

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

FILOSOFIA DO DIREITO

MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA

MARIA CLARA CALHEIROS

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 – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F478

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Maria Clara Calheiros; Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-491-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Pensamento jurídico. 3. Justiça Social.
VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

A coletânea que se apresenta ao leitor é o conjunto de textos expostos e debatidos no Grupo de Trabalho de Filosofia do Direito, do VII Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido na Universidade do Minho, na cidade de Braga, em Portugal. O Grupo propôs-se a apresentar um panorama histórico da filosofia do direito, tratando de temas como humanismo jurídico, juspositivismo e jusnaturalismo, direito e justiça, direito e ideologia, direito e fraternidade, direito e linguagem, principais correntes do pensamento jurídico contemporâneo, hermenêutica, crítica do direito, conhecimento extra-lógico do direito, filosofia do direito no Brasil, dimensões éticas e políticas do direito.

Contou com a apresentação e o debate de sete trabalhos que contemplaram diferentes correntes de pensamentos, textos esses escritos por autores originários de universidades brasileiras. Conforme a ordem aqui estabelecida para a publicação, os primeiros trabalhos analisam sistemas de pensamento, seguidos de reflexões que tratam de abordagens filosóficas aplicadas a questões de democracia e direitos humanos.

Sob o título de A essência da lei e a diversidade das leis: diálogo entre os paradigmas de São Tomás e Habermas, José Marcos Miné Vanzella, Lino Rampazzo refletem sobre a temática da essência da lei e da diversidade das leis, a partir do pensamento de São Tomás de Aquino. Discutem como elementos conceituais apresentados por São Tomás, continuam presentes no pensamento de Habermas e as suas modificações para justificar as ordens jurídicas atuais. Consideram os autores as circunstâncias de um teólogo que faz filosofia metafísica numa sociedade teocêntrica, e, de outro, um filósofo contemporâneo agnóstico que desenvolve a teoria do agir comunicativo em diálogo com a cultura atual.

No artigo “A História do mundo e desenvolvimento do direito: contribuição da filosofia de Hegel”, a autora Cristina Godoy Bernardo de Oliveira e o autor Rafael Meira Silva analisam a contribuição da filosofia hegeliana para se compreender a conexão da história com o desenvolvimento do conceito de direito e justiça. Verificam, no pensamento de Hegel, como aspectos norteadores a liberdade e a tolerância, considerando que para o pensador a concretização da consciência depende da diferença e do outro.

No texto “Hermenêutica analógica: uma heterodoxia ortodoxa nos limites (nem sempre textuais) do estado democrático de direito”, Mauricio Martins Reis apresenta a hermenêutica analógica, na perspectiva do pensador mexicano Jesús Antonio de la Torre Rangel, explicando como ela permite intensificar o que denomina militância crítica pela normatividade dos direitos humanos e sua acolhida diante da premente necessidade de efetivação deles. O autor procura trazer a interface da hermenêutica analógica com a restauração da filosofia prática no novo positivismo e no neoconstitucionalismo, considerada a perspectiva jurisprudencialista do jurista português Castanheira Neves.

Em “Controle de constitucionalidade e democracia: o debate entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin”, Débora Caetano Dahas enfoca o debate Waldron-Dworkin sobre o controle de constitucionalidade, considerando que para Dworkin importa o resultado no modelo democrático, sendo o controle de constitucionalidade instrumento importante para o exercício e a manutenção da democracia. A Autora apresenta a crítica de Waldron à visão de Dworkin sobretudo no que diz respeito ao controle de constitucionalidade para a solução de controvérsias constitucionais e considera, por si, aquele controle compatível com o estado democrático de direito.

Embasado sobretudo no pensamento de Agambem e Foucault, Alessandro Severino Valler Zenni constrói uma reflexão na qual argumenta que apesar dos textos constitucionais, o estado democrático de direito esconde uma “violência racionalizada que faz viver e deixa morrer, reduzindo o humano ao corpo nu sacralizado pelos direitos fundamentais.” No artigo “A a deposição da razão como garantia à dignidade de pessoa humana.” afirma o que se o “agir do humano tende à realização do econômico, e a ciência se vale da espécie para impor seus resultados, capturando-a como meio, a potência de não é o passo inaugural para profanar a razão e suas formas institucionais, abrindo ensejo ao Kairos e uma lei do Cristo singular e superposta à lei positiva que permite o devir pessoal no crer e amar.”

Rodolfo de Freitas Jacarandá analisa a sobreposição de normas em ambientes complexos. No artigo denominado “Sobreposição normativa na Amazônia Brasileira e os desafios para o fundacionalismo universalista em direitos humanos.”, discute a universalidade na aplicação de direitos humanos e os desafios disso em ambientes complexos. Analisa, o Autor, as condições propostas pelas teorias tradicionais do agir normativo e pela teoria do discurso, de Habermas, na proposição de respostas à sobreposição normativa na Amazônia Brasileira. Conclui pela insuficiência das referidas teorias para a solução dos conflitos graves encontrados em ambientes de profunda diversidade social e cultural.

“Sobre direitos humanos e democracia no âmbito global: a proposta de criação de uma corte constitucional internacional.”, apresentado por Maria Lucia de Paula Oliveira, tendo por marcos teóricos sobre temas de direitos humanos e democracia Habermas, Benhabib e Azmanova e o “experimentalismo democrático” de Mangabeira Unger, enfrenta a questão da criação de uma Corte Constitucional Internacional e a sua característica de privilegiar a efetivação dos direitos de participação política no âmbito interno dos Estados, incluindo a transparência do processo eleitoral, as liberdades de comunicação e expressão. Nesse aspecto consiste a inovação da proposta, segundo a Autora.

Os trabalhos são de extraordinária relevância acadêmica. Com os cumprimentos a Autoras e Autores, desejamos a todas e todos excelente leitura.

Braga, verão de 2017.

Maria Clara Calheiros

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA: O DEBATE
ENTRE JEREMY WALDRON E RONALD DWORKIN**

**JUDICIAL REVIEW AND DEMOCRACY: THE DEBATE BETWEEN JEREMY
WALDRON AND RONALD DWORKIN**

Débora Caetano Dahas

Resumo

O presente artigo tem como foco a análise do debate Waldron-Dworkin sobre o Controle de Constitucionalidade. Dworkin vislumbra o modelo democrático conforme seu resultado e vê o controle de constitucionalidade como instrumento importante para o exercício e a manutenção da democracia. Já Waldron critica a visão de Dworkin e aponta diversos problemas na adoção do controle de constitucionalidade para a solução de controvérsias constitucionais. Por fim, objetiva-se abordar o controle de constitucionalidade e sua compatibilidade com o modelo do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Democracia, Controle de constitucionalidade, Constitucionalismo, Ronald dworkin, Jeremy waldron

Abstract/Resumen/Résumé

The present article addresses judicial review and its compatibility with the Democratic State based on the rule of law. Therefore, a comparative study is constructed, through the bibliographical analysis of two authors – Ronald Dworkin and Jeremy Waldron. Dworkin analyses democracy through a result-driven optics and perceives judicial review as an instrument that is not only compatible with democracy, but that also assists the exercise and maintenance of democracy. Waldron, however, criticizes Dworkin's views and exposes what he considers serious problems in adopting judicial review to settle constitutional disagreements.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy, Judicial review, Constitutionalism, Ronald dworkin, Jeremy waldron

INTRODUÇÃO

A discussão acerca da compatibilidade do controle de constitucionalidade e da democracia é, em sua essência, uma discussão entre visões distintas de democracia e constitucionalismo. Os que defendem o constitucionalismo ressaltam o seu caráter de proteção aos direitos fundamentais e restrição à possível atuação do poder legislativo que venha a ofendê-los. Flagrante é a relevância do controle de constitucionalidade, que figura como forma de salvaguardar os cidadãos contra atuação inepta ou arbitrária do Estado. Os que criticam o constitucionalismo apontam uma falta de consenso sobre o seu conceito e criticam a ideia de limitação da soberania popular como característica principal das constituições democráticas.

Nesse contexto, o presente artigo propõe-se a analisar a relação entre constitucionalismo, democracia e o controle de constitucionalidade bem como seus aspectos mais controversos como, por exemplo, o ativismo judiciário.

Inicia-se o trabalho com uma breve análise do conceito de constitucionalismo e sua relação com a democracia, ressaltando-se a tese constitucionalista na teoria de Stephen Holmes. A seguir, estuda-se o surgimento do controle de constitucionalidade no sistema jurídico norte-americano e as discussões geradas a partir daí, dando-se especial importância ao debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

O presente artigo aborda, portanto, as obras desses dois autores, em especial o livro *“Law and Disagreement”* de Jeremy Waldron, *“Levando os Direitos a Sério”* e *“Freedom’s Law”* de Ronald Dworkin, bem como uma ampla pesquisa bibliográfica de autores que estudaram os debates travados entre os dois jus filósofos.

Por fim, analisa-se o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, procurando-se demonstrar a sua relevância e funcionalidade, avaliando-se a compatibilidade do controle de constitucionalidade com o modelo de Estado Democrático de Direito, nos termos defendidos na teoria de Ronald Dworkin.

1 CONSTITUCIONALISMO, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

Destarte, se faz necessário traçar, ainda que de forma sucinta, a relação entre constitucionalismo e democracia. Historicamente, em especial após o fim da Segunda Guerra Mundial, é possível notar a tendência da filosofia jurídica e de certos doutrinadores em compreender a constituição como uma norma jurídica que deve servir como salvaguarde de direitos fundamentais e disciplinadora do exercício da soberania

popular. Importante, entretanto, conceituarmos o constitucionalismo. Nesse sentido, Consoni (2014, p. 2):

[...] McIlwain em seu clássico estudo sobre a história do constitucionalismo, sustenta que em todas as fases do constitucionalismo o elemento que mais se destaca é a “limitação legal sobre o governo”. Outras definições desse conceito, do mesmo modo, chamam a atenção para esse elemento. Gordon (1999, p. 5) sustenta que o termo constitucionalismo é usado “para denotar que o poder coercitivo do Estado é restringido”. Sajó (1999, p.xiv) define o constitucionalismo como “um conjunto de princípios, modos e arranjos institucionais que foram usados tradicionalmente para limitar o governo” e que deve servir como “um limite à democracia funcionando descontroladamente”.

Muitos autores apontam o constitucionalismo como restrição do poder do Estado, dando à constituição maior importância no sentido de ser essa uma norma jurídica máxima que vê nos direitos humanos fundamentais o maior bem do Estado Democrático de Direito, e assume o papel de protegê-los, em detrimento da soberania popular. Stephen Holmes, por exemplo, em sua teoria adepta da tese constitucionalista, entende ser possível a compatibilidade entre constitucionalismo e democracia, no sentido de que a constituição serve como restrição à ordem democrática e à soberania popular para que seja possível e efetiva a proteção dos direitos humanos. Para Holmes define as constituições são “ordens de restrições gigantescas motivadas por uma paixão pela prevenção (...) impelidas pelo desejo de escapar de resultados políticos perigosos e desagradáveis” (HOLMES apud CONSONI, 2014, p.4). Holmes se afilia, portanto, ao pensamento de que a constituição vincula e limita a soberania popular, servindo também como norma jurídica de organização, dispondo sobre o funcionamento da máquina estatal e do poder político.

O entendimento do conceito de constitucionalismo e da importância do exercício da soberania popular acarreta em visões distintas de democracia. Aqui, ressaltam-se duas – a democracia na obra de Ronald Dworkin e a democracia na obra de Jeremy Waldron. Ambos os autores são importantes jus filósofos e juristas que contribuíram de forma admirável para o desenvolvimento da Teoria do Direito contemporânea e o debate entre eles acerca do controle de constitucionalidade é um dos mais relevantes na filosofia política do XXI.

Defensores do constitucionalismo entendem ser impossível pensar em uma democracia na qual não haja, de certo modo, limitação ao majoritarismo. De acordo com Dworkin, nesse sentido, o constitucionalismo é “um sistema que institui direitos individuais legais que a legislatura dominante não tem poder para anular ou

comprometer”. (CONSONI, 2014, p. 3) Já os que criticam o constitucionalismo¹ baseiam seus argumentos na soberania popular, que deve prevalecer, não podendo ser concebível que uma constituição estabeleça limites ao debate político ou que o relegue a instituições não majoritárias. Para os críticos do constitucionalismo é extremamente importante entender a constituição como manifestação de vontade de um poder constituinte, que tinha como finalidade proteger o povo e o ideal democrático. Nesse sentido, Consoni (2014, p. 7) explica que a:

[...] concepção diacrônica de povo, isto é, o povo é entendido de forma abstrata, compreendendo a geração presente, a passada e as futuras, no sentido de que as proteções estabelecidas pela constituição têm o intuito de velar pelo legado dos mortos e pelo direito dos vivos e também daqueles que ainda irão nascer; ou seja, o povo é pensado a partir das várias gerações.

Na teoria de direito contemporânea um dos mais emblemáticos autores que tem escrito críticas ao constitucionalismo e falado sobre a constituição como na salvaguarda da soberania popular e da autonomia coletiva é Jeremy Waldron. Sobre o trabalho de Waldron, Consoni (2014, p. 14) ressalta que:

[...] o conceito de constituição não deve ser definido meramente pelas restrições que esse documento coloca à política e ao governo. É exatamente esse aspecto restritivo atribuído à constituição pelo constitucionalismo que é objeto de contestação pelo autor. Ele considera que existem alguns aspectos das constituições escritas que devem ser ressaltados em detrimento de outros. Nesse sentido, uma das desvantagens das constituições escritas é que elas reforçam, entre os juristas, a teoria interpretativa e encorajam um formalismo textual rígido. Por outro lado, as constituições escritas desempenham uma importante função na política, qual seja, a de servir de base para as deliberações e, sendo assim, seu papel é mais de fortalecer a política e o governo do que de restringi-los.

Para Waldron, portanto, o constitucionalismo erra ao deixar de enfatizar a grande e inegável importância da constituição como meio de fortalecimento político e democrático ao ressaltar-se de forma demasiada apenas o seu papel restritivo.

Na contramão da teoria de Waldron, Ronald Dworkin reconhece que a constituição tem um papel de limitar a democracia e a soberania popular, afiliando-se à tese constitucionalista defendida por Holmes. Para Dworkin, portanto, a constituição é um mecanismo de limitação de poder, bem como de defesa de direitos humanos que possam vir a ser violados pela ação de uma maioria. Dispõe ser a restrição inerente ao exercício democrático, já que a democracia só se torna realmente possível caso hajam meios de regulação e limitação.

¹ Vide o artigo “*Constitutionalism: A Skeptical view*”, escrito por Jeremy Waldron.

Mais adiante analisar-se-ão de forma mais detalhada os entendimentos de Dworkin e Waldron, entretanto, segue em primeiro lugar um breve histórico sobre o surgimento do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico norte-americano.

2 “JUDICIAL REVIEW” E A CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA

Faz-se necessário para o presente estudo expor de modo conciso o surgimento do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América e o motivo de tantas controversas acerca desse instituto.

O “*judicial review*” – expressão que significa nada mais do que revisão judicial, mas foi traduzida para português como controle de constitucionalidade – foi criado a partir da jurisprudência de um dos casos mais emblemáticos do sistema jurídico norte-americano, conhecido como *Marbury v Madison*² e consiste na possibilidade da Suprema Corte julgar inconstitucionais atos legislativos. Uma das principais críticas iniciais feitas ao “*judicial review*” foi a de que esse instituto iria contra o disposto na Décima e Décima Primeira Emendas da Constituição norte-americana. De acordo com Yoo e Prakash (2003, p. 2), o controle de constitucionalidade sofre maiores críticas em momentos históricos conturbados, como durante a Guerra Civil, o “*New Deal*”, e a ascensão do movimento em prol Direitos Civis na década de 1960.

Entretanto, independente do momento histórico, as maiores críticas sempre se baseiam na ideia de majoritarismo. Vários foram os juízes e juristas que advogaram pela criação de uma emenda constitucional que permitisse que o Congresso sobrepusesse decisões judiciais, dizendo que o poder da Suprema Corte de fiscalizar os limites da soberania nacional é imprudente e injustificável. Além disso, os mais ávidos críticos da

² Sobre o caso: “In *Marbury v. Madison* (1803) the Supreme Court announced for the first time the principle that a court may declare an act of Congress void if it is inconsistent with the Constitution. William Marbury had been appointed a justice of the peace for the District of Columbia in the final hours of the Adams administration. When James Madison, Thomas Jefferson’s secretary of state, refused to deliver Marbury’s commission, Marbury, joined by three other similarly situated appointees, petitioned for a writ of mandamus compelling delivery of the commissions. Chief Justice John Marshall, writing for a unanimous Court, denied the petition and refused to issue the writ. Although he found that the petitioners were entitled to their commissions, he held that the Constitution did not give the Supreme Court the power to issue writs of mandamus. Section 13 of the Judiciary Act of 1789 provided that such writs might be issued, but that section of the act was inconsistent with the Constitution and therefore invalid. Although the immediate effect of the decision was to deny power to the Court, its long-run effect has been to increase the Court’s power by establishing the rule that ‘it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.’ Since *Marbury v. Madison* the Supreme Court has been the final arbiter of the constitutionality of congressional legislation”. History. 1991. (Disponível em: < <http://www.history.com/topics/marbury-v-madison> > Acesso em: 26/05/2017).

“*judicial review*” têm como maior argumento o fato de que a constituição não permite expressamente a utilização desse instituto (YOO; PRAKASH, 2003). Dessa forma, dizem que a falta de dispositivo expresso e claro significa dizer que o poder constituinte jamais autorizou a criação do instituto de controle de constitucionalidade.

Entretanto, vale ressaltar que os ataques feitos ao controle de constitucionalidade são também um esforço para enfraquecer a supremacia do poder judiciário. Isso, pois, uma avaliação mais cuidadosa dos dispositivos constitucionais deixa claro que não apenas permitem, mas exigem que as cortes estaduais e federais se recusem a aplicar dispositivos legais que contrariem a Constituição. Nesse sentido, explicam Yoo e Prakash (2003, p. 5):

[...] Nowhere do the constitutional text and structure, however, generally compel the other branches of government to accept the judiciary's readings of the Constitution in the execution of their own functions. Rather, each branch must interpret the Constitution for itself in the course of performing its own constitutional duties. Thus, the federal courts must determine the constitutionality of the federal statutes that they interpret and apply in cases and controversies properly brought before them. Similarly, the President must gauge the constitutionality of federal statutes prior to taking care that they are “faithfully executed,” and both Congress and the President must determine the constitutionality of the bills that they consider before making them law. This approach to constitutional interpretation has been widely understood throughout our history, and continues to be well understood by at least some legal academics and historians today³.

Pode-se dizer, portanto, que a discussão sobre o controle de constitucionalidade se dá devido a diferentes interpretações sobre a constituição e suas principais funções. Estaria a leitura constitucional vinculada à vontade daqueles que faziam parte do poder constituinte originário? Ou a prática de interpretação constitucional pressupõe o avanço social e necessita de adaptações? Já que está claro no texto constitucional a divisões de poderes e a necessária fiscalização por um sistema de freios e contrapesos não há que se falar na vontade de um poder constituinte exercido em um contexto histórico completamente distinto do que se vive agora.

A teoria interpretativista de Dworkin propõe-se a analisar a constituição de forma a levar em consideração as práticas sociais e a necessidade de proteção dos

³ Tradução nossa: “Porém, em nenhuma parte, o texto constitucional e a estrutura, geralmente, obrigam os outros ramos do governo a aceitar as leituras da Constituição feitas pelo Judiciário na execução de suas próprias funções. Em vez disso, cada ramo deve interpretar a Constituição para si no exercício de seus próprios deveres constitucionais. Assim, os tribunais federais devem determinar a constitucionalidade dos estatutos federais que eles interpretam e aplicar em casos e controvérsias devidamente apresentados perante eles. Da mesma forma, o Presidente deve avaliar a constitucionalidade dos estatutos federais antes de tomar cuidado para que eles sejam “fielmente executados”, e tanto o Congresso eo Presidente deve determinar a constitucionalidade dos projetos de lei que eles consideram antes de torná-los lei. Esta abordagem da interpretação constitucional tem sido amplamente compreendida ao longo da nossa história, e continua a ser bem compreendida por pelo menos alguns acadêmicos e historiadores jurídicos de hoje”.

direitos humanos. Já o positivismo normativo de Jeremy Waldron vê na democracia a prevalência da vontade da maioria, sendo inconcebível que decisões sejam tomadas por instituições não-majoritárias. Assim, a discordância sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade é na verdade uma discordância sobre a natureza da democracia e o papel das constituições.

Adiante, analisam-se as diferentes visões de Waldron e Dworkin.

3 A VISÃO INTRINSECA DE DEMOCRACIA EM WALDRON

Ao escrever sobre o constitucionalismo, Waldron dispõe ser seu aspecto mais substancial o fato de que esta não é apenas uma teoria normativa sobre procedimento e formas de governo. O constitucionalismo é, em sua essência, sobre controlar, limitar e restringir os poderes do Estado. Daí sua incompatibilidade com a democracia. Waldron vê o ideal democrático como um sistema de governo de decisões proferidas pela maioria, em caráter definitivo. Não há que se falar em delegação para solução de controvérsias, já que essas deverão sempre ser sujeitas a apreciação do povo.

Para Waldron, então, a democracia requer que, em caso de divergências sobre as quais seja necessário entrar-se em um acordo comum, todos os membros da sociedade tem o direito de participar igualmente da resolução dessa divergência. Ao explicar a teoria de Waldron, Consoni (2014, p. 21) dispõe:

A compreensão da democracia, na perspectiva de Waldron, passa pela resposta dada a duas questões: 1) que direitos temos e 2) quem decide? A resposta para a primeira questão é dada por teorias dos direitos e, para a segunda, por teorias da autoridade. Respostas dadas, pode haver compatibilidade ou descompasso entre essas teorias. De todo modo, o autor sustenta que qualquer resposta deve levar em consideração as circunstâncias da política, isto é, “a existência de desacordo e a necessidade de, apesar do desacordo, estabelecer uma estrutura comum” (WALDRON, 1999a, p. 212). Waldron sustenta, em *Law and disagreement*, que a participação popular é um elemento decisivo na caracterização da democracia.

De forma categórica, Waldron dispõe que há sem dúvida uma perda, de um ponto de vista democrático, quando uma instituição formada por membros que não tenham sido eleitos por voto popular proferem uma decisão vinculante sobre o que a democracia requer. Admite, porém, que caso essa decisão seja correta, por óbvio haverá algo de democrático em sua natureza, mas que mesmo assim não significa que não tenha havido uma perda da mesma forma, já que ainda assim a decisão foi proferida por instituição não majoritária.

Dessa forma, tem-se que dentre às teorias da autoridade tradicionalmente conhecidas na teoria política, Waldron vê a democracia como um sistema político no qual cabe apenas povo decidir sobre os direitos que estão em discussão, devendo participar, em termos iguais, dessa decisão. (CONSONI, 2014, p. 23). Porém, é indispensável apontar que existe um descompasso entre teoria de direito e de autoridade e que o majoritarismo pode acarretar em um arranjo social injusto, lastreado por políticas públicas e decisões judiciais (ex.: união homoafetiva, aborto, entre outros).

Waldron concorda com Dworkin no sentido de que a democracia não é incompatível com a ideia de direitos individuais e que não é viável apelar para a ideia de uma oposição essencial entre eles seria uma base válida para a crítica ao controle de constitucionalidade. Entretanto, Waldron ressalta a necessidade de demonstrar como esse controle beneficiaria ou reforçaria o exercício democrático⁴.

Waldron admite a revisão judicial em sentido fraco, sendo possível que haja controle de constitucionalidade realizado pelo poder judiciário desde que seja possível que o Congresso vote pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade do diploma em discussão.

4 O PARADOXO DO SISTEMA MAJORITÁRIO

Como anteriormente explicado, para Waldron, não há que se falar em resultados, mas sim em procedimentos. Daí o caráter instrumental da democracia. Waldron afirma que é impossível que todos os membros de um determinado grupo social sob a égide de um governo democrático concordem com o conceito de justiça, sendo, portanto impossível se determinar se os resultados de um processo político são corretos. Deve-se recorrer então a um procedimento justo. O melhor seria então o modelo majoritário. Entretanto, há que se pensar que em determinados casos algumas decisões devam ser tomadas por determinadas pessoas, em detrimento de maioria. Isso porque, em casos determinados, certas pessoas poderão ter o conhecimento necessário para que seja possível alcançar uma melhor decisão – que seja, portanto mais justa.

Waldron refuta essa ideia dispondo que quando há grande discordância sobre assunto extremamente relevante não há outra opção além de recorrer ao procedimento do voto majoritário. Mas não se deve pressupor ser essa a única saída quando podem haver motivos suficientes para se escolher outro procedimento não majoritário.

⁴ Nesse sentido, Waldron (1999, p. 288) pontua: “To reach the distinctive conclusions of Freedom’s Law, Dworkin must therefore show that in some circumstances judicial review of legislation does not detract at all from, and maybe even enhances, the democratic character of the political system of which it is part”.

O que Waldron falha em perceber é que em muitas ocasiões⁵ a maioria irá optar por um procedimento para resolução de divergências que não seja majoritário. Isso é o que se chama de “paradoxo majoritário” (NOVECK, 2009, p. 403).

Esse procedimento deve ser favorecido porque deve ser julgado com base em seus resultados. O controle de constitucionalidade, para a resolução de divergências de caráter constitucional, tem mais chances de alcançar um resultado justo do que a votação majoritária, já que aquele é realizado por pessoas consideradas competentes e aptas para decidirem de forma a interpretar a constituição e efetuar o exercício democrático em sua melhor luz.

5 A VISÃO VALORATIVA DE DEMOCRACIA EM DWORKIN

Dworkin aceita avaliar a democracia por seus resultados, o que tem como consequência a leitura moral da constituição. De forma simplista, Dworkin diz ser o controle de constitucionalidade um bom instrumento, pois através dele chega-se a resultados “mais justos”. Nesse sentido, Noveck (2008, p. 403) explica:

Indeed, for Dworkin, procedure-driven standards should themselves be evaluated by their expected *results*: “The best institutional structure”—that is, the best governing *procedure*—“is the one best calculated to produce the *best answers*...”⁴ This focus on results leads to the theory of interpretation that Dworkin calls “the moral reading,” which states that we (and judges in particular) should “interpret and apply [the Constitution’s] abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice.”. On this theory, the correct interpretation of these abstract clauses is the one which, according to our moral principles, achieves the best results. The moral principles to be applied are not necessarily those of the judge himself, which would open Dworkin to a charge of judicial supremacy, but rather those principles most consistent with the nation’s history and traditions.⁶

⁵ De forma mais detalhada, Noveck exemplifica uma das ocasiões em que decisões tem melhores resultados quanto o poder é delegado e essas tomadas por instituição não majoritária: “Consider the example of an independent central bank for setting monetary policy. Considerations of both expertise and incentives favor decisions by a central bank rather than by legislatures. Good monetary policy requires a sophisticated understanding of different models of economic activity and advanced statistical methods, and we would be wise to leave these decisions to those with the proper expertise. But it is also crucial to the function of a central bank that it be *independent*, because in the realm of monetary policy, short-term incentives are at odds with long-term goals. Keeping inflation low often requires a tightening of monetary policy, which causes an economic contraction and a rise in unemployment—consequences that are politically unpalatable. When the principle of keeping inflation low is at odds with incentives faced by legislatures, we are better off with monetary policy controlled by an independent, non-majoritarian body”. (NOVECK, 2009, p. 404).

⁶ Tradução nossa: “De fato, para Dworkin, os padrões orientados a procedimentos devem ser avaliados pelos resultados esperados: “A melhor estrutura institucional” - isto é, o melhor procedimento governante - “é a que melhor se destina a produzir as melhores respostas ...” Resultados leva à teoria da interpretação que Dworkin chama de “leitura moral”, que afirma que nós (e juízes, em particular) deveríamos “interpretar e aplicar cláusulas abstratas [da Constituição] na compreensão de que invocam princípios morais sobre decência política e justiça .”. Nessa teoria, a interpretação correta dessas cláusulas abstratas

Para Dworkin, então, não há que se falar em uma visão instrumentalista de democracia, pois até a visão instrumentalista deve ser analisada com base em seus resultados.

Ao assumir uma posição de compreender a democracia na forma como Waldron estabelece, apenas, por exemplo, por meio de um acordo linguístico suposto na comunidade ou por meio de uma pesquisa empírica imperfeita, definindo-se de maneira fixa, engessada, restrita – ou seja, não interpretativa e não integrada – chega-se à conclusão de que a democracia é simplesmente a decisão feita pela maioria. Nesse sentido, qualquer instrumento que, como o controle de constitucionalidade, limita a maioria é antidemocrático.

Entretanto, a visão dworkiniana adota o entendimento de que o valor da democracia deva ser útil para compor outros valores – como a igualdade, equidade, dignidade – que façam parte de um todo também compreendido como valoroso. Entende-se, então, que a democracia deve servir a conjunto de valores. Procura-se estabelecer a partir daí uma definição de democracia cujo conteúdo consiga explicar o porque ela serve aos outros valores.

Democracia para Dworkin é, portanto, um sistema político no qual as decisões são de fato tomadas majoritariamente, desde que essas decisões sejam compatíveis com condições de justiça. Dessa forma, vincula-se a democracia a um conjunto de valores, que a legitimam e justificam, contrariamente ao entendimento de que a democracia se caracteriza apenas por decisões tomadas pela maioria.

A visão dworkiniana de democracia leva a uma conclusão oposta daquela de Waldron quanto ao caráter contra majoritário e antidemocrático do controle de constitucionalidade. Aqui, explica-se que o controle de constitucionalidade pode apoiar a soberania popular. Isso porque, em um sistema no qual o governo age como o agente do povo este deve exercer seu poder conforme as limitações impostas na constituição. Mas lembra-se que a vontade do povo e a vontade do agente político nem sempre convergem. O agente político pode agir com finalidade de assegurar para si mesmo mais poderes do que lhe foram conferidos ou até mesmo tomar decisões prejudiciais a uma parcela da população – seja essa uma minoria ou não. O desafio de asseverar um efetivo controle sob o agente político encontra força no instrumento no controle de constitucionalidade que, apesar de exercido por instituição não majoritária, tem caráter

é aquela que, de acordo com nossos princípios morais, consegue os melhores resultados. Os princípios morais a serem aplicados não são necessariamente os do próprio juiz, o que daria a Dworkin um cargo de supremacia judicial, mas sim os princípios mais consistentes com a história e as tradições da nação.”

democrático por visar assegurar respeito a constituições e aos direitos fundamentais por ela protegidos⁷. Dworkin acredita que um sistema político que combine de forma efetiva legislação popular através de representantes eleitos, garantias constitucionais e controle de constitucionalidade é a forma de democracia que oferece maior certeza de que os direitos associados com o ideal democrático continuaram sendo respeitados (WALDRON, 1999, p. 287-288).

Assim, o controle de constitucionalidade, para Dworkin, é totalmente compatível com o conceito de democracia. É através dele que se torna possível a fiscalização efetiva da atividade do legislativo, com a finalidade de servir ao ideal de justiça ao qual a democracia está vinculada. O controle de constitucionalidade funciona, portanto como instrumento que além de fiscalizador do poder político, é também viabilizador do exercício democrático, tornando possível que sejam concretizados valores como dignidade, justiça e equidade. É completamente aceitável que haja a delegação da tomada de decisões democráticas a uma instituição não democrática como o judiciário.

Importante ressaltar que são inclusive esses os argumentos apresentados por Dworkin que Waldron utiliza para iniciar a discussão em seu livro “*Law and Disagreement*” sobre o controle de constitucionalidade. Waldron (1999, p. 287) destaca:

I want to begin this discussion with a word about the more familiar claim I mentioned – namely, that judicial review may make a society more just (whether or not it is compatible with democracy). As I said, Dworkin believes this too, certainly as far as America is concerned. ‘The United States’, he says, ‘is a more just society than it would have been had its constitutional rights been left to the conscience of majoritarian institutions’.

Por fim, é indispensável lembrar que, para Dworkin, uma decisão somente é democrática caso seja uma decisão correta. As decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade que violem valores importantes ou preceitos constitucionais não podem ser consideradas decisões democráticas.

6 TEORIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Nesse ponto, importante estabelecermos que a teoria de controle de constitucionalidade à qual nos filiamos é a de Ronald Dworkin. Em “*Levando os Direitos a Sério*”, o jus filósofo dá destaque ao fato de que, em sede de questões

⁷ LAW, David S. A Theory of Judicial Power and Judicial Review. 2009.

controversas, não há razão suficiente para se pensar que decisões serão mais justas ou melhores apenas pelo fato de terem sido tomadas por instituições democráticas. Além disso, importante ressaltar que Dworkin rebateu as críticas ao ativismo judicial e ao controle de constitucionalidade. Nesse sentido, Wolfe (1986 p. 227) explica que, as decisões tomadas por instituições democráticas não seriam mais justas:

[...] because it, in effect, makes a majority a judge in its own case. When it comes to individual rights issues, the controlling interests in our governmental institutions have been both homogeneous and hostile, and are subject to no review if not court review. But, as Dworkin himself points out, this is no proof for the superiority of judicial activism, because of the risk of tyranny the latter involves, which may override the "unfairness" of asking the majority to be judge in its own case. There is no way around the principle that ultimate social power must reside somewhere,' and that ultimate social power must determine the limits of its own power. The framers of the U.S. Constitution tried to limit the power of the people by the principle of the rule of law, one part of which was the rule of the fundamental law, the Constitution, over the people in their ordinary governmental capacity, acting through the political branches of government (legislature and executive). This law was to be enforced by impartial judges. But what kept the judges impartial and kept them from becoming "judges in their own cases" was that they too were limited by the rule of that fundamental law. Once judicial review becomes effectively detached from the Constitution, i.e. remains attached only by the vaguest of concepts, such as "equality," "dignity," etc., and allows great latitude to the judge's "deepest convictions" about those concepts, then judicial power has been "freed" from the rule of law, and judges have become judges in their own cause, i.e. the cause of their own power generally and the causes of their own political preferences on particular issues.⁸

Para Dworkin, portanto, o ativismo judicial apontado como consequência do controle de constitucionalidade não é um argumento forte, já que os juízes estão sempre adstritos aos preceitos constitucionais, e não à sua própria moralidade. A moralidade aqui seria uma valoração de moralidade social e não pessoal.

⁸ Tradução nossa: “[...] porque, de fato, faz da maioria um juiz em seu próprio caso. Quando se trata de questões de direitos individuais, os interesses de controle em nossas instituições governamentais têm sido homogêneos e hostis, e estão sujeitos a nenhuma revisão, se não revisão judicial. Mas, como o próprio Dworkin aponta, isso não é prova da superioridade do ativismo judicial, por causa do risco de tirania que este último envolve, o que pode anular a "injustiça" de pedir à maioria para ser juiz em seu próprio caso. Não há nenhuma maneira em torno do princípio que o poder social final deve residir em algum lugar ", e que o poder social final deve determinar os limites de seu próprio poder. Os autores da Constituição dos EUA tentaram limitar o poder do povo pelo princípio do Estado de direito, uma parte da qual era a regra da lei fundamental, a Constituição, sobre as pessoas em sua capacidade governamental ordinária, agindo através da Ramos políticos do governo (legislativo e executivo). Esta lei deveria ser aplicada por juízes imparciais. Mas o que manteve os juízes imparciais e impediu que se tornassem "juízes em seus próprios casos" era que eles também estavam limitados pela regra dessa lei fundamental. Uma vez que a revisão judicial se torna efetivamente desvinculada da Constituição, ou seja, permanece unida somente pelos conceitos vagos, tais como "igualdade", "dignidade", etc., e permite grande latitude às "convicções mais profundas" do juiz sobre esses conceitos, O poder tem sido "libertado" do Estado de Direito e os juízes tornaram-se juízes em sua própria causa, ou seja, a causa de seu próprio poder em geral e as causas de suas próprias preferências políticas sobre questões particulares”.

Por estarem restritos à Constituição, não há que se falar em um judiciário que ultrapasse as funções do legislativo. O judiciário aqui seria não apenas fiscalizador, mas também a instituição mais apta a decidir melhor conforme o ordenamento jurídico que essa conhece e entende a ponto de poder decidir de maneira mais justa. Isso pois, teoricamente, na leitura dworkiniana, as decisões judiciais são baseadas em princípios e preceitos legais e tem respaldo no conhecimento jurídico de pessoas capacitadas.

Não há na doutrina um consenso sobre a teoria do controle de constitucionalidade, entretanto, a de Dworkin aparenta ter um significado congruente com a realidade política e jurídica, apesar de não estar livre de possíveis críticas⁹.

7 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Diferentemente da Constituição norte-americana, a Constituição Federal brasileira prevê o controle de constitucionalidade em seus artigos. Ressalta-se, portanto, que no Brasil não há que se falar em discutir a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade. A discussão na doutrina e jurisprudência norte-americana acerca da previsão constitucional do *judicial review*, como já previamente explicada, tem como base a ambiguidade dos dispositivos constitucionais e de sua interpretação. Já a Constituição Federal brasileira deixa claro que poderá haver tanto o controle de constitucionalidade difuso quanto o concentrado, dados seus devidos requisitos e efeitos¹⁰.

⁹ Sobre as críticas à teoria de Dworkin, Wolfe (1986, p. 227) explica: “Dworkin's attempts to provide theoretical justification for a very broad judicial activism do not, in the final analysis, appear persuasive. But his unqualified judicial activism is not the only form of contemporary judicial review. Other legal commentators agree that such traditional statements as *Marbury v. Madison* provide an in-adequate rationale for judicial review, and attempt to construct new theories, which would explain and justify the broad power asserted in the modern era. Some of these theories make an effort to establish more definite limits on judicial power. Two of these commentators are Jesse Choper and John Hart Ely”.

¹⁰ Explica-se o sistema difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, previstos no ordenamento jurídico brasileiro nos art. 5º, LXVIII e LXIX, art. 90, art. 102, art. 103, art. 125, § 1º, art. 129, IV, da Constituição Federal: “O modelo de controle difuso adotado pelo sistema brasileiro permite que qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, não havendo restrição quanto ao tipo de processo. Tal como no modelo norte-americano, há um amplo poder conferido aos juízes para o exercício do controle da constitucionalidade dos atos do poder público. Ao contrário de outros modelos do direito comparado, o sistema brasileiro não reserva a um único tipo de ação ou de recurso a função primordial de proteção de direitos fundamentais, estando a cargo desse mister, principalmente, as ações constitucionais do habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular. [...] O modelo de controle abstrato adotado pelo sistema brasileiro concentra no Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar as ações autônomas nas quais se apresenta a controvérsia constitucional. O modelo abstrato recebeu ênfase da Constituição de 1988, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.” (MENDES, 2008).

Sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, diz Mendes (2008, p. 2):

O controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos. ³ No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade sofreu substancial reforma com o advento da Constituição de 1988. Embora o novo texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade “incidental” ou “difuso”, é certo que a adoção de outros instrumentos, como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade, conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade.

Indispensável ressaltar que, no Brasil, somente no ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou sessenta e nove Ações de Inconstitucionalidade, sendo 49 delas julgadas procedentes¹¹. Dessa forma, difícil pensar em um sistema jurídico pátrio que não estabeleça a possibilidade de revisão de atos do poder legislativo por parte do poder judiciário. Por qualquer que sejam as razões, inegável o grave problema enfrentado no Brasil, quando um número exacerbado de dispositivos legais que passam pelo crivo do poder legislativo e do devido processo legislativo estão em flagrante discordância com a Constituição Federal brasileira.

Vale lembrar que, no Brasil, fica relegado ao judiciário a decisão de casos sobre os quais o legislativo fingi esquecer ou escolher ignorar. A recente discussão sobre a (des)necessidade da criminalização do aborto¹² é um grande exemplo disso. Aqui, tem-se o ativismo judicial que se faz necessário para que possamos pensar o direito na sociedade atual. Quando o legislativo se cala, permanecendo-se inerte frente a

¹¹ Consultor Jurídico. Sete em cada dez leis julgadas pelo STF são inconstitucionais. 2016. Disponível <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-24/sete-cada-dez-leis-analisadas-stf-sao-inconstitucionais>>

¹² Em decisão ímpar, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o aborto, quando realizado até o terceiro mês de gravidez, não é crime. Em notícia publicada no site do STF: “A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) afastou a prisão preventiva de E.S. e R.A.F., denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha (artigos 126 e 288 do Código Penal). A decisão foi tomada nesta terça-feira (29) no julgamento do Habeas Corpus (HC) 124306. De acordo com o voto do ministro Luís Roberto Barroso, que alcançou a maioria, além de não estarem presentes no caso os requisitos que autorizam a prisão cautelar, a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade. No exame da questão, o ministro Barroso assinalou que, conforme já havia assinalado o relator, o decreto de prisão preventiva não apontou elementos individualizados que demonstrem a necessidade da custódia cautelar ou de risco de reiteração delitiva pelos pacientes e corréus. [...] Para o ministro, o bem jurídico protegido (a vida potencial do feto) é “evidentemente relevante”, mas a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. Entre os bens jurídicos violados, apontou a autonomia da mulher, o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero – além da discriminação social e o impacto desproporcional da criminalização sobre as mulheres pobres.”

grandes questionamentos da vida política e jurídica, cabe ao judiciário interpretar o contexto social e entender a aplicação do direito.

Torna-se claramente visível a intenção da teoria dworkiniana que dispõe ser o controle de constitucionalidade não apenas compatível com a democracia, mas vital para o seu efetivo funcionamento. O efeito colateral que se consolida na preocupação com o ativismo judiciário é tímido perto da relevância de um instrumento claramente democrático na construção de uma prática jurídica que apresenta o direito sob sua melhor luz.

8 DA COMPATIBILIDADE ENTRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA

Ao se defender que o controle de constitucionalidade vai contra o ideal democrático, seria necessário supor que, em um Estado Democrático de Direito todos os agentes das mais diversas instituições governamentais são aptos e competentes para o exercício de suas funções. Entretanto, o erro é de natureza humana, e pressupor que os legisladores, em especial, estão sempre corretos e agindo no melhor interesse da população é, não apenas irreal, mas utópico.

Seguir a linha teórica tão bem representada por Waldron que defende ser o controle de constitucionalidade uma ferramenta indubitavelmente contra majoritária e, portanto, incompatível com o ideal democrático significa ignorar a prática política e jurídica. A democracia não apenas comporta a utilização de um instituto como esse estudo no presente artigo, como também se beneficia com o uso, pelas razões já expostas anteriormente. As decisões tomadas em sede de controle de constitucionalidade – quando corretas, assim como ressaltado por Dworkin – servem à democracia, pois visam alcançar um ideal de justiça inerente aos governos democráticos.

CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade foi criado nos Estados Unidos da América e tem, ao longo dos anos, sido alvo de várias críticas por parte de acadêmicos, magistrados e estudiosos do direito. As críticas feitas ao instituto encontram seu pico em momentos históricos conturbados e surgem a partir de visões distintas sobre democracia e constitucionalismo.

A mais célebre crítica contemporânea ao controle de constitucionalidade se encontra na obra de Jeremy Waldron. Waldron dispõe que o instituto é contra majoritário e incompatível com a democracia. Isso pois, para Waldron, o pressuposto básico para a democracia é que todas as decisões sobre divergências, em especial as de cunho constitucional, devem ser tomadas através de um sistema que permite a participação de todos os membros da sociedade. Waldron então apenas admite o controle de constitucionalidade caso haja a possibilidade de o Congresso decidir sobre a validade das decisões tomadas pela Suprema Corte.

A crítica feita por Waldron tem como maior preocupação contrapor os argumentos apresentados por Ronald Dworkin. Ao ver a democracia como um conjunto de valores ao ser alcançado, Dworkin conclui que o que se deve ter como foco é o resultado do processo democrático. Não há problema, portanto, em delegar a tomada de decisões a uma instituição contra majoritária, tendo em vista ser essa instituição apta a realizar a prática jurídica em sua melhor luz, apresentando decisões que vão ao encontro com o ideal de justiça, ora tão importante para a democracia.

Em guisa de conclusão, entende-se que a teoria de Dworkin explica de forma melhor o conceito de democracia e que o constitucionalismo, como forma de controle do Estado, é compatível com o controle de constitucionalidade. Esse, portanto, é instrumento fundamental para a fiscalização entre os poderes estatais e a concretização da atividade democrática, que visa alcançar um conjunto de valores plural, dentre eles, a justiça.

REFERÊNCIAS

CONSANI, Cristina Foroni. **A Crítica De Jeremy Waldron Ao Constitucionalismo Contemporâneo**. Revista Da Faculdade De Direito – UFPR, Curitiba, Vol. 59, N. 2, P. 143-173, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution**. Oxford University Press. 2005.

LAW, David S. **A Theory of Judicial Power and Judicial Review**. Georgetown Law Journal, Vol. 97, p. 723, 2009.

LEVER, Annabelle **Democracy and judicial review: are they really incompatible? Perspectives on politics**. 2009. Disponível em: <[http://eprints.lse.ac.uk/23097/1/Democracy_and_judicial_review\(LSERO\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/23097/1/Democracy_and_judicial_review(LSERO).pdf)> Acesso em: 24/10/2016.

MCCONNELL, Michael W. **The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin's Moral Reading of the Constitution.** 65 Fordham L. Rev. 1269. 1997.

MCGINNIS, John O.; SOMIN, Ilya. **Federalism Vs. States' Rights A Defense of Judicial Review in a Federal System.** Northwestern University Law Review, Vol. 99, No. 1, pp. 89-130, 2004.

NOVECK, Scott M. **Is Judicial Review Compatible With Democracy?** Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal. Vol. 6, No. 2, p. 401. 2008.

MENDES, Gilmar. **O Controle de Constitucionalidade no Brasil.** 2008. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/ano/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf> Acesso em: 29/11/2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. **1ª Turma afasta prisão preventiva de acusado de aborto.** Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>> Acesso em: 11/01/2017.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement.** Oxford University Press. 1999.

WALDRON, Jeremy. **The Core Case Against Judicial Review.** The Yale Law Journal. 2006. Disponível em: <
http://cddl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf> Acesso em: 24/10/2016.

WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory.** Harvard University Press. 2016.

WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review.** Basic Books, Inc. 1986.

YOO, John; PRAKASH, Saikrishna. **The Origins of Judicial Review.** University of Chicago Law Review. Vol. 69. 2003.