

Controle de Constitucionalidade e Democracia: um embate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

Maraíse Sobral de Farias¹

Jorge Octávio Lavocat Galvão²

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O aparente conflito entre controle de constitucionalidade e democracia; 3. Ronald Dworkin e a fundamentação a favor do *judicial review*; 4. Waldron: legitimidade democrática e a argumentação a favor da supremacia do Legislativo; Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO

O presente artigo tem um dos temas mais discutidos no que tange à legitimidade para analisar o controle de constitucionalidade, no atual cenário do constitucionalismo contemporâneo. Um possível conflito de legitimidade existente entre o Poder Legislativo e o Judiciário é o foco central desta discussão. Para tanto, foram escolhidos os autores Ronald Dworkin e Jeremy Waldron devido ao antagonismo que defendem suas teorias democráticas de legitimidade. Enquanto Dworkin defende a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, justificado pela leitura moral da Constituição e do modelo de juiz Hércules, Waldron, em contraposição, argumenta a favor da supremacia do Legislativo porque este respeita o ideal de democracia fundado na soberania popular. Dessa forma, o trabalho coloca em confronto as duas teorias propondo que, dentro dos argumentos traçados pelos autores, a que dispõe de fonte legítima de tomada de decisões é a defendida por Jeremy Waldron, qual seja, a teoria de supremacia do Legislativo.

¹ Acadêmica do 10º semestre do Curso de Bacharel em Direito da Escola de Direito de Brasília. Artigo apresentado como requisito para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II do Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília - EDB.

² Professor-Orientador. Jorge Octávio Lavocat Galvão é Procurador do Distrito Federal e Advogado. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo (USP) e Visiting Researcher – Yale Law School (2012).

PALAVRA-CHAVE: Controle de Constitucionalidade. Democracia. Legitimidade. Ronald Dworkin. Jeremy Waldron.

ABSTRACT

This article is one of the most discussed issues regarding the legitimacy to examine the *judicial review* in the current scenario of the contemporary constitutionalism. A possible existing legitimacy of conflict between the legislature and the judiciary is a central focus of this discussion. To this end, the authors Ronald Dworkin and Jeremy Waldron were chosen due to the antagonism defending its democratic legitimacy theories. While Dworkin defends the legitimacy of judicial review of constitutionality, justified by the moral reading of the Constitution and the Hercules judge model, Waldron, by contrast, argues for the supremacy of the legislature because it respects the ideal of democracy based on popular sovereignty. Thus, the work confronts the two theories proposing that within the arguments outlined by the authors, who have legitimate source of decision-making is advocated by Jeremy Waldron, namely the legislative supremacy theory.

KEYWORDS: Judicial Review. Democracy. Legitimacy. Ronald Dworkin. Jeremy Waldron.

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é tema de amplo interesse e destaque nos debates acadêmicos atuais. Ultimamente, a discussão que se tem levantado diz respeito a quem tem legitimidade para concretização dos ideais constitucionais, a partir da revisão judicial ou não da legislação, para tomadas de decisões finais em sociedades livres e democráticas.

Com observância ao assunto, desenvolveu-se o interesse pela pesquisa na área de controle de constitucionalidade e democracia, e na escolha dos dois juristas que terão suas teorias contrapostas para elaboração do artigo. Assim, a pergunta-problema proposta para desenvolvimento do trabalho foi: Em que medida

as situações de desacordos morais podem ser analisadas à luz das teorias de legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, defendidas por Waldron e Dworkin?

Busca-se com o artigo fazer um confronto entre as teorias de legitimidade democrática defendidas pelos autores e transpô-las para uma análise das situações de desacordos morais nas democracias contemporâneas. Para tanto, utilizar-se-á pesquisa bibliográfica como metodologia de pesquisa, desenvolvendo o estudo a partir de livros, dissertações e artigos que tratem da matéria.

O cenário atual do controle de constitucionalidade nas democracias contemporâneas é favorável à revisão judicial da legislação, portanto, mais próximo à teoria defendida por Ronald Dworkin, o que pode acarretar uma mitigação do controle pelo Legislativo. Mas, se aceitas as argumentações contrapostas por Waldron, o debate de temas em discordância na sociedade por meio do processo político, torna-se mais democrático porque tomado a partir da soberania popular.

Nesse diapasão, a hipótese proposta é a de que, em uma sociedade livre e democrática, onde se pressupõe a soberania popular, e que disponha das quatro pressuposições argumentativas de Jeremy Waldron, a legitimidade para tomada de decisões controversas pertence ao Poder Legislativo, não subsistindo a tese de Ronald Dworkin a favor da revisão judicial da legislação.

O artigo será desenvolvido em três partes: a primeira tratará sobre o aparente conflito que existe entre democracia e controle de constitucionalidade, como se posicionam as teses constitucionais a respeito da questão; o segundo ponto abordará a teoria de Ronald Dworkin a favor da revisão judicial; e o terceiro capítulo busca desenvolver os argumentos de Jeremy Waldron para sua tese de supremacia do Legislativo.

2. O APARENTE CONFLITO ENTRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA.

Entre os problemas mais latentes dos atuais Estados Democráticos de Direito está o de quem detém legitimidade para interpretar e aplicar a Constituição. No Brasil, assim como nos Estados Unidos, a decisão para declarar uma lei inconstitucional é de competência do Judiciário. Mas, ao aplicar a Constituição a determinados casos, o Judiciário pode acabar por criar direitos não previstos em lei. Estaria o Judiciário adentrando no campo de legitimidade do Legislativo, ferindo a democracia e criando um conflito entre esses poderes?

Luís Roberto Barroso diz que a noção de democracia começou a desenvolver-se e aprofundar-se após a consolidação do Estado Democrático de Direito, quando se incorporou à discussão idéias como fonte legítima do poder e representação política. A vigência do Estado de Direito, em sentido formal, pode ser afirmada pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares. No tocante à democracia, inclui-se a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais realizáveis mediante abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo Estado³.

Com a inclusão aos conceitos de democracia na concepção do Estado Democrático de Direito, de ideais como fonte autêntica de poder e representação política, para que se tenha um governo legítimo, iniciou a discussão no meio jus-filosófico e acadêmico acerca da legitimidade no processo decisório das questões constitucionais.

Nesse contexto, as teses constitucionais sobre legitimidade democrática ganharam defensores tanto no Poder Judiciário, com a defesa voraz ao controle judicial de constitucionalidade por meio da intervenção de juízes e tribunais para garantir a concretização de direitos fundamentais, em contrapartida aos que afirmam que o Poder Legislativo é o legítimo para efetivar os ideais constitucionais por ser derivado da soberania popular.

A soberania popular, nas sociedades democráticas de direito, tem sentido na participação do povo nos mecanismos de produção e controle de decisões políticas,

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 40.

exercido efetivamente por parlamentares escolhidos em eleições, por vontade expressa da população. Assim, o Estado Democrático de Direito obtém o verdadeiro status de ideal político democrático e o Legislativo adquire legitimidade para garantir a elaboração de leis emanadas da vontade popular.

Porém, a compreensão de Estado Democrático de Direito também leva à discussão acerca da atuação do Judiciário como garantidor de direitos advindos de conflitos entre leis e Constituição, fazendo com que este, em um ideal político de democracia, faça prevalecer a aplicação e a soberania da Constituição, por meio do controle judicial de constitucionalidade, em detrimento da vontade do legislador.

Galvão diz que entre os argumentos utilizados na discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, quatro merecem atenção: a vontade popular, um suposto conhecimento técnico adquirido pelos juízes, um argumento procedimental e a preocupação com a proteção dos direitos fundamentais⁴.

De acordo a concepção da vontade popular, as normas jurídicas não conseguem refletir os valores da sociedade, seja por vícios no processo legislativo ou em virtude de uma realidade social cambiante, sendo necessária a intervenção dos tribunais por meio do controle de constitucionalidade para reaproximar a ordem fático-social da jurídica. [...] para os adeptos da competência funcional, o que importa é que a atividade estatal seja dividida em varias esferas de atuação e que as funções sejam designadas aos órgãos que tenham as melhores condições de cumpri-las.

A terceira forma de defesa do controle de constitucionalidade advoga que a atuação judicial é legítima desde que seja exercida em benefício do processo político democrático. [...] a lógica do argumento da proteção de direitos é a de que nenhum ato governamental deve quedar-se imune ao crivo dos tribunais. A submissão dos outros poderes ao Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, baseado em um texto constitucional repleto de clausulas substantivas foi a fórmula encontrada para monitorar a atividade governamental.

Com o embate de argumentos em defesa dos dois poderes iniciou um suposto contexto de conflito entre as supremacias do Parlamento e da Constituição,

⁴ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 79-100.

que ganhou grande destaque na Europa, com os movimentos liberais, a partir do século XVII, onde se deu ênfase ao princípio da supremacia das leis. E posteriormente, nos Estados Unidos, por volta do início do século XIX, onde o debate colaborou para que a Constituição tivesse um valor jurídico único, superior às leis, adotando-se o controle jurisdicional de constitucionalidade, para que fosse um instrumento de submissão dos poderes a limites, efetivando essa supremacia⁵.

O controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, sob uma Constituição que não o prevê expressamente. No célebre caso *Marbury versus Madison*, o juiz Marshall pôde, em conhecida argumentação:

Demonstrar que se a Constituição americana era a base do direito e imutável por meios ordinários, as leis comuns que a contradissem não eram verdadeiramente leis, não eram direito. Assim, essas leis seriam nulas, não obrigando os particulares. Demonstrou mais que, cabendo ao Judiciário dizer o que é o direito, é a ele que compete indagar da inconstitucionalidade de uma lei. De fato, se duas leis entrarem em conflito, deve o juiz decidir qual aplicará⁶.

Assim, ao expor seus argumentos, Marshall indicou as razões que justificam o controle judicial de constitucionalidade: (a) a supremacia da Constituição, como consequência desse fundamento, (b) a nulidade de lei que contrarie a Constituição, e (c) o Judiciário como interprete final da Constituição⁷.

Por força dessa histórica decisão de Marshall, abriu-se o primeiro precedente para que a Suprema Corte americana exercesse o controle de constitucionalidade, no constitucionalismo moderno, declarando a inconstitucionalidade de leis, de acordo com a interpretação dada pelo juiz ou tribunal, e conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto quando há conflito de normas, firmando a idéia de soberania da Constituição sobre a vontade do legislador.

O raciocínio aplicado para a argumentação de Marshall é categórico quando aplicado à teoria constitucional de supremacia da Constituição. Portanto, se uma lei

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 edição. Saraiva: São Paulo, 2014.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 39 edição. Saraiva: São Paulo, 2013.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle constitucional no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6 edição. Saraiva: São Paulo, 2012.

inconstitucional é aplicada a uma determinada situação, produzindo efeitos na sociedade, representaria a negativa de vigência da Constituição e violaria sua soberania.

A doutrina pela qual o Judiciário se ordena a declarar que as normas contrárias à Constituição não são aplicáveis, assim como o reconhecimento de que esta é a norma jurídica aplicável à solução de pendências ficou conhecido como *judicial review*⁸. É a partir dessa concepção de revisão judicial da legislação que os autores escolhidos para esse debate defendem suas teses.

Ronald Dworkin enxerga a defesa dos direitos fundamentais como a tarefa central das cortes. Para ele, a objeção democrática contra a legitimidade do *judicial review*⁹ confunde o que a democracia efetivamente significa. De acordo com sua concepção de democracia, esse regime tem alguns requisitos morais substantivos que não são atendidos necessariamente por um procedimento majoritário, mas pela “resposta certa” sobre direitos fundamentais, pouco importando, nesse caso, o procedimento decisório para a legitimidade da decisão¹⁰.

Luís Roberto Barroso explica a lógica do *judicial review* sob a ótica da supremacia da Constituição e o papel do Judiciário como intérprete qualificado e competente para controlar a constitucionalidade das leis:

Se a Constituição é a lei suprema, qualquer lei com ela incompatível é nula. Juízes e tribunais, portanto, diante da situação de aplicar a Constituição ou uma lei com ela conflitante, deverão optar pela primeira. Se o poder de controlar a constitucionalidade fosse deferido ao legislativo, e não ao Judiciário, um mesmo órgão produziria e fiscalizaria a lei, o que o tornaria onipotente¹¹.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 edição. Saraiva: São Paulo. p. 49.

⁹ A expressão *judicial review* que se utilizará neste artigo terá como sentido a revisão judicial realizada sobre a legislação.

¹⁰ HÜBNER MENDES, Conrad. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle constitucional no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6 edição. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 66-67.

Em tese contrária, o professor neozelandês Jeremy Waldron, defensor da supremacia do Parlamento, argumenta que o *judicial review* é vulnerável em duas frentes:

ele não fornece, como freqüentemente se alega, uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente focar as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos; pelo contrário ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. E ele é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a maioria dos votos entre um número pequeno de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos¹².

Coelho diz que a legitimidade para criação de normas jurídicas, em um regime de democracia representativa, nas quais as decisões políticas pertencem ao povo, manifestadas através de seus representantes, é uma atividade política. Por isso, se fosse dado aos juízes o poder de criar normas jurídicas a pretexto de aplicá-las, haveria uma incompatibilidade com a ordem jurídico-política fundamentada na Constituição porque a investidura no magistério obedece a critério diverso da escolha popular pela maioria do eleitorado¹³.

Nesse sentido, Conrad Hüber Mendes entende que:

A corte não está em posição vantajosa e nem tem capacidade para saber se uma lei é inconstitucional ou não. Seria subverter uma escolha já feita pelo legislador. É claro que à ela continuará a função de desenvolver a lei e adaptá-las às circunstâncias concretas cambiantes. Mas isso não justifica que ela possa revogá-la, pura e simplesmente¹⁴.

A discricionariedade de legislar, em um Estado Democrático de Direito, é de prerrogativa do Poder Legislativo. Portanto, em uma teoria democrática de legitimidade do controle de constitucionalidade é irrefutável que, em tempos de

¹² WALDRON, Jeremy. **A essência da Oposição ao Judicial Review**. Tradução de Adauto Vilella. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 98.

¹³ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3 edição. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 56.

¹⁴ HÜBNER MENDES, Conrad. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008. p. 91.

crescente ativismo judicial¹⁵ qualquer interpretação judicial que crie novas normas e que subordine os demais poderes e particulares ao seu entendimento, viola a supremacia do Legislativo, criando riscos à democracia e à soberania popular.

A teoria constitucional supõe, explícita ou implicitamente, que parlamentos seriam a expressão mais direta do ideal democrático, enquanto que constituições e declarações de direitos, somados à instituição do controle judicial de constitucionalidade, seriam a manifestação do constitucionalismo. A controvérsia sobre quem deveria ter a última palavra em conflito sobre direitos fundamentais são percebidos como uma tensão entre corte e parlamento, assim como democracia e constitucionalismo¹⁶.

O presente artigo tem o objetivo de fazer um confronto entre as teorias constitucionais de legitimidade democrática, defendidas por Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Assim, no capítulo dois serão abordados os principais pontos adotados por Dworkin e sua tese a favor do *judicial review*, como a discussão em torno das cortes, e sua fundamentação a favor do controle judicial de constitucionalidade. No capítulo subsequente, a posição defendida por Jeremy Waldron a favor da supremacia do Legislativo será destacada levando-se em consideração os desacordos sobre direitos, e sua crítica ao controle judicial de constitucionalidade.

3. RONALD DWORKIN E A FUNDAMENTAÇÃO A FAVOR DO *JUDICIAL REVIEW*

Ronald Dworkin é um dos principais defensores da legitimidade do Poder Judiciário para exercer o controle de constitucionalidade de leis. Esse capítulo se propõe a tecer os argumentos que levaram o professor norte-americano a acreditar

¹⁵ Luís Roberto Barroso explica que o ativismo judicial “está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.

¹⁶ HÜBNER MENDES, Conrad. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008.

que, nas democracias contemporâneas, onde se adota o constitucionalismo como tese judicial de proteção da minoria, as cortes exercem o principal meio de proteção dos direitos porque são dotadas de melhores argumentos.

A partir da leitura moral da Constituição, do juiz Hércules e dos argumentos de princípios para defesa do interesse da minoria, Dworkin, trilha seu entendimento de favorecimento das cortes, como instituição privilegiada, e do *judicial review* como processo apropriado de proteção dos direitos dos indivíduos, porque é dotada de expertise para tomada de decisões morais favoráveis à coletividade.

3.1. A DISCUSSÃO ENTRE DEMOCRACIA E O PAPEL DAS CORTES

Dworkin, no início do seu livro *O império do Direito*, diz que as pessoas freqüentemente se vêem “na eminência de perder ou ganhar muito mais em decorrência de um aceno da cabeça de um juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo”¹⁷. A partir desse pensamento pode-se constatar o quanto é importante o papel dos juízes e das cortes no pensamento dworkiniano.

Para o autor, os efeitos de uma decisão judicial injusta podem provocar um dano moral irreparável para o acusado e seus dependentes, ou ter atuação importante no que diz respeito à legitimidade para dar a *última palavra* em decisões que acreditem estar contrárias à Constituição. Esse capítulo, portanto, se propõe a discutir o papel que as cortes exercem sobre a tomada de decisões nas democracias contemporâneas, a partir do pensamento do autor.

Hübner, em recente estudo sobre o controle de constitucionalidade e democracia, caracterizou o regime democrático, segundo a visão de Dworkin, da seguinte forma:

Democracia não é apenas um regime em que indivíduos se juntam para tomar decisões coletivas, processar seus interesses individuais e convertê-los em política pública por intermédio da regra da maioria. Democracia, também é isso, mas, antes precisa conquistar a filiação moral de seus membros da comunidade política. Portanto, para que todos possam se juntar, agregar seus interesses e conferir qual será

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes: São Paulo, 1999, p. 03.

o produto final, é preciso que se sintam pertencentes a essa comunidade¹⁸.

Para Dworkin, um regime democrático legítimo não se contentaria apenas com decisões coletivas. Para ele, “a melhor estrutura institucional é aquela que produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as condições democráticas e que melhor garante uma obediência estável a essas condições¹⁹”. Nesse sentido, o autor entende que os tribunais desempenham melhor a função de dar respostas corretas às decisões porque dotados de expertise para encontrar tal resposta.

Nesse sentido, o debate que se estabelece entre controle de constitucionalidade e democracia, na visão do professor norte-americano, se dá em torno do papel dos juízes nas decisões que possam criar novos direitos.

Segundo Dworkin, o questionamento sobre a “criação” de novos direitos através das decisões dadas pelos membros das cortes, pode se dar por meio da declaração de “um princípio, uma regra ou ressalva a alguma disposição nunca antes declarados e, que em regra, se apresentam como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é”²⁰. A legitimidade, nesse caso, se dá em razão da adequada percepção que os juízes têm dos fundamentos que envolvem os direitos divergentes advindos das leis.

Os juízes, ao tomar decisões, se fundamentam em suas próprias percepções, fazendo com que as teorias interpretativas utilizadas por eles sejam o reflexo da moralidade que têm das leis aprovadas pelo Legislativo. Dworkin assim entende:

Numa democracia, as pessoas têm, pelo menos, um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo aprovou. [...] se está claro o que o legislativo lhes

¹⁸ HÜBNER MENDES, Conrad. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008. p. 07.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonzo Munoz. Martins Fontes: São Paulo, 2006. p. 52.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes: São Paulo, 1999, p. 09.

concedeu, então também está claro o que elas têm direito moral de receber no tribunal²¹.

Assim, determinadas decisões contrárias, que alterem ou declarem inconstitucional uma lei poderiam ser vistas como antidemocráticas se fossem dadas por especialistas não-eleitos, mesmo que a alteração fosse para corrigir injustiças. Porém, Dworkin sustenta que a própria estrutura constitucional permite aos tribunais de justiça fazer essa análise, para que o valor da democracia permaneça e os valores morais estabelecidos na lei sejam preservados²².

Explica Galvão que, de acordo com a visão de Dworkin, é necessário que exista violação de um princípio para que o tribunal possa declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou a revogação de um precedente porque não é admitido a nenhum órgão ignorar os direitos dos indivíduos da comunidade²³.

Diversas teorias surgiram tentando conter a discricionariedade dos juízes ao tomar decisões por meio do controle judicial de constitucionalidade²⁴, alegando argumentos derivados da democracia para refutar a legitimidade da vontade dos juízes sobre a vontade legislativa. Alegam, segundo Dworkin, “que em uma democracia todas as questões não resolvidas, inclusive aquelas relativas a princípios morais e políticos, devem ser resolvidas por instituições que sejam politicamente responsabilizáveis de um modo que os tribunais não são²⁵”.

Porém, Dworkin entende que os argumentos de democracia utilizados para contestar as decisões dos juízes são bastante fracos. Tendo como base democracias que utilizam o constitucionalismo, - teoria de proteção da minoria em face do abuso da maioria - deixar que o legislativo tome decisões porque é mais justo para a maioria ignora os princípios de justiça, tornado-se desfavorável aos

²¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 edição. Martins Fontes: São Paulo, 2005. p. 14.

²² DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonzo Munoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 49-51.

²³ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 174-176.

²⁴ Como exemplo, temos a teoria de supremacia do Legislativo, defendida por Jeremy Waldron, que será discutida mais adiante no trabalho.

²⁵ Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 221.

argumentos derivados da democracia porque não é equânime permitir que a própria maioria tome decisões desfavoráveis a elas.

Assim, as cortes ganham legitimidade para revisar decisões tomadas pelo Legislativo, que possam ser contrárias aos padrões constitucionais. Dworkin entende que essa premissa, dando legitimidade às cortes, adquiriu confiança no famoso caso *Marbury vs. Madison*, em que a Suprema Corte americana afirmou, pela primeira vez, seu poder de revisão judicial de leis²⁶, muito embora a Constituição americana não preveja esse instituto.

As cortes têm papel fundamental, na visão de Dworkin, para dar respostas certas, que possam proteger e assegurar a proteção das minorias diante de decisões contrárias ao entendimento das leis, nas atuais democracias constitucionais. Mesmo quando a resposta dada não é justa o suficiente, os tribunais são instituições legítimas porque são municiadas de melhores argumentos morais e de princípios para atingir tal fim.

No capítulo seguinte serão abordados os principais pontos de discussão sobre os principais argumentos que levaram o professor Ronald Dworkin a defender o Judiciário como a instituição democrática legitimada para decidir sobre a invalidade de leis, que sejam contrárias aos dispositivos constitucionais, através do instituto do *judicial review*.

3.2. DWORKIN E A FUNDAMENTAÇÃO A FAVOR DO JUDICIÁRIO

Levando-se em consideração a discussão sobre o suposto conflito da legitimidade para interpretar e aplicar a Constituição, Ronald Dworkin traça uma abordagem de pensamentos a favor do *judicial review*, não encontrando óbice para que juízes não eleitos, por meio representativo, possam declarar inválidas as leis aprovadas pelo Legislativo, fazendo-se necessário, para isso, entender sua teoria da decisão judicial.

²⁶ Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p. 223.

Dworkin parte do pressuposto que as leis devem ser aplicadas, pelos juízes, como foram criadas por outras instituições, não podendo, portanto, criar novos direitos. Mas, na prática, esse ideal de aplicabilidade não pode ser realizado porque “as leis e regras do direito costumeiro (*common law*)²⁷ são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos”. Assim, diante de casos novos, em que os juízes não puderem resolvê-los, mesmo estendendo ou reinterpretando as regras existentes, estes devem agir como se fossem “delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema”²⁸.

Para entender como os juízes formulam essas teses sobre o que a intenção legislativa, e as leis e regras do direito costumeiro querem, Dworkin formulou um juiz chamado Hércules. Segundo ele, o juiz Hércules:

é um jurista de capacidade, sabedoria e sagacidade sobre-humanas, considerando que ele aceita que as leis tem o dever geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes tem o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional aplica-se ao caso em juízo²⁹. O juiz Hércules deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes de direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas³⁰.

A teoria da decisão judicial de Hércules, baseada na aplicação de princípios, embora deixe transparecer suas convicções filosóficas e intelectuais, devem dizer respeito ao que a lei ou os precedentes exigem. Ele não adotará as teorias de decisão judicial que indiquem aos juízes que sigam as leis e precedentes até que

²⁷ Em nota de rodapé (p. 37) do livro *Levando os Direitos à sério*, o tradutor explica que Dworkin utiliza o termo *common law* para “designar o sistema de direitos de leis originalmente baseadas em leis costumeiras e não escritas na Inglaterra, que se desenvolveu a partir da doutrina do precedente. De maneira geral, a expressão refere-se ao conjunto de leis que deriva e se desenvolve a partir das decisões dos tribunais, em oposição às leis promulgadas através de processo legislativo.”

²⁸ Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p.129.

²⁹ Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p.165.

³⁰ Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p. 182.

estes tenham clareza suficiente para fazer com que os juízes se sintam livres para agir por conta própria³¹.

Segundo Dworkin

A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem³².

Dworkin entende que os juízes ao tomar suas decisões sobre o direito costumeiro (common law), devem fazê-lo com base em princípios³³, não com base em política. Para o autor, “a visão correta é a de que os juízes devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político”³⁴³⁵. Os juízes “devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais “novos” que eles aplicariam na época em que as partes agiram, ou em qualquer outro momento pertinente do passado”³⁶.

Victor discorrendo sobre a teoria da decisão judicial de Dworkin, diz:

[...] ao pensar sua teoria da decisão judicial, Dworkin pressupõe a consideração de princípios morais. Para ele, o conceito de Direito sempre compreendeu o de moral. Seu raciocínio pode ser assim resumido: em uma democracia, todos possuem o direito moral de

³¹ Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p.184.

³² Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p.197.

³³ Galvão (2014, pag. 176) explica que “os princípios, no pensamento dworkiniano, são extraídos a partir de uma reconstrução dos valores morais que animam a prática jurídica, não sendo possível transformar uma razão teleológica em princípio apenas por designá-la como tal”.

³⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª edição – São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.06.

³⁵ Segundo Dworkin (2005, p.6), os juízes podem valer-se de dois tipos de argumentos políticos ao tomar suas decisões: os argumentos de princípio político e os argumentos de procedimento político. Os primeiros recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e os segundos exigem que uma decisão particular promova alguma concepção de bem-estar geral ou do interesse público.

³⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo – São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 292-293.

obter dos tribunais, no mínimo decisões que lhes imponham os direitos que o Poder Legislativo aprovou³⁷.

Para tanto, Dworkin propõe a leitura moral³⁸ dos dispositivos abstratos em que a maioria das constituições contemporâneas expõem os direitos do indivíduo perante o governo, propondo que os operadores do Direito – juízes, advogados e cidadãos – “interpretem e apliquem esses dispositivos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça”³⁹.

A leitura moral da Constituição, segundo Dworkin, não é antidemocrática, muito pelo contrário, torna-se indispensável porque é uma teoria sobre o significado dos dispositivos constitucionais, e não sobre quem diz o que significa. A leitura moral “encoraja juristas e juízes a interpretar uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça⁴⁰”, tornando-se uma teoria de decisão utilizada para preservação de um estado democrático.

As teorias de decisão judicial precisam conter uma teoria da controvérsia, que estabeleça os padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos difíceis. Dworkin explica o que são casos difíceis:

os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo⁴¹.

³⁷ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Dialogo institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2013.

³⁸ Dworkin chamou de leitura moral, o método de ler e executar uma constituição política.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonzo Munoz. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonzo Munoz. Martins Fontes: São Paulo, 2006. p. 57.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes: São Paulo, 1999, p. 306.

Diante do exposto, Dworkin afirma que os juízes estão em melhor posição para decidir sobre o exame de reivindicações de direitos porque a técnica de coerência especulativa é mais desenvolvida em juízes do que nos legisladores ou nos cidadãos que os elegeram. Segundo ele, os legisladores estão sujeitos a pressões que os juízes não estão, contando como razão para que eles cheguem a conclusões mais fundamentadas sobre direitos⁴².

Segundo Hübner, as cortes adquiriram posição institucional vantajosa que se deu, principalmente, à sua composição, feita por membros que, embora não sejam eleitos diretamente, são escolhidos através de métodos dos quais participaram autoridades eleitas. Além da composição das cortes, outros argumentos utilizados para colaborar com a premissa de posição institucional vantajosa estão: a estabilidade dada aos juízes depois de nomeados, o que lhes garante não poderem ser retirados do cargo mesmo em razão de suas decisões; e, a falta de resignação a qualquer tipo de alternância, como os parlamentares, e por isso, considera-se que estão isentos de responsabilização política e prestação de contas⁴³.

Dworkin tem preferência por instituições que lidem com argumentos de princípios, ou seja, os que defendem os direitos das minorias em detrimento da maioria. Por isso, as cortes têm posição privilegiada no entendimento de democracia do autor, porque cuida das decisões morais dos indivíduos. Embora Dworkin entenda que um erro de decisão judicial possa prejudicar sua legitimidade, “o olhar mais atento ao conjunto de sua obra revela [...] a legitimação da Corte não apenas quando acerta a resposta, mas também quando sincera e transparentemente tenta fazê-lo⁴⁴”.

4. WALDRON: LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E A FUNDAMENTAÇÃO A FAVOR DA SUPREMACIA DO LEGISLATIVO.

⁴² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 edição. Martins Fontes: São Paulo, 2005, p.27.

⁴³ HÜBNER MENDES, Conrad. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo – USP, 2008. p. 56.

⁴⁴ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Dialogo institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2013. p.111.

Waldron, em sentido contrário ao entendimento de Dworkin, defende que a instituição dotada de legitimidade para tomar decisões que melhor satisfaça a vontade da comunidade, é o Legislativo. Apoiado nesse juízo, o capítulo se propõe a levantar os principais argumentos que levam o professor neozelandês a defender tal posicionamento.

Ao explicar sua teoria da dignidade da legislação, Waldron se baseia em situações de desacordos morais entre direitos e deveres, da participação da comunidade no processo de decisões, e na legitimidade derivada da soberania popular.

Além disso, faz severas críticas ao *judicial review*, defendido por Dworkin, amparando-se em quatro pressuposições que, se satisfeitas, tornam justificáveis sua tese de oposição ao controle de constitucionalidade e favoráveis a dignidade da legislação.

4.1 WALDRON E O DESACORDO SOBRE DIREITOS

Em contrapartida à teoria a favor do *judicial review* de Dworkin, Jeremy Waldron sustenta a teoria da dignidade da legislação como fundamento da legitimidade democrática nos Estados de Direito, buscando “recuperar e destacar maneiras de pensar a respeito da legislatura que a apresentem como um modo de governança dignificado e uma fonte de direito respeitável⁴⁵” em situações de discordância de direitos.

A intenção do autor é que o processo legislativo ou a legislatura eleita seja vista na sua melhor forma, como fonte legítima de tomada de decisões sociais, não como algo indecoroso como as pessoas convenceram-se:

As pessoas convenceram-se de que há algo indecoroso em um sistema no qual a legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. [...] o pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a

⁴⁵ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Martins Fontes: São Paulo, 2003. p. 02-03.

política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter⁴⁶.

Em situações de desacordos entre direitos e deveres, o processo político é o meio pelo qual a sociedade utiliza para definir que posição deve prevalecer em uma disputa de interesses na comunidade⁴⁷. Esse mecanismo se dá através de “registros e implementação de posições por meio de indivíduos e agências que atuam em nome da comunidade”.

“O processo político não é capaz de mitigar senso crítico dos cidadãos sobre quais direitos temos ou deveríamos ter, tampouco superar a existência de profundos desacordos sobre seus próprios resultados”⁴⁸. Dada a irremediável aparição de desacordos na sociedade, as decisões referentes a essas questões dependem de uma série de procedimentos que devem definir desígnios sociais. Portanto, nesse diapasão, os próprios membros da sociedade são os detentores do poder para decidir tais questões.

Assim, se a medida adotada como posição prevalente pela comunidade for considerada como o direito inerente a esta, então a flexibilidade do processo político é “aquilo ou parte daquilo que queremos designar como o *estado de direito*”⁴⁹.

Partindo desse entendimento, o Estado de Direito, segundo o autor é o princípio pelo qual os funcionários e os cidadãos devem aplicar as leis mesmo que estas estejam em conflito com seus interesses ou que as considerem injustas ou moralmente incorretas porque fora decorrente do consenso da comunidade, compatível com a integridade e o caráter homogêneo de justiça⁵⁰.

⁴⁶ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Martins Fontes: São Paulo, 2003 p. 05.

⁴⁷ Waldron denomina de *circunstâncias da política*. VICTOR (2013, p. 125) explica que circunstâncias da política, segundo Waldron, seria o sentimento compartilhado pelos membros de determinados grupos sobre a necessidade de construir estruturas, decisões ou formas de agir comuns para solucionarem problemas, mesmo quando discordem sobre como estabelecer essa estrutura ou sobre quais as melhores decisões para resolver os assuntos em comum.

⁴⁸ POLI, Vinícius José. **Controle de Constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo**. São Paulo. Universidade de São Paulo – USP. 2012. p. 118.

⁴⁹ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 44.

⁵⁰ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Martins Fontes: São Paulo, 2003. p. 44-45.

O contrário disso, ou seja, a não obediência às leis por parte dos funcionários ou cidadãos, seria considerado abandono das idéias da própria comunidade, ou nas palavras de Waldron “é um retorno à situação em que cada pessoa simplesmente age com base no próprio julgamento e faz o que lhe parece bom ou correto”.

Nesse diapasão, Galvão explica:

O desafio posto por Waldron é refletir sobre o que representa o Estado de Direito em uma sociedade que considera a política majoritária como forma legítima de tomada de decisões coletivas. A legislação, resultado de um processo deliberativo em que os diversos pontos de vista são representados, apresenta-se, nas democracias contemporâneas, como o único *médium* em que inúmeras identidades dos sujeitos podem ser unificadas de maneira não arbitrária. É através das normas jurídicas que a comunidade de princípios se personifica, e não por meio de um metadiscorso ideológico que tente minimizar o fato de que há inúmeros desacordos na sociedade⁵¹.

No âmbito dos próprios tribunais, as decisões conferidas por seus membros, quando há situações de desacordos, também são tomadas por meio de votação e decisão majoritária. Portanto, a diferença da decisão legislativa para a deslocada ao judiciário, é uma questão de grupo de constituintes, não sobre a maneira como foi dada a decisão.

Desse modo, a questão não é substituir um modelo de decisão majoritária por outro não-majoritário, mas verificar a legitimidade de um modelo democrático que é feito pela representação e consentimento de toda a comunidade⁵², em detrimento de outro, em que as decisões são tomadas por um pequeno grupo de magistrados, sem que isso pareça arbitrário.

Como bem explica Waldron:

A decisão majoritária não é apenas um processo decisório eficaz, é um processo respeitoso. Respeita os indivíduos de duas maneiras. Primeiro, respeita e considera seriamente a realidade das duas

⁵¹ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 221.

⁵² WALDRON (2003, p.178) explica, utilizando o argumento de Locke, que “não é que a decisão majoritária esteja certa, mas que a decisão majoritária é legítima ou adequada, em relação às questões para os quais o consentimento (da sociedade) é relevante”.

diferenças de opinião quanto à justiça e ao bem comum. A decisão majoritária não requer que a opinião de ninguém seja menosprezada ou silenciada por causa da importância imaginada do consenso. Ao impor o nosso apoio e o nosso respeito como processo decisório, ele não exige que nenhum de nós finja haver um consenso quando não há, meramente porque pensamos que deveria haver – quer porque qualquer consenso é melhor do que nenhum, quer porque a visão evidentemente correta por si que não conseguimos imaginar como alguém poderia sustentar o contrário⁵³.

Nesse ponto, Waldron discorda de Dworkin. O professor norte-americano entende que um processo de decisão democrático só é legítimo quando respeitados os direitos da comunidade e entre membros que concordem entre si; além do que, a decisão majoritária não tem legitimidade, nesse contexto, porque é necessário que cada indivíduo se veja inserido nessas decisões com igual respeito e direitos. Contrapondo os argumentos de Ronald Dworkin, o professor neozelandês diz que, se aceitas as premissas de Dworkin, nenhum sistema de tomada de decisões as satisfariam, e segundo que, a discordância sobre direitos não impede que as pessoas levem os direitos dos outros a sério porque é prática comum entre os sistemas de decisão, não enfraquecendo a legitimidade do processo majoritário⁵⁴.

Desse modo, em uma democracia representativa, a legislação reflete a discordância da sociedade sobre direitos, permitindo que a comunidade participe das tomadas de decisões, utilizando-se de argumentos que busquem melhores soluções para os problemas de toda a coletividade.

Waldron é um fervoroso defensor do Legislativo como instituição legítima, nos Estados Democráticos de Direito, para tomada de decisões sobre discordância de direitos. Como se verá no capítulo seguinte, o professor neozelandês tece críticas ao modelo do *judicial review* e afirma que a discricionariedade dada aos juízes, por meio desse instituto, tornam as leis letras mortas.

4.1. A CRÍTICA AO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE E A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO.

⁵³ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Martins Fontes: São Paulo, 2003. p. 192-193.

⁵⁴ WALDRON, Jeremy. **A essência da Oposição ao Judicial Review**. Tradução de Adauto Vilella. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). Limites do controle de constitucionalidade. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. pp. 148-151.

Jeremy Waldron dedicou um artigo⁵⁵ para tecer argumentos sobre o instituto da revisão judicial (*judicial review*) realizada sobre a legislação: “o *judicial review* é inapropriado como modelo de decisão final em uma sociedade livre e democrática”⁵⁶. A crítica do autor é que, embora, a prática do *judicial review* tenha o condão de revogar leis que violem direitos individuais, ainda possui deficiências no processo democrático, que vão além de suas decisões e efeitos.

Nos últimos anos, a procura pelo Judiciário para resolver conflitos de discordância sobre decisões legislativas por meio do controle judicial de constitucionalidade tem feito prevalecer a vontade dos juízes sobre o que fora decidido na legislatura. A crescente interferência do Poder Judiciário sobre as decisões tomadas no Poder Legislativo faz com este se torne submisso às normas jurídicas.

Waldron denominou de controle de constitucionalidade forte, a prevalência da vontade dos tribunais para deixar de aplicar uma lei ou modificar seus efeitos com a intenção de deixá-la em conformidade com direitos fundamentais, mesmo quando elas claramente se aplicam a determinados casos, ou que não estejam de acordo como a lei sugeriu. Esse tipo de controle tornou-se alvo de sua crítica porque deu aos tribunais força para a criação de precedentes que tornam as leis letras morta, devido à sua recusa em aplicá-las⁵⁷.

Para explicar suas argumentações contra o *judicial review*, Jeremy Waldron, expõe pressuposições que, se utilizadas pelas sociedades, tornam suas instituições legislativas legítimas para resolver conflitos quanto a direitos. Suas pressuposições, afirma o autor, permitem que as decisões tomadas por juízes anulando disposições

⁵⁵ O título do artigo é: A essência da oposição ao *judicial review* – traduzido do inglês por Adauto Villela.

⁵⁶ WALDRON, Jeremy. **A essência da Oposição ao *Judicial Review***. Tradução de Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 94.

⁵⁷ Waldron distinguiu o controle de constitucionalidade forte do controle de constitucionalidade fraco, que a este denominou o sistema pelo qual os tribunais podem examinar minuciosamente a legislação quanto à sua conformidade com direitos individuais, mas não podem se recusar a aplicá-la (ou moderar sua aplicação) simplesmente porque os direitos seriam, em caso contrario, violados. Ver BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. **A essência da Oposição ao *Judicial Review***. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 101.

de cunho parlamentar deixam de satisfazer critérios importantes de legitimidade política.

Nesse diapasão, Waldron propõe quatro premissas, que se satisfeitas, tornam sua concepção de oposição ao controle judicial de constitucionalidade e posição a favor da supremacia do legislativo, legitimamente justificáveis. Assim dispõem suas quatro pressuposições:

Devemos imaginar uma sociedade que possua (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a idéia de direitos individuais e de minorias e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a idéia de direitos⁵⁸.

Assim, na teoria de Waldron, há instituições legislativas e judiciárias em boas condições de funcionamento, comprometimento da maioria da sociedade e das autoridades quanto aos direitos individuais e das minorias, e um dos pontos mais importantes, que se contrapõe à idéia de princípios de Dworkin, há desacordos quanto a direitos entre os membros da sociedade que com eles estão comprometidos.

A sociedade imaginada pelo autor possui membros que entendem a importância de evitar ou minimizar os resultados decorrentes da discordância quanto a direitos. “Respostas erradas podem ser toleradas em matéria política; mas, em matéria de princípios, se for dada a resposta errada, então direitos serão violados⁵⁹”.

⁵⁸ WALDRON, Jeremy. **A essência da Oposição ao Judicial Review**. Tradução de Adauto Vilella. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 106.

⁵⁹ WALDRON, Jeremy. **A essência da Oposição ao Judicial Review**. Tradução de Adauto Vilella. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 120.

Como os procedimentos decisórios relacionados à discordância sobre direitos não são perfeitos, Waldron propõe dois tipos de razões que podem ser consideradas neste processo, e que podem ajudar a dirimir a questão no procedimento decisório. São elas: razões relacionadas ao resultado e razões relacionadas ao processo.

As razões relacionadas ao processo⁶⁰ levam em consideração as razões que um determinado indivíduo utilizou para sua tomada de decisão, independentemente do julgamento sobre o resultado apropriado. Em sentido contrário, as razões relacionadas ao resultado⁶¹, levam em consideração as razões que, de alguma maneira, assegurarão um resultado apropriado através da decisão.

Sopesando sobre os dois tipos de razões que ajudam a dirimir as discordâncias sobre direitos, Waldron conclui que as razões relacionadas ao processo são mais conclusivas e parciais, deixando desacreditado o *judicial review*, enquanto as razões relacionadas ao resultado não conseguem provar a importância da soberania desse instituto. “E essa é a essência da oposição ao *judicial review*”⁶².

Os defensores do *judicial review*, por fim, alegam que os procedimentos de um parlamento democrático, por decidirem em nome da maioria da comunidade, podem resultar, no que chamam “tirania da maioria”. Nesse caso, Waldron desmonta tal argumento sob a premissa de que, entende-se por tirania “aquilo que acontece quando seus direitos são negados”⁶³.

⁶⁰ Waldron (2009, p. 120) diz que: “na política, as razões mais conhecidas relacionadas ao processo são aquelas baseadas na igualdade política e no direito democrático ao voto, no direito de ser ouvido mesmo quando outras pessoas discordem do que diz”.

⁶¹ Waldron (2009, pp. 124-127) esclarece que, muitas vezes, costuma-se associar, erroneamente, as razões relacionadas ao processo como oposição às razões relacionadas ao resultado porque esta apóia, completamente, o *judicial review*, no sentido de contrariedade ao processo participativo, e não observam que as razões relacionadas ao resultado podem seguir duas direções. Existe vulnerabilidade nos parlamentos quanto ao à pressão sobre os direitos que devem prevenir; e, também motivações que dificultam a luta dos tribunais contra as questões morais sobre discordância de direitos.

⁶² WALDRON, Jeremy. **A essência da Oposição ao *Judicial Review***. Tradução de Adauto Vilella. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 123.

⁶³ WALDRON, Jeremy. **A essência da Oposição ao *Judicial Review***. Tradução de Adauto Vilella. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 144.

Em casos de discordância, não há direitos negados ou sobreposições de direitos. Não há tirania quando a decisão da maioria da comunidade prevalece em detrimento da opinião de um pequeno grupo de indivíduos não satisfeitos com a decisão.

Assim, na visão de Jeremy Waldron, o *judicial review* não é apropriado em sociedades democráticas porque o problema não está na disfunção das instituições legislativas, e sim, na discordância sobre direitos que a sociedade se atém. A legitimidade da supremacia do Legislativo, como sistema ideal de tomada de decisões se dá, assim, porque este respeita o ideal de igualdade decisória dos membros da sociedade. Portanto, um sistema efetivamente democrático.

CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a fazer uma contraposição entre as teorias dos professores Ronald Dworkin e Jeremy Waldron sobre a legitimidade para tomada de decisões na busca pela concretização de ideais constitucionais.

O cenário atual das democracias contemporâneas tende a adotar o controle jurisdicional de constitucionalidade, portanto, a teoria defendida por Ronald Dworkin seria mais favorável de ser acolhida. Assim, o *judicial review* se tornaria um sistema pelo qual a minoria se socorreria em detrimento de um possível prejuízo que as decisões tomadas por instituições legislativas, em nome da maioria, tenham lhes causado.

Embora o instituto do *judicial review* traga arraigado consigo a ideologia de melhor percepção dos juízes e instituição com boa estrutura para dar respostas certas quanto às questões constitucionais controversas, a hipótese inicial desse trabalho é a de que dentro das premissas adotadas pelo Jeremy Waldron, a legitimidade para soluções de conflitos advindos de desacordos sobre leis é do Poder Legislativo porque o Judiciário tem deficiências no processo democrático, como, por exemplo, a criação de precedentes que tornam as leis letras mortas.

As críticas do professor Jeremy Waldron ao controle judicial de constitucionalidade e sua procura por dignidade da legislação através das quatro pressuposições que ele estabelece para tanto, são justificativas suficientes para

considerar sua teoria de decisão por meio do legislativo representativo, processo legítimo para tomada de decisões incontestadas, em sociedades livres e democráticas, um processo moral de tomada de decisões coletivas.

Assim, se levado em consideração a teoria de Waldron sobre desacordos morais de direitos, as quatro pressuposições que ele estabelece para legitimar sua teoria de supremacia do legislativo e seus argumentos para criticar o *judicial review*, a hipótese inicialmente estabelecida nesse artigo se confirma. Portanto, nesse diapasão, a legitimidade para tomada de decisões, em sociedades democráticas, fundadas na soberania popular, sem dúvidas, é do Poder Legislativo, confirmando-se a teoria de Jeremy Waldron.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Saraiva: São Paulo, 2009.

_____. **O controle constitucional no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6 edição. Saraiva: São Paulo, 2012.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: junho de 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3 edição. Saraiva: São Paulo, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz. Martins Fontes: São Paulo, 1999.

_____. **Levando os Direitos à Sério**: Tradução e Notas de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 edição. Martins Fontes: São Paulo, 2005.

_____. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana.** Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonzo Munoz. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 39 edição. Saraiva: São Paulo, 2013.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito.** Saraiva: São Paulo, 2014.

HÜBNER MENDES, Conrad. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo – USP, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9 edição. Saraiva: São Paulo, 2014.

POLI, Vinícius José. **Controle de Constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo.** Dissertação de Mestrado - Universidade de São Paulo – USP, 2012.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Dialogo institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição.** Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2013.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A essência da Oposição ao *Judicial Review*.** Tradução de Adauto Vilella. Revisão da tradução: Eliana Valdares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade.** Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.