

**V CONGRESSO NACIONAL DA  
FEPODI**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – FEPODI**

**Presidente** - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

**1º vice-presidente:** Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

**2º vice-presidente:** Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

**Secretário Executivo:** Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

**Tesoureiro:** Sérgio Braga (PUCSP)

**Diretora de Comunicação:** Vivian Gregori (USP)

**1º Diretora de Políticas Institucionais:** Cyntia Farias (PUC-SP)

**Diretor de Relações Internacionais:** Valter Moura do Carmo (UFSC)

**Diretor de Instituições Particulares:** Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

**Diretor de Instituições Públicas:** Nevitton Souza (UFES)

**Diretor de Eventos Acadêmicos:** Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

**Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu:** Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

**Vice-Presidente Regional Sul:** Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

**Vice-Presidente Regional Sudeste:** Jackson Passos (PUCSP)

**Vice-Presidente Regional Norte:** Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

**Vice-Presidente Regional Nordeste:** Osvaldo Resende Neto (UFS)

#### **COLABORADORES:**

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

---

A532

Anais do V Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ UFMS

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: FEPODI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-396-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Ética, Ciência e Cultura Jurídica.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ética. 3. Ciência. V Congresso Nacional da FEPODI (5. : 2017 : Campo Grande - MS).

CDU: 34



## V CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

---

### **Apresentação**

Apresentamos os Anais do V Congresso Nacional da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito, uma publicação que reúne artigos criteriosamente selecionados por avaliadores e apresentados no evento que aconteceu em Campo Grande (MS) nos dias 19 e 20 de abril de 2017, com apoio fundamental do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Variadas problemáticas jurídicas foram discutidas durante o evento, com a participação de docentes e discentes de Programas de Pós-Graduação em Direito e áreas afins, representando diversos estados brasileiros. Em seu formato, com espaço para debates no âmbito dos 17 grupos temáticos coordenados por docentes de diversos programas de pós-graduação, o evento buscou estimular a reflexão crítica acerca dos trabalhos apresentados oralmente pelos pesquisadores.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos da FEPODI, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Estamos orgulhosos com a realização do V Congresso da FEPODI e com a possibilidade de oferecer aos pesquisadores de todo o país mais uma publicação científica, que representa o compromisso da FEPODI com o desenvolvimento e a visibilidade da pesquisa e com busca pela qualidade da produção na área do direito.

Campo Grande, outono de 2017.

Profa. Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do V Congresso da FEPODI

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UFMS

Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes

Presidente da FEPODI



**DIREITO, CONTROLE JUDICIAL E DEMOCRACIA: O DEBATE ENTRE AS  
TEORIAS DEMOCRÁTICAS DE JEREMY WALDRON E RONALD DWORKIN**  
**LAW, JUDICIAL CONTROL AND DEMOCRACY: THE DISCUSSION BETWEEN  
THE DEMOCRATIC THEORIES OF JEREMY WALDRON AND RONALD  
DWORKIN.**

**Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro  
Pietra Galutty Bezerra De Castro  
Sandro Alex De Souza Simões**

**Resumo**

O presente artigo realiza um estudo crítico de dois modelos democráticos antagônicos apresentados pelo aparato conceitual das teorias de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin. Por intermédio de pesquisa bibliográfica, o trabalho centra-se na análise do controle judicial de constitucionalidade no debate realizado entre os autores supracitados acerca da revisão judicial da legislação, em um cenário político no qual o Poder Judiciário destaca-se institucionalmente, em contraste à crise de confiança que recai sobre as instituições democrático-majoritárias.

**Palavras-chave:** Revisão judicial, Democracia, Controle de constitucionalidade, Ronald dworkin, Jeremy waldron

**Abstract/Resumen/Résumé**

The present article makes a critical study in analysis to two antagonistic democratic models presented by the theoretic support of Jeremy Waldron and Ronald Dworkin. The issue of judicial control of constitutionality will be questioned in the debate between the aforementioned authors about judicial review of legislation, in a current political scenario in which the increasingly prominent role of the Judiciary ascends in contrast to the crisis of confidence that falls on the essentially democratic institutions.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Key words: judicial review, Democracy, Control of constitutionality, Ronald dworkin, Jeremy waldron

## INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva tratar do debate travado entre dois autores da teoria e filosofia do Direito, Jeremy Waldron e Ronald Dworkin, em torno de um arranjo institucional cada vez mais presente nas sociedades democráticas contemporâneas: os mecanismos de revisão judicial da legislação (*judicial review of legislation*). Confronta-se a realidade do papel cada vez mais destacado que tais mecanismos têm assumido nos debates políticos sobre a democracia, com a possibilidade de uma corte constitucional oferecer a palavra final em matéria de moralidade política. O foco dos estudos centra-se no modelo forte de revisão judicial (*strong judicial review*), considerado como uma espécie de arranjo institucional que dá aos juízes a prerrogativa de realizar juízos morais capazes de se sobrepor às decisões legislativas, o que na prática dá também aos tribunais a possibilidade de deixar de aplicar a legislação aprovada conforme os procedimentos democráticos, ou mesmo invalidá-la mediante decisão de uma Corte Suprema.

Para tanto, parte-se da análise de duas concepções democráticas distintas que chegam a conclusões divergentes acerca da legitimidade de fato presente no mecanismo de revisão judicial da legislação, a saber, se tal mecanismo é ou não compatível e pertinente em uma sociedade verdadeiramente democrática que considera os profundos desacordos morais entre os agentes políticos. Este estudo tem o intuito de fortalecer o debate entre teorias que tanto contribuem para o cenário político atual, ao transportar ao cerne da discussão posicionamentos antagônicos que, conseqüentemente, posicionam-se de maneira distinta acerca dos caminhos da judicialização da política e do ativismo judicial, partindo de concepções teóricas também dissonantes: Jeremy Waldron (defensor de um modelo de democracia procedimental e majoritária) e Ronald Dworkin (defensor de um modelo democrático constitucional substantivo que eleva os princípios jurídicos).

Inicialmente, serão discutidas as controvérsias em torno da leitura moral da constituição, método interpretativo do texto legal proposto por Ronald Dworkin e que é questionado por Jeremy Waldron, que defende ser este um método arbitrário que confere poderes excessivos aos juízes. A partir desta análise, o artigo se desenvolve com o estudo crítico dos diferentes modelos de democracia defendidos pelos mesmos autores, com as devidas considerações dos pontos mais relevantes para melhor compreender a estrutura teórica que sustenta as conclusões diferentes acerca da revisão judicial. Feito isso, o estudo segue para a análise dos argumentos em torno do debate sobre a revisão judicial da legislação (*judicial review of legislation*), a saber, Jeremy Waldron como defensor da ilegitimidade democrática deste mecanismo, ao passo que Ronald Dworkin defende a compatibilidade entre revisão judicial e democracia, na medida em que considera que tal mecanismo pode tornar a sociedade ainda mais democrática. Também

será discutido o embate entre o modelo majoritário e a defesa dos direitos de grupos minoritários – com ênfase às respostas oferecidas por Jeremy Waldron em sua defesa aos procedimentos democráticos como melhores respostas diante dos profundos desacordos em sociedade, e como eles não ensejam na derrocada dos direitos das minorias. Por fim, serão feitas considerações críticas acerca da crise de confiança nas instituições essencialmente democráticas e de que forma isto macula a própria concepção de democracia representativa.

## **1 OS MODELOS DE DEMOCRACIA EM WALDRON E DWORKIN**

### **1.1 JEREMY WALDRON E SEU MODELO MAJORITÁRIO E PROCEDIMENTAL DE DEMOCRACIA**

Jeremy Waldron desenvolve sua teoria com uma intenção basilar de incluir os profundos desacordos morais em sociedade no centro de suas concepções teóricas sobre o direito, e desenvolvê-las em respeito a eles. Os desacordos ganham destacada importância em sua teoria, pois são considerados como os verdadeiros traços distintivos, o ponto de partida e condição necessária, do fenômeno político – considera também os desacordos como os traços mais importantes das democracias contemporâneas. Portanto, seu aparato teórico abraça o desafio de reinterpretar algumas perspectivas tradicionais do direito sob a ótica dos desacordos. Para tanto, 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 diversos em suas concepções sobre direitos e moralidade política, logo, as decisões do direito sobre questões morais controversas devem levar em igual consideração tais opiniões diversas.

*No una sola persona, sino un pueblo; que la mía no es la única mente trabajando en el problema al que nos enfrentamos; que son muchas las inteligências diversas; y que pensar que la gente razonable discrepará no es algo imprevisto, innatural ni irracional. (WALDRON, 2005, p. 135)<sup>1</sup>*

Dessa forma, Waldron argumenta que as grandes mudanças sociais e políticas na história democrática recente se deram com base em desacordos, com o fato de que pessoas diferentes podem promover mudanças na ordem social no momento em que discordam. Assim, a sua teoria eleva a importância do Parlamento para o direito, considerado órgão representativo das opiniões diversas da população, na medida em que é capaz de pôr em igual consideração tais perspectivas, tratando-as da forma mais razoável possível, mesmo com as profundas

---

<sup>1</sup> Não uma só pessoa, mas sim um povo; que a minha não é a única mente trabalhando no problema que enfrentamos; que são muitas as inteligências diversas; e que pensar que as pessoas razoáveis discordarão não é algo imprevisto, não-natural nem irracional (tradução nossa).

diferenças que as separam. O Parlamento, na teoria do presente autor, é considerado o órgão que de maneira mais latente é capaz de refletir os desacordos da sociedade marcada pela diversidade, pelo pluralismo cultural, social e econômico. Os Parlamentos são as instituições que refletem verdadeiramente estas realidades distintas, pois existe em um contexto de desacordos latentes. A autoridade de uma lei, elaborada sob a égide do Parlamento, não é particular, pois a deliberação trata dos pontos de vista distintos enquanto coletividade. Entretanto, Waldron afirma que a teoria do direito contemporânea raras vezes atribui relevância à legislação em si mesma como base para o desenvolvimento e progresso jurídico, em um fenômeno intitulado “marginalização da legislação” – que ignora a legislação em si mesma em nome da interpretação judicial, transferindo as atenções aos altos tribunais, tidos como os segmentos mais importantes da política democrática.

O autor eleva a importância da deliberação para a decisão de questões morais controversas marcadas por profundos desacordos, considerando que uma deliberação só é satisfatória quando capaz de permitir que as vozes dissonantes sejam escutadas – como uma forma de representação equitativa da diversidade. Portanto, é responsabilidade do Parlamento promover procedimentos decisórios que permitam que os desacordos sejam considerados, por meio de regras e procedimentos que organizem o debate e promovam uma deliberação satisfatória entre pessoas com profundas diferenças ideológicas. É claro que os resultados são importantes, mas eles devem respeitar as regras e procedimentos que são aplicadas a todos indistintamente, em vista de promover um debate organizado no qual os indivíduos possam ter igual participação.

Em vista de promover uma teoria do direito compatível com o ideal de autogoverno democrático, Jeremy Waldron eleva o direito de participação como “direito dos direitos” – o direito que o indivíduo possui de participar de forma igualitária no processo de criação das leis. Nesse sentido, seu modelo de democracia, denominado de majoritário e procedimental, seguirá a lógica da sua própria concepção de direitos. Para o autor, uma sociedade verdadeiramente democrática deve ordenar-se em respeito aos profundos desacordos entre os indivíduos, logo, o método de tomada de decisões, quando diante de questões morais controversas, deve respeitar também a essa característica – para Waldron, o método majoritário se apresenta como o mais razoável para chegar-se a uma solução coletiva que respeite as distintas vozes em sociedade e eleve o direito de participação igualitária dos indivíduos. O mecanismo majoritário é considerado pelo autor como um procedimento equitativo de tomada de decisões políticas, na medida em que proporciona igual peso ao ponto de vista de cada pessoa e atribui a ele máxima importância – tal mecanismo seria razoável no contexto do que o autor denomina como



“circunstâncias da política”. A saber, o debate político é diferente de qualquer outro, uma vez que resulta em uma decisão que afeta, direta ou indiretamente, a todos os indivíduos em sociedade.

Nesse sentido, a concepção majoritária da democracia considera insultantes e desrespeitosos para com a igual dignidade das pessoas, considerando o direito de participação igualitária e o ideal de autogoverno democrático, as intenções de defender um sistema de controle judicial – tal mecanismo contramajoritário violaria os próprios valores que os indivíduos buscam defender em sociedades democráticas. Qualquer mácula a este procedimento majoritário ensejaria em um comprometimento do ideal de autogoverno. Segundo Waldron (2005, p. 131) a decisão majoritária respeita as pessoas de duas maneiras: tem 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 contemple os desacordos. A regra da maioria se sustentaria no ideal de legitimidade democrática, a partir do reconhecimento de cada cidadão como sujeito de direito passível de contribuir, a partir de suas concepções morais responsáveis, em um debate onde nada resulta auto-evidente, no qual o procedimento atribuiria o maior peso possível à opinião de cada pessoa.

Diante da impossibilidade do consenso, haja vista a realidade latente dos desacordos, Waldron defende uma concepção de autoridade baseada na igualdade democrática do procedimento. No sentido de que o governo democrático existe em função do povo, logo, os indivíduos não deveriam ser privados de terem as suas opiniões igualmente consideradas, quando da existência de um caso concreto sob o qual pairam profundas divergências sobre o que seria justo e correto. Um instrumento decisório que ignore a existência dos desacordos e que não permite que as opiniões divergentes sejam consideradas seria antidemocrático e prejudicial ao ideal de autogoverno, no momento em que restringe o direito de participação igualitária dos indivíduos no processo de criação nas leis. Jeremy Waldron, assim como outros autores que fazem parte da sua corrente teórica, não confere legitimidade e não reconhece nenhum conhecimento super-humano na figura do juiz, que minimamente justifique o arranjo institucional que permite que suas opiniões sobre o direito e sobre o bem comum se sobreponham ao ideal coletivo da população.

## 1.2 RONALD DWORKIN E SEU MODELO DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E SUBSTANTIVA

Ronald Dworkin desenvolve seu modelo de Democracia com o intuito de oferecer uma alternativa ao modelo majoritário, considerado pelo autor, entre outras coisas, como prejudicial

aos direitos das minorias, no momento em que oferece autoridade suprema às maiorias decisórias – o autor considera não existir uma relação necessária entre a garantia de direitos e a vontade da maioria. Nesse sentido, o autor defende a concepção constitucional da democracia, a qual oferece um objetivo distinto que a democracia deve perseguir: não significa o abandono dos procedimentos, mas a 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 ideais puramente procedimentais, Dworkin defende a prevalência de ideais substantivos. Para o autor, o melhor sistema é aquele que, de maneira mais provável, consegue promover decisões substantivas que expressem igual consideração (*equal concern*) pelos indivíduos. Conforme argumenta o autor, seu objetivo é oferecer uma concepção dependente de democracia, que “presume que a melhor forma de democracia é a que tiver mais probabilidade de produzir as decisões substantivas que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração e respeito” (DWORKIN, 2005, p. 255). Ademais, o autor não compreende a coletividade como um mero computo estatístico, conforme considera que a premissa majoritária o faz, mas sim como uma coletividade que possui pertencimento moral. Portanto, o autor critica o método majoritário por não considerá-lo suficiente para promover, em todos os casos, a igual dignidade das pessoas.

Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas. (DWORKIN, 2006, p. 26).

A falibilidade dos procedimentos majoritários, conforme apontadas por Dworkin, seria o que justificaria a adoção de mecanismos de leitura moral, tais quais a revisão judicial da legislação. A conclusão que se chega é que o autor parece colocar a adoção do mecanismo contramajoritário como uma alternativa em casos onde o procedimento majoritário não se mostre satisfatório, no entanto, a aplicação de sua teoria ainda assim não trataria tal transferência como exceção, mas como regra – ocasionaria demasiada liberdade aos juízes e, conseqüentemente, abriria margem para arbitrariedades. No entanto, conforme Dworkin responde seus críticos, a democracia não pode ser reduzida à vontade da maioria, que de forma tirânica impõe as suas vontades e por este motivo seria plausível transferir a decisão sobre questões controversas para as mãos de juízes, que seguindo à risca os ensinamentos da leitura moral, não poderiam de forma alguma decidir com base em suas próprias convicções.

A democracia assume aqui um sentido distinto e mais abrangente, o ideal de autogoverno deve abarcar o ideal da participação moral. Segundo Dworkin (2006, p. 35), a

Democracia assume um sentido comunitário, no qual a verdadeira democracia, se de fato é o governo do povo, deve estar fundamentada na participação moral. O autor elenca algumas condições para que o seu modelo de democracia exista enquanto tal, são condições de participação moral: a primeira delas determina condições do tipo estrutural, quais sejam, aquelas que implicam em características que a comunidade deve ter para que possa ser considerada como tal, como por exemplo condições históricas; a segunda delas determina condições de relação, que são aquelas que qualificam como o indivíduo deve ser tratado pela comunidade política, para que possa verdadeiramente ser considerado como seu membro moral – por exemplo, a participação em decisões coletivas confere ao indivíduo um sentimento de pertencimento àquela comunidade; a terceira delas, considerada pelo autor como essencial, é a independência moral, ou seja, a perspectiva de que cada membro de uma determinada comunidade política podem considerar uns aos outros como “sócios num empreendimento conjunto” (DWORKIN, 20005, p. 39), onde estes possuem as mesmas atribuições e o mesmo propósito, mesmo que nem todos concordem acerca das razões que o justificam.

Dessa forma, uma verdadeira comunidade política é aquela formada por agentes morais independentes, que segundo Dworkin (2006, p. 40), não podem conferir responsabilidade a um grupo sobre as decisões de questões que os envolvem diretamente, mesmo que tais agentes morais possuam votos iguais aos demais no processo de deliberação. Ademais, a perspectiva de que uma única decisão possa ser dotada de autoridade por todos os membros da comunidade é aceita pelo autor, que considera não haver, a partir dessa perspectiva, nada que ponha em perigo a possibilidade de escolha do indivíduo acerca do seu modo de vida, consideradas as opções que lhe restam após a tomada de decisão – mesmo se ocorrer de seus pontos de vistas serem derrotados, o indivíduo pode considerar que participou de um esforço coletivo para a resolução de tais questões. Saber se houve ou não burla à democracia, segundo o autor, depende inteiramente de uma análise sobre se o tribunal tomou ou não a decisão correta, ou seja, a democracia pode ser beneficiada pela decisão de um tribunal se uma lei antidemocrática for afastada – o prejuízo à democracia ocorreria somente se um tribunal, investido de autoridade, promove uma decisão incorreta acerca do que é exigido pelos valores democráticos. Portanto, seria plausível atribuir decisões controversas aos tribunais e não limitar as perspectivas ao fato deles serem ou não órgãos com legitimidade democrática, tal qual o Parlamento – esse ponto se tornaria insignificante se comparado ao fato de que os tribunais podem tomar boas e justas decisões para o ambiente democrático.

## **2 DUAS CONCEPÇÕES DISTINTAS SOBRE A REVISÃO JUDICIAL DA LEGISLAÇÃO**

A revisão judicial da legislação (*judicial review of legislation*) é uma prática, adotada em muitos dos sistemas democráticos contemporâneos, que confere autoridade de afastar um texto legislativo, ou mesmo mudar a interpretação deste, a um juiz, enquanto intérprete da lei, ou, em última instância, a uma Corte Suprema. A saber, é um mecanismo que permite que questões morais controversas, sobre as quais os indivíduos em sociedade discordam, sejam discutidas em âmbito judicial, do qual partirá uma decisão que surtirá efeito vinculante ao direito. Acerca deste mecanismo, pairam questionamentos quanto a sua legitimidade em sociedades verdadeiramente democráticas, no momento em que se desconfia da transferência decisória do âmbito legislativo ao âmbito judiciário.

## 2.1 JEREMY WALDRON E A ILEGITIMIDADE DO JUDICIAL REVIEW

Jeremy Waldron critica o mecanismo de revisão judicial (*judicial review*) com base em dois argumentos precípuos: em primeiro lugar, argumenta que não há razão para supor que os direitos serão melhor protegidos por essa prática, do que seriam, por exemplo, por legislações democráticas; em segundo lugar, mesmo considerando-se os resultados que essa prática pode ensejar, a revisão judicial é democraticamente ilegítima. A questão circunda a realidade percebida de que, em alguns casos, a revisão judicial enseja em más decisões (decisões que não condizem com o ponto de vista coletivo), o que faz com que tal mecanismo sofra de um déficit democrático, uma vez que não reflete os desacordos em sociedade e não condiz com o posicionamento que seria adotado caso a população pudesse deliberar sobre a questão moral em contenda. Em síntese, para o autor a revisão judicial da legislação é inapropriada enquanto modo de decisão final sobre questões morais controversas em sociedades livres e democráticas – questões sobre as quais as pessoas discordam de forma natural, tais como a permissão do aborto, ações afirmativas, casamento homossexual, entre outras. De modo que ensinaria em uma burla ao ideal de autogoverno democrático, no momento em que se retira o direito de participação igualitária que as pessoas possuem para deliberar sobre a questão controversa, conferindo ao tribunal a prerrogativa de decidir sobre o que seria correto e aplicável ao caso concreto.

O autor argumenta que, em sistemas onde prevalece a prática da revisão judicial as pessoas, ou os seus representantes políticos, podem até tratar das questões morais controversas se assim desejarem, mas não possuem nenhuma segurança de que suas decisões irão prevalecer, pois mesmo que pessoas que discordam resolvam tratar de determinada matéria, a decisão que prevalecerá será a dos juízes. Jeremy Waldron expõe seu posicionamento acerca de tal prática e sua inconformidade com o modelo de democracia que acredita ser o mais razoável:

*And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights. (WALDRON, 2006, p. 1353)<sup>2</sup>*

Waldron concentra as suas críticas no que denomina como modelo forte de revisão judicial (*strong judicial review*), no entanto, diferencia este do modelo fraco de revisão judicial (*weak judicial review*) que não será, de maneira predominante, alvo de seus questionamentos. A revisão judicial em sentido forte confere autoridade aos tribunais para não aplicarem uma lei em um caso particular, mesmo quando tal lei poderia ser perfeitamente aplicada, ou mesmo autoridade para modificar os efeitos da lei para supostamente deixá-la em conformidade com os direitos individuais em pauta, de uma forma que a lei por si só não prevê – os tribunais inseridos nesse sistema possuem autoridade para afastar a aplicação da lei e esta lei pode se tornar letra morta. Conforme o autor alerta, um sistema ainda mais forte de revisão judicial da legislação poderia inclusive de fato retirar um pedaço da legislação do aparato normativo do direito. Por outro lado, a revisão judicial em sentido fraco pode até examinar a legislação acerca da sua conformidade com direitos individuais, mas isso não confere autoridade aos tribunais para deixar de aplicá-la ou reduzir os seus efeitos sob pena de violação de muitos outros direitos. Nesse sentido, segundo o autor, o espírito que anima a defesa da revisão judicial em nome de supostas leis que, aplicadas ao caso concreto, violariam direitos individuais é o mesmo espírito que violaria valores como o federalismo e o princípio da separação dos poderes. Waldron (2006, p. 1389) elabora uma série de argumentos contrários ao mecanismo de revisão judicial, no entanto, alerta que toda a sua linha argumentativa não foi feita para ser aplicada em sistemas eleitorais que sofram de problemas estruturais patológicos ou incorrigíveis – pois estes, por si só, estariam maculando a democracia.

Ao passo que o Waldron (2006, p. 1360) defende seus argumentos contra a revisão judicial da legislação, o mesmo considera que tais argumentos contrários estão sujeitos ao cumprimento de algumas condições – se alguma dessas condições falhar, o pilar argumentativo contra a revisão judicial não se sustentará. São estas quatro condições: a primeira requer instituições democráticas que possuam razoavelmente um bom funcionamento, necessitando de um sistema representativo baseado no sufrágio universal – o sistema pode até não ser perfeito, mas deve contar com uma cultura democrática marcada pela deliberação responsável e pela igualdade política; a segunda requer a existência de instituições judiciais independentes, que

---

<sup>2</sup> E é politicamente ilegítimo, ao menos no que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a votação majoritária entre um pequeno número de juízes não eleitos e inexplicáveis, priva os cidadãos comuns e elimina princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões sobre direitos (tradução nossa).

também possuam razoável bom funcionamento, e que estejam pautadas em bases não-representativas para escutar as arguições sobre direitos individuais, capazes de organizar as disputas e sustentar o império do direito – assim como outros membros da sociedade, os juízes também discordam uns com os outros sobre os direitos individuais e de minorias; a terceira requer um compromisso da parte da maioria dos membros da sociedade com a ideia dos direitos individuais e direitos das minorias – as pessoas devem aceitar que alguns indivíduos possuem interesses e liberdades que não deve ser negadas simplesmente por ser mais conveniente para a maioria das pessoas negá-las; a quarta requer a existência de desacordos persistentes e de boa-fé sobre os direitos – a existência de um dissenso substancial acerca do que os direitos são e o que representam. Por fim, argumenta o autor, nos casos em que essas condições se sustentarem, a transferência decisória de questões morais controversas para o âmbito dos tribunais é fraca e sem fundamento, e ao final não há a real necessidade de decisões sobre os direitos realizadas pela legislação serem revisadas pelos juízes – permitir que decisões judiciais, nesses casos específicos, se recusem a aplicar a legislação não satisfaz importantes critérios de legitimidade política. Há sempre algo que se perde, do ponto de vista democrático, quando decisões que afetam a todos indistintamente, e que portando deveriam respeitar de forma igual as diferentes opiniões em sociedade, são proferidas por juízes que contemplam apenas sua concepção acerca do caso concreto.

*This is partly because the legitimacy of judicial review is itself so problematic. Because judges (like the rest of us) are concerned about the legitimacy of a process that permits them to decide these issues, they cling to their authorizing texts and debate their interpretation rather than venturing out to discuss moral reasons directly. (WALDRON, 2006, p. 1381)<sup>3</sup>*

Algumas vertentes críticas defendem a arbitrariedade do procedimento majoritário como argumento para fortalecer a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. Para Waldron, esta é uma estratégia infundada, pois os tribunais podem se estruturar como órgãos colegiados, cujos membros também discordam mesmo após discutirem sobre determinada matéria – e frente a esta discordância, os juízes também decidem mediante uma votação por decisão majoritária. A diferença entre os dois órgãos, o Parlamento e os Tribunais, está em quem elege os seus membros, e não no procedimento decisório que utilizam. Em vistas de confirmar que o mecanismo de controle judicial é em si antidemocrático, Waldron afirma que esse nega a perspectiva do autogoverno democrático ao retirar das mãos do povo importantes

---

<sup>3</sup> Em parte é por isso que a legitimidade da revisão judicial é por si só tão problemática. Porque juízes (assim como o resto de nós) estão preocupados com a legitimidade de um processo que lhes permite decidir essas questões, eles se apegam aos seus textos de autorização e debater a sua interpretação, em vez de aventurar-se a discutir diretamente razões morais (tradução nossa).

decisões sobre questões morais essencialmente controversas. Para o autor, as correntes que procuram promover tal mecanismo poderiam, de forma mais provável, ignorar os próprios valores democráticos e ensejar em uma espécie de aristocracia judicial.

## 2.2 RONALD DWORKIN E A LEGITIMIDADE DO JUDICIAL REVIEW

Ronald Dworkin defende que um sistema de revisão judicial da legislação não é prejudicial ao ideal de democracia, ao contrário, permitiria um vínculo entre os direitos e a legalidade, conseqüentemente proporcionando a liberdade (VERBICARO, 2005). Logo, para o autor há uma compatibilidade entre democracia, direitos fundamentais e o mecanismo de controle judicial de constitucionalidade das leis – aqui definido simplesmente como revisão judicial (*judicial review*). Não é incomum, tampouco acidental, que as democracias contemporâneas se inclinam quase que de forma instintiva a acolher mecanismos de controle judicial – as pessoas fariam isso não porque se sintam intranquilas ou inseguras acerca da democracia, mas porque mecanismos que combinem a legislação, os direitos fundamentais e o controle judicial de constitucionalidade oferecem maiores garantias de que os direitos continuarão a ser respeitados em um ambiente verdadeiramente democrático. Segundo o autor: “a democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham” (DWORKIN, 2006, p. 10). Dessa forma, deixar que as decisões sobre questões moralmente controversas sejam tomadas por juízes responsáveis não significa um menosprezo à democracia, mas faz com que a sociedade seja mais justa do que seria se tais decisões fossem deixadas às mãos de instituições majoritárias. Um sistema no qual as decisões finais sobre questões de princípios são deixadas a cargo dos juízes poderia inclusive fortalecer o caráter participativo da comunidade política. Para Dworkin (2006, p. 49-50), saber se mecanismo de revisão judicial melhora ou não a democracia, saber se é ou não antidemocrático, depende inteiramente da análise sobre a decisão judicial ser correta ou não – uma vez que seja afastada uma lei que era realmente incompatível com os direitos necessários para a democracia, a própria democracia será beneficiada pela decisão do tribunal. No entanto, se ficar comprovado que o tribunal tomou uma decisão incorreta acerca das exigências que a própria democracia faz, então todo o seu argumento não se sustenta – por outro lado, o autor afirma que a possibilidade de proferir a decisão incorreta é simétrica se relaciona-se o Tribunal e o Parlamento, portanto não há razões para a premissa majoritária ser defendida nesses casos.

Dworkin acredita que o direito deve orientar suas concepções baseando-se essencialmente nos resultados que podem ser alcançados pelas decisões – em qualquer sociedade contemporânea podem surgir questionamentos sobre se a legislação entra em conflito com princípios democráticos, logo, deve-se atribuir a decisão destas questões a qualquer

instituição que as possa responder, com maior probabilidade, de forma correta. O autor diz ainda que pode até ser que em alguns países essa instituição seja o Parlamento, mas existem razões para pensar que o Parlamento não é o órgão mais legítimo para proteger os direitos relacionados à democracia, uma vez que atua a partir da perspectiva majoritária.

O autor desenvolve uma teoria em favor da revisão judicial que condiz com a sua concepção acerca do melhor modelo de democracia, em defesa dos valores substantivos ao invés do que considera ser o mero tecnicismo dos valores procedimentais. Sendo assim, não considera que o mecanismo de controle judicial viole sequer os ideais federalistas e democráticos, uma vez que produz um modelo muito melhor de Democracia – no qual o igual respeito e consideração aos direitos das pessoas são de fato postos em prática pelo Direito. Dworkin, em defesa da revisão judicial, eleva a perspectiva da proteção aos direitos das minorias, que não seriam respeitadas quando da adoção da concepção majoritária.

## **CONCLUSÃO**

Conforme Ronald Dworkin afirma, a democracia é um conceito interpretativo sob o qual sempre haverá controvérsias. O trabalho procurou apresentar um debate contemporâneo sobre um arranjo institucional que confere aos juízes a prerrogativa de realizar a revisão judicial da legislação, mecanismo este que se pode afirmar como consolidado nas principais democracias ocidentais, mas que ainda assim é passível de questionamentos sob sua conformidade com os valores democráticos os quais a sociedade buscou garantir por meio da carta constitucional. No entanto, na atualidade, sofre-se ainda de uma crise de confiança nas instituições essencialmente democráticas, a saber, a desconfiança dos representados para com os seus representantes, e isto justificaria (conforme apontam alguns argumentos) a constante transferência decisória do âmbito legislativo ao âmbito judiciário. Esta crise institucional não só enseja uma violação aos direitos democráticos que os indivíduos possuem, tais quais o direito de participação igualitária no processo de criação das leis que os governam, como fere a própria essência da democracia representativa, que apresenta-se vulnerável nesta estrutura no momento em que o indivíduo constata que suas opiniões e desacordos não estão sendo realmente considerados. Porém, entende-se que a democracia, enquanto governo do povo, deve respeitar todos os cidadãos indistintamente já que todo o aparato estatal existe para o fim último de promover a democracia – logo, a sociedade não deve assumir uma postura passiva frente a existência de um poder legislativo não-funcionante (considerado por muitos como âmbito corruptível em que não são promovidas transformações sociais de fato), pelo contrário, os indivíduos devem assumir ativamente a postura de promover as mudanças em regimes políticos com os quais não concordem, ou que acreditam não atendem seu fim precípuo. A solução não está, pelo menos a



longo prazo, na transferência decisória anteriormente narrada, mas na capacidade de reclamar o pleno funcionamento das instituições democráticas e o respeito aos desacordos em sociedade. O indivíduo precisa se reconhecer enquanto autor e destinatário de seus próprios direitos – o sistema político perde sua razão de ser no momento em que não é capaz de oportunizar a participação política dos cidadãos e a garantia de direitos, mesmo quando sobre eles pairam profundas e enraizadas controvérsias.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a Leitura Moral da Constituição Norteamericana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **La Democracia es posible: princípios para um novo debate político**. Trad. Ernest Weikert García. 1 ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008.

\_\_\_\_\_. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Domínio Da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Justiça Para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

FERNANDES, Renan Barbosa. **Controle de Constitucionalidade e Democracia no debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron** [trabalho de conclusão de curso]. São Paulo: Universidade de São Paulo, Curso de Direito, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; 2013.

VERBICARO, Loiane Prado. **A Judicialização da Política à luz da Teoria de Ronald Dworkin**. In: CONPEDI, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

\_\_\_\_\_. VERBICARO, Loiane Prado; VAZ, Celso. **O Perigo da Excessiva Judicialização da Política: o Debate entre Substancialistas e Procedimentalistas**. Revista Política Hoje, Vol. 23, número 2, 2015.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y Desacuerdos**. Tradução José Luís Martí e Áqueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

\_\_\_\_\_. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. **The Core Of The Case Against Judicial Review**. The Yale Law Journal, 115, 2006.

\_\_\_\_\_. **Judges as Moral Reasoners**. International Journal of Constitutional Law, vol. 7, n. 1, 2009.