiorias e minorias e, em geral, as minorias tendem a ser vulneráveis quando das decisões políticas. Em razão disso, Dworkin vislumbra que o poder judiciário ter a última palavra sobre determinada lei é elemento contramajoritário salutar para a efetivação de direitos.

Este tipo de visão decorre da noção de democracia adotada por Dworkin. O autor adota uma concepção substancial em que a preocupação com a garantia das minorias e a relativização do princípio majoritário em nome dos direitos fundamentais individuais é ponto central.

Constrói-se também uma concepção comunitária de democracia em que há a garantia de direitos para determinado indivíduo enquanto integrante de determinado grupo, mas também deve-se entender pela existência e um comprometimento da própria comunidade com a garantia de direitos fundamentais do cidadão enquanto indivíduo moralmente independente.

Neste sentido, não se vê a democracia como mecanismo eminentemente procedimental e numérico. Ao contrário, preocupa-se com a ideia de que haja igual consideração por todos os indivíduos integrantes de determinada comunidade.

Em razão disso, Dworkin entende que em alguns casos o legislativo poderia descumprir a proteção e a garantia de direitos de minorias e, em razão disso se justificaria o controle de constitucionalidade como meio para impedir a vigência de legislação prejudicial a estes indivíduos.

Para Dworkin, portanto, o mecanismo do controle judicial melhoraria a democracia ao corrigir os erros do parlamento. É de se destacar que este tipo de visão decorre de uma leitura moral da constituição construída pelo autor que acaba por construir uma nova forma de interpretação das normas sendo, para Dworkin, o judiciário o melhor local para realizar este tipo de hermenêutica.

Logo, o controle judicial para Dworkin é mecanismo extremamente legítimo que contribui para a garantia de direitos, além de ser meio para o controle de maiorias eventuais e tirânicas que possam ameaçar direitos fundamentais.

Diante todo o exposto, a principal consideração que o presente trabalho formula é a de que considerar o mecanismo de controle de constitucionalidade como um instrumento de cunho democrático ou não dependerá da concepção de democracia que se adote, bem como da visão que se tenha sobre o papel a ser desempenhado por cada poder dentro de determinado arranjo institucional.

## REFERÊNCIAS

- BERMAN, José Guilherme. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 7, n. 32, p. 193-227, mar./abr. 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1742>. Acesso em: 03 fev. 2018.
- DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- HAMILTON, Alexander.; MADISON, James; JAY, John. **El federalista**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- HAMILTON, Alexandre; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. Campinas: Russell Editores, 2003.
- HORTA, Raul. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 2, p. 255-275, jul/dez, 2003. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/50/50>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- LONGO FILHO, Fernando José. A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 90-111, agosto, 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58328>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- NOGUEIRA, Carolina. O controle de constitucionalidade no Brasil e as teses defendidas por Jeremy Waldron e Ronald Dworkin. **Revista Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 32, n. 2, p. 163-176, jul-dez. 2016. Disponível em: [https://www.fdsu.edu.br/mestrado/revista\\_artigo.php?artigo=215&volume=](https://www.fdsu.edu.br/mestrado/revista_artigo.php?artigo=215&volume=). Acesso em: 13. jan. 2019.
- SARMENTO, Vitor. O papel da jurisdição constitucional à luz das teorias de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Jeremy Waldron. **Derecho y Cambio Social**, Lima, v. 11, n. 35, p. 1-29, jan. 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472779>. Acesso em: 05 abr. 2019.
- SILVA, Virgílio. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-227, jan. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>. Acesso em: 07 jun. 2019.
- TRIBE, Laurance. **American constitutional law**. New York: The Foundation Press, 1988.
- VERBICARO, Loiane; CASTRO, Pietra. Direito, controle judicial e democracia: O debate entre as teorias democráticas de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v. 26, n. 47, p. 177-204, jan-jun, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/6829>. Acesso em: 17 mar. 2018.
- WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

**Como citar:** BASTOS, Elísio Augusto Velloso; NETO, Ridivan Clairefont Mello. Controle de constitucionalidade e democracia: entre o parlamento e o judiciário à luz da teoria de Waldron e Dworkin. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 54-69, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 54. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 07/10/2019

Aprovado em: 24/08/2020