

## O FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: Dworkin, Waldron e Ely

*THE DEMOCRATIC FOUNDATION OF JUDICIAL REVIEW: Dworkin, Waldron and Ely*

*José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior<sup>1</sup>*  
PUC Minas

*Bonifácio José Suppes de Andrada<sup>2</sup>*  
UNIPAC

### **Resumo:**

O objetivo deste artigo é discutir a solidez dos fundamentos democráticos do controle de constitucionalidade. Para tanto, refletiremos a partir de três prestigiosas teorias do direito constitucional norte-americano. Inicialmente, será discutida a ideia de democracia constitucional em Ronald Dworkin. A seguir, será trabalhada a teoria do controle de constitucionalidade formulada por John Hart Ely. Por fim, será exposta a opinião de Jeremy Waldron que, diferentemente dos outros dois autores, considera o *judicial review* como inevitavelmente antidemocrático.

### **Palavras-chave:**

Democracia. Constitucionalismo. Judicial review.

### **Abstract:**

The purpose of this article is to discuss the solidity of the democratic foundations for judicial review. To that end, we will reflect on the basis of three prestigious theories on American Constitutional Law. Initially, the idea of constitutional democracy will be discussed in Ronald Dworkin. Next, the judicial review theory formulated by John Hart Ely will be worked on. Finally, the opinion of Jeremy Waldron will be exposed, who, unlike the other two authors, considers the judicial review as inevitably anti-democratic.

### **Keywords:**

Democracy. Constitutionalism. Judicial review.

## 1 INTRODUÇÃO<sup>3</sup>

Este artigo expõe três influentes teorias constitucionais acerca da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis. Embora apresentadas separadamente, essas teorias se sobrepõem umas às outras. Em grande medida, o que estes autores pretendem é definir uma concepção de democracia. É a partir desse conceito que articularão seus argumentos favoráveis ou contrários à revisão judicial das leis. O ponto em comum entre eles é o entrelaçamento evidente entre Direito e Democracia.

---

<sup>1</sup> Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-doutorado na Harvard Law School. Professor adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, consultor do Ministério da Educação e conselheiro seccional - Ordem dos Advogados do Brasil.

<sup>2</sup> Graduação em Direito pela Faculdades Milton Campos e Pós-graduação em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada - IEC - da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Constitucional e de Direito Administrativo na Universidade Presidente Antônio Carlos/MG.

<sup>3</sup> Utilizaremos indistintamente ao longo do artigo as expressões “controle de constitucionalidade”, “revisão judicial das leis” e “*judicial review*”.

Ronald Dworkin defende a legitimidade do controle de constitucionalidade à luz da concepção da democracia constitucional. John Hart Ely define sua teoria do controle com base na proteção dos direitos constitutivos da ordem democrática. Por fim, Jeremy Waldron fará o contraponto aos outros dois autores destacando a insuperável incomunicabilidade entre os pressupostos democráticos e o *judicial review*, considerado enquanto procedimento decisório.

Ainda que exauridas essas teorias e suas correlações, algumas questões permanecem abertas. Se há tanto esforço teórico para demonstrar a ligação entre democracia e controle de constitucionalidade, por que a maior parte das democracias contemporâneas não hesita em adotar alguma fórmula de controle das leis? E ainda, seria possível articular uma defesa do *judicial review* por outros vieses, acentuando seu papel institucional em dado sistema político?

O presente trabalho abordará essas questões, buscando oferecer sua contribuição à Teoria da Constituição e ao Direito Constitucional.

## 2 A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL DE RONALD DWORKIN

A defesa da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade elaborada por Ronald Dworkin se fundamenta na rejeição à concepção puramente majoritária da democracia. Dworkin reconhece que o princípio majoritário tem relevância num sistema democrático, contudo a ideia mesma de democracia não se encerra em um método agregativo de tomada de decisão coletiva. A democracia está também baseada na promoção da igualdade de consideração e respeito relativamente a cada um dos membros de uma comunidade.

Assim, um regime político só é verdadeiramente democrático na medida em que implementa determinadas condições<sup>4</sup> e em que se concilia com o ideal de justiça:

A concepção majoritária alega ser puramente procedimental e, portanto, independente de outras dimensões da moralidade política; isto nos permite afirmar, como já indiquei, que a decisão é democrática mesmo se totalmente injusta. Contudo, a concepção comunal não torna a democracia independente da moralidade política; nesta concepção, nós precisamos de uma teoria que trate os indivíduos como iguais de modo a decidir o que é ou não uma decisão democrática. E devemos consultar ideais sobre justiça, equidade e liberdade para subsidiar tal teoria. Assim, na concepção comunal, democracia é um ideal substantivo, e não meramente procedimental. (DWORKIN, 2008, p. 134)<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Mais adiante serão descritas quais as condições limitadoras do princípio democrático segundo Dworkin. No momento, é importante assinalar que Dworkin está preocupado com um cálculo de resultados – *inputs*- e não com um critério procedimental – *outputs*. Segundo ele, a estrutural institucional mais adequada para lidar com questões essencialmente morais é aquela que identifica e garante as condições da democracia adequadamente. (DWORKIN, 2006, 52)

<sup>5</sup> “The majoritarian conception purports to be purely procedural and therefore independent of other dimensions of political morality; it allows us to say, as I indicated, that a decision is democratic even if it is very unjust. But the partnership conception does not make democracy independent of the rest of political morality; on that conception we need a theory of equal partnership to decide what is or is not

Esta posição se torna mais evidente quando Dworkin distingue *políticas* de *princípios*. No seu modelo teórico, argumentos de política são aqueles voltados para a promoção do bem estar geral, isto é, envolvem questões sensíveis a preferências, conforme terminologia do autor. Nesses casos, o método majoritário é a melhor forma de decidir e o Parlamento a instituição política mais adequada<sup>6</sup>: os indivíduos são considerados atômica e, por meio do voto e da formação de maiorias. (DWORKIN, 2006, 30 e 31).

Os argumentos de princípios, por sua vez, ligam-se às questões de direito – questões infensas a preferências- cuja resolução não deve ser puramente agregativa. As questões de direito estão associadas à ideia de comunidade, à qual os indivíduos estão moralmente filiados. O princípio majoritário é malquisto neste caso porquanto as decisões sobre direitos estão pautadas na busca pela resposta correta: exige-se do intérprete da Constituição uma pretensão de correção que o leve ao melhor argumento moral possível<sup>7</sup>. Assim, o argumento de princípio ultrapassa o argumento de política; em outras palavras, é um trunfo da minoria *vis-à-vis* a maioria. Num arranjo institucional típico de uma democracia comunitária, as cortes – o fórum do princípio- são o ambiente mais apropriado para essas reflexões morais.<sup>8</sup>

Considerando a democracia um regime político que pressupõe uma ação coletiva, Dworkin apresenta uma segunda distinção importante entre ação coletiva *estatística* e *comunitária*<sup>9</sup>. Na primeira delas, a decisão política é resultante da agregação das ações individuais. Nesta

*a democratic decision, and we need to consult ideas about justice, equality, and liberty in order to construct such a theory. So on the partnership conception, democracy is a substantive, not a merely procedural, ideal.”*

<sup>6</sup> É fundamental ressaltar neste ponto que os Parlamentos também devem legislar à luz dos princípios de uma comunidade. Esta instituição tem a primazia de decidir sobre políticas, contudo a legitimidade democrática de seus atos está diretamente vinculada à observância daqueles princípios informativos. Nesse sentido, Mendes (2008, 37).

<sup>7</sup> Dworkin (2006, p.9-10 e 18) é taxativo ao vincular a leitura moral da Constituição à democracia – aliás, pode-se afirmar que teoria do direito e teoria da democracia estão lado a lado na obra de Dworkin. Embora não seja tão enfático em atribuir às cortes o papel de intérprete final da Constituição, ele diz que a prática e a história constitucional norte-americana concedeu aos tribunais a responsabilidade de declarar em última instância o significado da Constituição. Ainda sobre os arranjos institucionais, é importante destacar que, para Dworkin, a possibilidade de erro é simétrica: tanto legisladores quanto julgadores podem tomar decisões equivocadas na interpretação do texto constitucional. (DWORKIN, 2006, 50)

<sup>8</sup> Este é provavelmente o buslís da contenda entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Para Waldron (2009, 255-257), Dworkin distinguiria inapropriadamente *decisões sobre democracia* e *decisões feitas por meios democráticos*. Se o constitucionalismo dworkiano é voltado para os resultados, logo pouco importaria se os meios decisórios são ou não democráticos. Preferir que questões de princípio sejam tomadas por cortes, significa, na visão de Waldron, não levar a sério o direito de participação dos membros de uma comunidade. Haveria uma perda incomensurável do ponto de vista democrático, pois, é precisamente em questões de princípio que devemos nos preocupar com a legitimidade democrática dos procedimentos. Assim, caso um tribunal tome a decisão equivocada teríamos uma dupla perda: a decisória e a democrática.

<sup>9</sup> Dworkin privilegia a ação coletiva comunitária de tipo integrada – de faceta liberal-, em contraposição ao monolítico – totalitária- justamente porque insiste na importância do indivíduo. Numa comunidade, a ação pode ser desmembrada em duas dimensões: i) a unidade de *responsabilidade*: em quem, pessoa ou grupo, recai o êxito ou fracasso de uma ação; ii) unidade de *juízo*: as convicções de uma pessoa ou grupo sobre o certo e o errado. Na ação coletiva integrada, portanto, a ação compartilhada dos membros da comunidade cria uma unidade coletiva de responsabilidade, mas não uma unidade coletiva juízo, que permanece estritamente individual. Na ação coletiva monolítica, tanto a unidade de responsabilidade como a de juízo são coletivas. (DWORKIN, 2010, 134)

perspectiva, democracia é entendida pura e simplesmente como procedimento majoritário. A ação coletiva comunitária, ao seu turno, toma o indivíduo como parte integrante de um grupo, o que torna a ação originária fruto de uma vontade supraindividual (MENDES, 2008,54). Por este ângulo, em uma democracia, o “povo”, que decide, é uma entidade singular, e não um mero somatório de indivíduos (DWORKIN, 2006, 31). Adiante, ficará mais evidente que a leitura adotada, estatística ou comunitária, interfere no modelo de democracia a ser construído.

Segundo Mendes (2011, 72), Dworkin vê nas cortes um primordial instrumento institucional<sup>10</sup> para a proteção dos direitos fundamentais e do conteúdo de justiça da democracia. Essa posição diferenciaria, por exemplo, a teoria *dworkiana* da teoria formulada por John Hart Ely<sup>11</sup>: enquanto este vê a corte como um árbitro do processo democrático, Dworkin vai além e brada por uma revisão judicial substantiva, haja vista sua concepção de igual consideração. Ao seu ver, a teoria democrática não deveria ser restringida ou insulada; tem de ser compreendida como uma teoria sobre como decidir quais direitos devem ser respeitados numa comunidade política. (DWORKIN, 2010,120)

O posicionamento de Dworkin é uma exortação a uma interpretação da Constituição consistente com os princípios democráticos:

Em uma democracia, toda interpretação do direito constitucional deveria considerar justamente a existência da democracia [...] Não obstante, quando caminhamos para a concepção comunitária de democracia, a integridade se novamente ao nosso alcance. Porque esta interpretação da democracia nos permite compreender as disposições constitucionais restritivas com partes importantes da história democrática, e não como se estivéssemos colocando-a em risco. Faremos melhor [...] se interpretarmos as cláusulas restritivas como expressões de princípios políticos e morais que protegem a democracia.<sup>12</sup> (DWORKIN, 2010, p. 146).

## 2.1 Afinal, o que o constitucionalismo põe em risco?

Após esboçado alguns conceitos fundamentais da teoria da democracia constitucional dworkiana é preciso resgatar uma pergunta suspensa, derivada da premissa majoritária, a qual

<sup>10</sup> Dworkin admite que o debate em torno de essência democrática do controle de constitucionalidade torna-se proeminente no momento em que a Suprema Corte se põe a interpretar as disposições constitucionais mais abstratas, como a do devido processo ou a da igual proteção. Nesses casos, a adoção de uma concepção ou outra de democracia influirá na maneira em que se espera que a Corte atue. (DWORKIN, 2010, 145)

<sup>11</sup> No item subsequente será discutida com mais vagar a teoria do controle de constitucionalidade formulada por John Hart Ely. Agora, podemos antecipar que Ely, embevecido pela concepção majoritária, traça uma linha entre justiça procedimental e substantiva, ideia contra a qual Dworkin se insurge e procura dissolver, mercê da concepção comunitária. Em certa medida, Dworkin expande o círculo de restrições constitucionais que Ely identificava como necessárias à democracia. (DWORKIN, 2010, 138 e 143)

<sup>12</sup> “*En una democracia, toda interpretación del derecho constitucional debería considerar, justamente el hecho de la democracia [...] sin embargo, cuando cambiamos a la concepción comunitaria de la democracia, la integridad se pone nuevamente a nuestro alcance. Porque dicha interpretación de la democracia nos permite comprender las disposiciones constitucionales restrictivas como partes importantes de la historia democrática, no como si la estuviéramos poniendo en riesgo. Haremos lo mejor [...] si interpretamos las cláusulas restrictivas como expresiones de principios políticos y morales que protegen a la democracia[...].*” (DWORKIN, 2010, 146)

Dworkin não se esquivava, que pode ser colocada nos seguintes termos: afinal, o constitucionalismo põe o que em risco? Numa primeira e incomum resposta, dir-se-ia a liberdade: “quando determinados dispositivos constitucionais (como os contidos na Declaração de Direitos) limitam os poderes de ação de uma maioria, é a liberdade da comunidade que fica comprometida” (DWORKIN, 2006, 32). Nesta chave de entendimento, o “constitucionalismo protege as liberdades ‘negativas’, como a liberdade de expressão e a ‘privacidade’, à custa da liberdade ‘positiva’ de autodeterminação”. (DWORKIN, 2006, 32). Esse argumento parte da pressuposição de que o povo governa a si mesmo quando a premissa majoritária é respeitada.

A base da rejeição dessa tese seria de que o autogoverno é, em verdade, um valor moral muito mais caro à ação coletiva comunitária do que à estatística. A obediência a decisões coletivas é mais bem entendida numa democracia constitucional porque o indivíduo cultiva um sentimento de pertencimento moral a uma comunidade, a tal ponto que acata as decisões tomadas mesmo se contrárias ao seu interesse particular- aqui sobressai a ideia de unidade coletiva de responsabilidade. Ser um membro moral de uma comunidade política está associado, portanto, ao conceito de participação moral: “se a verdadeira democracia é o governo do povo, então, no sentido comunitário de autogoverno, a verdadeira democracia é baseada na participação moral.” (DWORKIN, 2006, 35). Em uma leitura estatística, falar em liberdade de autogoverno seria uma falácia uma vez que a liberdade individual estaria pulverizada entre os indivíduos. O princípio majoritário não asseguraria a participação moral pretendida por Dworkin. Como registra Mendes (2008, 57), o procedimento não é o bastante; Dworkin está à cata de decisões cujo conteúdo promova a filiação moral dos indivíduos numa comunidade.

Aqui, são esclarecidas mais propriamente o que Dworkin havia apontado como condições democráticas pressupostas pela concepção constitucional. A filiação moral exige o adimplemento destas condições, que possuem três aspectos: i) *participação* nas decisões coletivas independentemente de quaisquer critérios. Essa dimensão consubstancia-se no sufrágio universal, nas eleições periódicas, na liberdade de expressão, na abertura dos cargos públicos a todos, entre outras formas; ii) *igualdade de consideração* para com os interesses de todos os membros da comunidade. Exige-se, neste caso, *reciprocidade*, ou seja, as consequências de qualquer decisão coletiva devem ser consideradas caso a caso, de tal modo que cada indivíduo reconheça o outro como membro da comunidade. Este pressuposto é epitomado na fórmula “nós, o povo”; iii) *independência*, que identifica os membros da comunidade como agentes morais autônomos, o que impede que a comunidade como um todo interfira em seus juízos morais, éticos e políticos. Neste ponto, se sobressai o caráter integrativo da democracia constitucional.

A segunda, e mais recorrente, resposta à indagação sugeriria que o constitucionalismo coloca a igualdade em perigo. Dworkin recusa a tese da igualdade, inspirada na concepção estatística, como divisão equânime do poder político – a igualdade de influência é fantasiosa e a de impacto insatisfatória. (DWORKIN, 2010, 132; MENDES, 2008, 119). Novamente, os membros de uma comunidade deveriam se preocupar com uma justiça de resultados, e não meramente procedimental.

O argumento majoritário associaria, novamente, a igualdade política ao autogoverno: “*pode-se dizer que, quando os juízes aplicam dispositivos constitucionais para derrubar normas que o povo criou através de seus representantes, já não é o povo quem governa.*” (DWORKIN, 2006, 44). Para afastar essa tese, Dworkin repisa a ideia de democracia constitucional, defendendo um ideal de igualdade que suponha a integração moral de um indivíduo em uma comunidade, dentro daquelas três dimensões descritas: participação, interesse e independência

Se, alternativamente, cogitarmos a interpretação comunitária da ação política coletiva, a igualdade política é analisada em função daquelas condições democráticas, o que torna a premissa majoritária irrelevante. Assim, arranjos institucionais, como os que preveem cortes constitucionais, não ofenderiam *a priori* a premissa igualitária. Isto se tornaria mais evidente quando nos lembramos que parte da burocracia estatal é nomeada, e não eleita nos termos da premissa majoritária.

A distensão do conflito –*democracia x constitucionalismo*– se dá ao assumir que a democracia é uma ação coletiva comunitária<sup>13</sup>. Nesse sentido, o juiz não outorgaria a função legislativa para si ao declarar uma lei inconstitucional, por exemplo. A atividade judicial é legítima porque maneja argumentos de princípio considerando a condição de sujeito moral do indivíduo. Mais uma vez, é importante destacar que, para Dworkin, os princípios instruem a própria política, e por isso, a democracia constitucional faz sentido.

A teoria constitucional de Dworkin é construída com o objetivo claro de promover a filiação moral de um indivíduo numa comunidade política. Não se importa tanto com desenhos institucionais ou fórmulas procedimentais- uma abordagem incompleta da democracia-, mas sim com o provimento de resultados justos, que levem os direitos a sério e ao compromisso moral. Assim, o controle de constitucionalidade reforça a democracia em vez de debilitá-la, desde que forneça respostas condizentes com os princípios estruturantes de uma comunidade: em questões insensíveis a preferências seria teratológico<sup>14</sup> atribuir à maioria o poder de decidir quais direitos os

---

<sup>13</sup> Como assinala Mendes (2008, 55), numa visão estatística, a revisão judicial seria *per se* antidemocrática. Já numa leitura comunitária, tal instituto seria cabalmente plausível, naturalmente se as respostas dadas forem as corretas.

<sup>14</sup> Waldron (2009, 263-265) rejeita a tese de que haveria uma circularidade em conceder às instituições representativas decisões atinentes aos limites das decisões tomadas com base em procedimentos majoritários, o que tornaria razoável atribuir a uma instituição diversa a competência para deliberar sobre tais decisões. Segundo Waldron, as instituições

indivíduos possuem<sup>15</sup>. Os tribunais são compatíveis com a democracia quando se tornam um fórum de princípio, espaço apropriado para discutir argumentos de índole moral e política. Para encerrar, segundo Dworkin:

A concepção constitucional de democracia assume em relação ao governo majoritário a atitude descrita a seguir. A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chama-las de condições ‘democráticas’- de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições democráticas 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, 26 e 27)

### 3 A ARBITRAGEM DO PROCESSO DEMOCRÁTICO EM JOHN HART ELY

Jonh Hart Ely é um dos mais notáveis e influentes ideólogos de uma teoria procedimentalista do controle de constitucionalidade. De acordo com sua abordagem, a Suprema Corte teria uma função apenas corretiva do processo político. Ou, para utilizar uma metáfora inspirada na ideia de antitruste<sup>16</sup>: a Corte atuaria como um árbitro no mercado político face às suas disfunções. Ely exorta os Tribunais a serem auto comedidos (*judicial self-restraint*) porquanto a escolha de valores de conteúdo cabe aos legisladores, legítimos representantes do povo. A autocontenção judicial conduziria os tribunais a examinar somente questões relacionadas à higidez do processo político – esta distinção<sup>17</sup>, como veremos, entre procedimento e conteúdo, será o alvo preferencial dos críticos de Ely.

Logo no prefácio de seu livro, Ely (2010, IX) situa sua proposta como uma alternativa às duas correntes tradicionais da literatura jurídica norte-americana. O *interpretacionismo* defende uma interpretação da Constituição que afirme a estrita intenção de seus subscritores; no outro polo, o *não interpretacionismo* postula uma teoria interpretativa que permita à Suprema Corte avaliar as escolhas valorativas do legislador. Ely descarta de pronto essas opções, questionando a sua compatibilidade com os pressupostos democráticos implícitos na Constituição americana.

---

majoritárias são suscetíveis de erro como qualquer outra instituição. Entretanto, aquelas instituições permitem que os indivíduos se manifestem, opinem e votem, enquanto as cortes negam a sua participação.

<sup>15</sup>Dworkin (2003, 426 e 427) afirma que os Estados Unidos são uma sociedade mais justa porque seus direitos constitucionais não estão confiados às especulações das instituições majoritárias. Jeremy Waldron(2009, 246) refuta esta afirmação dizendo que Dworkin se vale de um raciocínio contrafático, isto é, baseia sua justificativa numa hipótese: a rigor é impossível avaliar se os Estados Unidos seriam uma sociedade mais ou menos justa caso os direitos constitucionais estivessem sob a tutela das instituições majoritárias. Ademais, uma afirmação desse jaez oculta decisões judiciais geradoras de injustiças, como, por exemplo, a jurisprudência da era *Lochner*.

<sup>16</sup> À figura do antitruste, Ely (2010, 136 e 137) opõe a orientação reguladora, que dita resultados substantivos. Uma outra imagem utilizada pelo autor para ilustrar o seu modelo teórico é a do juiz de futebol, que intervém apenas quando um dos times obtém uma vantagem injusta, e não se o time ‘errado’ marca um gol.

<sup>17</sup> Ely (2010, 134) enfatiza ao longo do livro que a Constituição americana é, na sua maior parte, constitutiva de um processo de governo, e não um veículo ideológico, daí insistir nesta cisão entre processo e substância.

É com base nesses pressupostos, portanto, que Ely funda a sua teoria do controle de constitucionalidade. Segundo ele, estas correntes erram ao não considerar o fato consumado de que os Estados Unidos adotam a democracia representativa como forma de governo (ELY, 2010,8). Uma teoria do controle de constitucionalidade deveria concretizar tais premissas democráticas, sobretudo mitigando o princípio majoritário em favor das minorias<sup>18</sup>.

O argumento teórico de Ely se inspira e se estrutura a partir da tese desenvolvida na nota de rodapé número 4 do caso *United States vs Carolene Products Co.*, decidida no ano de 1938, nos seguintes termos:

A presunção de constitucionalidade pode ter margem mais estreita quando a legislação parece, à primeira vista, estar compreendida numa proibição específica da Constituição, tal como as dez primeiras emendas, consideradas igualmente específicas quando entendidas como contidas na Décima Quarta Emenda [...] Não será necessário, agora, considerar se uma lei que restringe aqueles processos políticos dos quais, via de regra, pode-se esperar que provoquem a revogação das leis indesejáveis, deverá estar sujeita a uma análise judicial mais rigorosa ( no contexto das proibições gerais da Décima Quarta Emenda) do que a maioria dos outros tipos de legislação. Também não será necessário procurar saber se considerações do mesmo naipe devem influenciar o controle de leis direcionadas a certas minorias religiosas [...] ou de nacionalidade [...] ou raciais[...]; se o preconceito contra minorias separadas e isoladas (*discrete and insular minorities*) pode ser uma condição especial que tende a restringir seriamente o funcionamento dos processos políticos em que costumamos nos basear para proteger as minorias, e que pode exigir, nessa mesma medida, um exame judicial mais minucioso. (ELY, 2010, 100 e 101)

À luz desse esquema interpretativo, é razoável supor o que Ely pretendia ao justapor *democracia* e *desconfiança* no título do livro: democracia evocaria a força motriz da Constituição americana; desconfiança seria a postura cautelosa, quiçá, cética, a ser adotada pelo intérprete do texto constitucional. Essa desconfiança é dirigida ao próprio procedimento majoritário que torna as maiorias naturalmente defensoras do *status quo* político<sup>19</sup>. Por essa razão, é bastante sensato presumir então que o arranjo institucional ótimo para Ely é aquele em que o controle de constitucionalidade é de competência do Poder Judiciário<sup>20</sup>. (ELY, 2010, 142)

A tese inscrita na nota de rodapé permite indicar quais seriam os sintomas do mau funcionamento do sistema político: i) os incluídos obstruem os canais de mudança política para

<sup>18</sup> Com base nessas suposições, Ely (2010, 98) rejeita o rótulo de intervencionista atribuído à Corte Warren. Diferentemente do alegado, a jurisprudência da Corte Warren não teria arrogado a si as competências dos legisladores, impondo valores substantivos. O foco de sua atuação seria assegurar a lisura do processo político.

<sup>19</sup> Esta intuição de Ely é defendida na literatura da Ciência Política por autores como Mayhew (2004) e Arnold (1990), que apontam como objetivo primário de um legislador a sua recondução ao cargo.

<sup>20</sup> Numa situação de desacordo tão arraigado sobre a decisão constitucional seria inviável recorrer a critérios procedimentais, haja vista (i) a própria divergência com relação a eles e (ii) a inaptidão política para solucionar o impasse. A conclusão óbvia seria retirar da competência popular a possibilidade de decidir sobre questões procedimentais, como forma de salvaguardar a própria democracia. Este é, para Waldron (2009, 260) o *background* argumentativo da teoria de Ely. Todavia, Waldron rejeita esta ilação por reputá-la antidemocrática: não se pode supor que os indivíduos são capazes de tomar decisões de ordem substantiva, porém inábeis para solucionar os impasses procedimentais.

se assegurarem no poder em detrimento dos excluídos; ii) embora garantidos voz e voto, a maioria recorrentemente impõe alguma desvantagem à minoria, por meio de subterfúgios hostis e preconceituosos. (ELY, 2010, 137)

Para reparar essas disfunções políticas, no exercício do controle de constitucionalidade das leis, o julgador deveria i) circunscrever-se, na medida do possível, ao texto constitucional; ii) avaliar se os canais de participação política estavam abertos na ocasião da elaboração da lei<sup>21</sup>; iii) verificar se há medidas discriminatórias contra minorias<sup>22</sup> (BINENBOJM, 2010, 102).

### 3.1 Algumas críticas à teoria de John Hart Ely

No capítulo final do seu livro, Ely responde a alguns questionamentos. Se o processo legislativo se sobrepõe ao conteúdo das leis, logo uma lei que aprovasse um regime como o holocausto, seria constitucional? Ely argumenta que a sua teoria jamais se coadunaria com uma hipótese como essa, já que seu propósito é justamente evitar a vitimização de uma minoria. (ELY, 2010, 244) Uma segunda questão suscitada se refere à possibilidade de o Parlamento, democraticamente, aprovar uma lei absolutamente esdrúxula que imponha a todos uma situação adversa – como proibir a remoção da vesícula biliar. Segundo Ely, numa democracia, a resposta deveria partir dos eleitores, que deveria repudiar nas urnas aqueles parlamentares favoráveis à lei.

Dworkin (2005) também é reticencioso com alguns pontos da teoria de Ely, mormente com relação a distinção entre processo e conteúdo. Se ele propõe que a corte garanta a lisura do processo político, necessariamente Ely adota uma concepção *valorativa* de democracia. Uma concepção *certa* de democracia. E assim deve ser porque não há uma definição do que seja democracia: o seu sentido é um território em disputa. Tudo isso escancara uma contradição no raciocínio de Ely: a adoção de uma determinada ideia de democracia implica em escolhas de moralidade política e, pois, de conteúdo, a serem resguardadas pela corte.

Uma última ponderação. Waldron (2009, 252-254) também indica que proposição de Ely estaria incompleta, uma vez que apoiada exclusivamente sobre os direitos constitutivos do processo democrático, negligenciando uma segunda categoria de direitos absolutamente essencial: os direitos que conformam às condições necessárias para a legitimidade democrática – que não estão vinculadas aos aspectos procedimentais.

---

<sup>21</sup> Nesse caso, o papel da Corte é desobstruir os canais de mudança política. No curso do livro, Ely analisa a jurisprudência da Suprema Corte em questões sensíveis a esse assunto, como a aplicação da Primeira Emenda, o direito do voto e transparência do processo legislativo.

<sup>22</sup> Ely diz que compete aos Tribunais facilitar a representação de minorias. Embora detentoras de voz e voto, muitas vezes as minorias ainda são vitimadas pela maioria por meio de ardis. A corte, portanto, deveria estar atenta à classificações e motivações suspeitas e discriminatórias que denegassem algum direito a uma minoria.

#### 4 A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SEGUNDO JEREMY WALDRON

Jeremy Waldron é um dos mais veementes críticos da *judicial review* na teoria constitucional contemporânea. Tem se destacado por propugnar uma virada na agenda da teoria constitucional, afastando-a da teoria da justiça, rumo a discussões relativas às teorias da autoridade e da democracia (WALDRON, 2004, p. 3). Haveria, então, duas dimensões incomunicáveis: a teoria da autoridade – quem deve decidir- e a teoria da justiça – o que se deve decidir (MENDES, 2011, p.194).

Waldron parte da constatação de que os membros de uma sociedade estão (i) imersos de boa-fé em desacordos sobre questões de direitos e de justiça<sup>23</sup>, porém a sociedade como tal (ii) precisa tomar decisões coletivas. A sua aposta é que a forma mais adequada para solucionar essas discordâncias genuínas é por meio de um procedimento decisório democrático, que leve em consideração o princípio da igualdade política e o direito de participação de cada membro da comunidade política (WALDRON, 2004, 282).

O direito de participação é o consectário lógico da circunstância de desacordo. O fato de lhe ser atribuído o título de direito dos direitos não lhe assegura primazia sobre os demais. A participação estaria na dimensão da teoria da autoridade, enquanto os demais no campo da teoria da justiça.

O direito de participar é uma conquista histórica da cidadania e, portanto, os membros de uma comunidade têm direito de decidir principalmente as questões de princípios, e não só as de política, num paralelo com Dworkin. Retirar-lhes esse direito é antidemocrático porque impede que aqueles sujeitos ao desacordo possam resolvê-lo.

Por sua vez, a igualdade política torna cada indivíduo um agente moral apto a participar equanimemente das discussões sobre direito e justiça. É a ideia de igualdade política que está subjacente na defesa que Waldron faz da dignidade da regra majoritária. A circunstância de desacordo exige uma igualdade procedimental (*input*) e não de resultados, como a democracia constitucional de Dworkin preconiza.

Com base nesses pressupostos, Waldron articula sua crítica baseada em direitos ao controle de constitucionalidade. É fundamental no seu raciocínio a diferença entre decisões sobre democracia e decisões por meios democráticos. O *judicial review* discutiria questões acerca da democracia por meios antidemocráticos. Pelo ângulo da teoria da autoridade, não importa a

---

<sup>23</sup> “There are many of us, and we disagree about justice” é a célebre frase de abertura do livro “Law and Disagreement” (WALDRON, 2004, p. 1) Tradução nossa: “Há muitos de nós, e discordamos sobre justiça”.

substância das decisões, pois, nenhuma instituição produz necessariamente respostas corretas sobre moralidade política. O que legitima a decisão é o procedimento: quem decide.

Ao alçar o Poder Judiciário como a última instância decisória - autorizando-o inclusive a invalidar uma lei aprovada pelo Poder Legislativo- retira-se do próprio povo a “*certeza de que suas decisões prevalecerão*”. (WALDRON, 2010, p. 95)

#### 4.1 Qual modelo de *judicial review*?<sup>24</sup>

A principal distinção que Jeremy Waldron faz é identificar dois modelos de controle de constitucionalidade: o forte e o fraco<sup>25</sup>. No primeiro, “*os tribunais têm autoridade para deixar de aplicar uma lei em um processo [...] ou para modificar o efeito de uma lei para deixar sua aplicação em conformidade com direitos individuais.*” Além disso,

os tribunais nesse sistema têm autoridade para instituir como matéria de direito que uma dada lei ou disposição legislativa não será aplicada, de modo que, em consequência da força vinculante dos precedentes e da preclusão da questão, uma lei cuja aplicação foi recusada pelos tribunais torna-se para todos os efeitos letra morta. Uma forma ainda mais forte de controle de constitucionalidade consistiria em dar poderes aos tribunais para excluir totalmente uma lei de uma vez por todas. Alguns tribunais europeus têm essa autoridade. Parece que os tribunais norte-americanos não a têm, mas o verdadeiro efeito de sua autoridade não está muito aquém daquela. (WALDRON, 2010, p. 100).

Já o sistema de controle de constitucionalidade fraco permite que os tribunais possam “*examinar minuciosamente a legislação quanto à sua conformidade com direitos individuais, mas não podem se recusar a aplicá-la (ou moderar sua aplicação) simplesmente porque os direitos seriam, em caso contrário, violados.*” (WALDRON, 2010, p. 101).

#### 4.2 As quatro pressuposições básicas do caso essencial

A oposição ao *judicial review*, sobretudo ao modelo forte, não é incondicional. Jeremy Waldron se esforça para distinguir entre casos essenciais e não essenciais. O filósofo neozelandês está

<sup>24</sup> Uma primeira ressalva essencial que deve ser feita é que a crítica refere-se exclusivamente ao controle de constitucionalidade sobre a “*legislação primária promulgada pelo parlamento eleito de um Estado politicamente organizado*”. Ele desconsidera qualquer forma de controle sobre os atos do Poder Executivo. (WALDRON, 2010, p. 99)

<sup>25</sup> Esta distinção nada tem a ver com a questão da supremacia judicial: “*esta supremacia se refere à situação em que (1) os tribunais decidem questões importantes para todo o sistema político, (2) essas decisões são tratadas como absolutamente vinculantes para todos os outros atores do sistema político e (3) os tribunais não acatam as posições tomadas sobre esses assuntos por outros poderes (nem mesmo na medida em que acatam suas próprias decisões passadas de acordo com um princípio limitado de força vinculante dos precedentes)*”. (WALDRON, 2010, p. 100)

interessado nos casos essenciais, isto é, uma sociedade que reúne as quatro características que se seguem, *in verbis*:

Devemos imaginar uma sociedade que possua: (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias; (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos. (WALDRON, 2010, p.106).

A estarem presentes estas quatro características, uma dada sociedade deveria resolver as suas discordâncias relativas a direitos pela via legislativa. Ademais, o argumento favorável ao *judicial review*, nestas circunstâncias, tornar-se-ia frágil: “*se essas pressuposições se sustentarem, a posição a favor de consignar tais discordâncias ao judiciário para a resolução final é fraca e não convincente, não havendo necessidade de as decisões legislativas sobre direitos serem reavaliadas pelos tribunais.*” (WALDRON, 2010, p. 106)

Jeremy Waldron destaca, com relação à primeira pressuposição, que as instituições democráticas são capazes de promover um debate sério sobre direitos, cuja fase deliberativa valoriza os princípios da igualdade política e da responsabilidade dos representantes políticos. Assim, esta primeira presunção já contribuiria para rejeitar argumentos favoráveis ao *judicial review*, ou seja, “*que razão pode existir para se querer erigir um processo não eletivo para revisar, e algumas vezes anular, o trabalho feito pelo parlamento?*” (WALDRON, 2010, 108)

Quanto à segunda categoria de pressuposições, as instituições judiciais, há duas considerações importantes. A primeira se refere à não eletividade-representatividade da maioria dos membros do Poder Judiciário. Mesmo quando seus membros são selecionados por eleições, “*o judiciário não é permeado por um ethos de eleições, representação e responsabilidade eleitoral da maneira que o legislativo o é.*” (WALDRON, 2010, p. 109). A segunda ponderação diz respeito ao fato de também os juízes discordarem sobre direitos (quarta pressuposição) o que os obriga a adotar um procedimento decisório que, frequentemente, é o da maioria simples.

No que tange ao comprometimento com os direitos, terceira pressuposição, os membros de uma sociedade devem aceitar que indivíduos tenham “*certos interesses e que [eles] têm direito a certas liberdades que não deveriam ser-lhes negadas simplesmente porque isso seria mais conveniente para a maioria.*”

(WALDRON, 2010, p.111) Tal compromisso com direitos pode inclusive vir estampado em Declarações de Direitos ou mesmo nos textos constitucionais<sup>26</sup>.

Por fim, a quarta pressuposição, atinente à discordância sobre direitos<sup>27</sup>. Neste ponto, o autor preocupa-se com as discordâncias razoáveis e de boa-fé. Um outro ponto fundamental de seu argumento é que embora a discordância seja inelutável, reconhece-se que as posições contrárias devem ser levadas a sério justamente por sermos agentes morais responsáveis.

### 4.3 Exposição geral da crítica

Até aqui, a apresentação preocupou-se em alicerçar a posição teórica de Jeremy Waldron – identificando seu alvo (controle de constitucionalidade forte) e as condições subjacentes a sua crítica (as quatro pressuposições).

Cumpre-nos agora indicar quais são os argumentos utilizados pelo filósofo neozelandês para refutar a teoria e a prática do *judicial review*. Após repisar que toda a sua tese se assenta na ideia da discordância e do comprometimento com direitos, o autor aponta que o caminho a ser trilhado é articular “*uma teoria da legitimidade para o procedimento decisório que deve conciliar suas [dos membros da comunidade] discordâncias*” (WALDRON, 2010, p. 118), ainda que saibamos que todo procedimento decisório é imperfeito<sup>28</sup>.

A partir, portanto, desta necessidade premente de se instituir um procedimento decisório legítimo, são introduzidos dois tipos de razões que devem ser ponderadas nesta operação teórica: razões relacionadas ao processo e razões relacionadas ao resultado. A primeira delas<sup>29</sup> estimula que “*determinada pessoa tome uma decisão, ou participe de sua tomada, independentemente de considerações sobre o resultado apropriado*” (WALDRON, 2010, p. 119). Por sua vez, a razões relacionadas com o resultado “*são razões para projetar o procedimento de decisão de uma maneira que assegurará o resultado apropriado*” (WALDRON, 2010, p. 120)

#### 4.3.1 Razões relacionadas ao resultado e ao processo

<sup>26</sup> Jeremy Waldron refuta a tese de que a assunção de uma carta de direitos implique automaticamente na adoção de um sistema de controle de constitucionalidade. A sua oposição ao judicial review é baseada num “*compromisso forte e generalizado com direitos*” e não numa “*confrontação entre defensores de direitos e oponentes de direitos*” (WALDRON, 2010, p. 112)

<sup>27</sup> Não há que se confundir aqui discordância sobre direitos e relativismo moral. Jeremy Waldron é taxativo a respeito da imiscibilidade dos dois conceitos (WALDRON, 2010, p. 115)

<sup>28</sup> A imperfectibilidade dos processos decisórios é ilustrada com o “paradoxo da democracia” de Richard Wolheim, que, para Jeremy Waldron, é extensiva a todas as modalidades decisórias. Trata-se da “*disonância entre o que se considera a escolha certa e o que se considera a escolha produzida pelo procedimento decisório que se vê como legítimo*”. (WALDRON, 2010, p. 119)

<sup>29</sup> As mais conhecidas razões relacionadas ao processo são aquelas baseadas na igualdade política, no direito democrático ao voto e no direito de se manifestar (WALDRON, 2010, p. 120)

Jeremy Waldron reputa como inconclusivas as razões relacionadas ao resultado. Ora elas destacam fragilidades do processo decisório legislativo, ora ressaltam as vulnerabilidades do processo decisório judicial.

Não obstante, há uma associação quase imediata – e equivocada – das razões relacionadas ao resultado com a tese favorável ao *judicial review*. Isto decorreria sobretudo de um sentimento compartilhado de que as decisões legislativas estão sempre submetidas a interesses e de que a maioria dos argumentos mais difundidos contrários ao *judicial review* seriam relacionados ao processo.

Com relação a essas razões, Jeremy Waldron contradiz três alegações favoráveis ao *judicial review*: (i) “*questões de direitos são apresentadas aos tribunais no contexto de casos específicos*”<sup>30</sup>; (ii) “*abordagem dos tribunais às questões de direitos é orientada para o texto de uma Declaração de Direitos*”<sup>31</sup>; e (iii) “*o raciocínio e a fundamentação desempenham um papel proeminente na deliberação judicial*”<sup>32</sup>. (WALDRON, 2010, p.127)

As razões relacionadas ao processo estão associadas à teoria da legitimidade política, cuja atribuição primeira é oferecer uma explicação plausível à indicação de uns e não de outros como responsáveis para tomar decisões. (WALDRON, 2010, p. 135). Desse modo, Jeremy Waldron formula duas questões hipoteticamente elaboradas por um cidadão comum de uma dada sociedade:

(1) por que deveria esse grupo de aproximadamente 500 homens e mulheres (membros do legislativo) ser privilegiado para decidir uma questão de direitos que afeta a mim e a outras 500 milhões de pessoas? E (2) mesmo que eu aceite o privilégio dado a esses 500, por que não foi dado maior peso aos pontos de vista daqueles legisladores com os quais eu concordo [ou] (1) por que esses nove homens e mulheres decidem sobre o assunto? E (2) mesmo que decidam, por que deveriam tomar sua decisão utilizando o procedimento que empregam em vez de um procedimento que dê mais peso aos juízes com pontos de vista que Cn apoia? (WALDRON, 2010, p. 136 e 139)

Como se vê, a instituição de um procedimento legislativo ou judicial precisa responder satisfatoriamente a essas questões. Para Jeremy Waldron, é inegável que em sociedades

<sup>30</sup> Dizer que os juízes lidam com casos concretos é meramente um mito. A medida em que ações sobem para instâncias superiores, a discussão torna-se mais e mais abstrata. Em contrapartida, no processo legislativo, as decisões estão abertas às considerações particulares, aos lobbies etc. Ademais, os parlamentares podem recorrer a consultas e audiências públicas. (WALDRON, 2010, p. 127)

<sup>31</sup> A interpretação de Declarações de direitos por partes de juízes pode descambar para um puro “*formalismo textual*”, além do fato de que as “*palavras tendem a assumir vida própria, tornando-se o chavão obsessivo para expressar tudo o que se possa querer dizer sobre o direito em questão*”. Por fim, Jeremy Waldron menciona o excesso de teorias interpretativas suscitadas pelos juízes, o que lhes afasta da discussão central que é o caso em disputa. (WALDRON, 2010, p.129)

<sup>32</sup> Jeremy Waldron questiona o entendimento comum de que as decisões judiciais são qualitativamente superiores às decisões legislativas. Os juízes estariam obcecados em se apoiar em textos seculares ou em construir “*analogias e desanalogias*” desesperadas diante das decisões anteriores. Ao revés, a experiência parlamentar britânica forneceria exemplos a manchieis sobre o alto nível deliberativo dos parlamentos. (WALDRON, 2010, p. 131-132)

democráticas é o Poder Legislativo quem está mais bem estruturado a convencer os cidadãos de sua legitimidade: 1) o método eleitoral, fundado no princípio da igualdade política, justifica a seleção daqueles poucos habilitados a decidir; 2) o método decisório adotado no Legislativo é o da decisão majoritária, que “*é neutra em relação aos resultados contestados, trata os participantes com igualdade e dá a cada opinião expressa o maior peso possível compatível com a igual ponderação de todas as opiniões.*” (WALDRON, 2010, 136).

Ao seu turno, os defensores do *judicial review* teriam dificuldades em responder a essas mesmas perguntas. Mesmo que nomeados por autoridades representativas, os juízes não são responsabilizáveis por suas decisões como são os legisladores, via eleições, por exemplo. (WALDRON, 2010, p. 140) Quanto à segunda indagação, os juízes decidem por maioria simples; todavia, a decisão majoritária tem para os julgadores uma dimensão moral distinta daquela atribuída aos legisladores:

A DM [decisão majoritária] é apropriada para pessoas que tenham uma razão moral para insistir em serem vistas como iguais em alguns processos decisórios. No entanto, não consigo ver qualquer base moral para essa razão no caso dos juízes da Suprema Corte. Eles não representam ninguém. Sua reivindicação para participar é funcional, não é uma questão de prerrogativa. (WALDRON, 2010, p. 141)

Com essas considerações, Jeremy Waldron conclui pela superioridade do processo de decisório legislativo. E o faz, sempre ressaltando que, diante das discordâncias inerentes às sociedades modernas, o método mais democrático possível para a resolução dessas disputas é aquele que trata os indivíduos como iguais, que lhes garante o direito de participação e que permite a responsabilização política dos decisores.

#### 4.4 Falácia da tirania da maioria

A última objeção às decisões legislativas diz respeito à repisada tese da tirania da maioria. A vetusta alegação sugere que se deveria instituir um mecanismo, nos moldes do *judicial review*, que atuasse como anteparo às maiorias parlamentares de ocasião, que poderiam se valer do seu número para excluir direitos de minorias políticas.

Primeiramente, Jeremy Waldron conceitua como tirania a negação de direitos a alguém. Nesse caso, a ela estaria sempre à espreita porquanto a discordância sobre direitos é inerente às sociedades modernas, independente do modelo decisório adotado. Nesta hipótese, a adoção de um processo decisório legislativo suavizaria a tirania, pois a decisão “*não foi tomada de uma maneira que excluísse tiranicamente determinadas pessoas da participação como iguais.*” (WALDRON, 2010, p. 146).

Jeremy Waldron assume a possibilidade teórica da tirania da maioria, naqueles casos em que houver a confusão entre minorias tópicas e minorias decisórias. Essa hipótese, contudo, não seria possível dentro do amplo quadro articulado pelo autor porque feriria a pressuposição do compromisso genuíno com direitos individuais e de minorias<sup>33</sup>:

a qualidade de membro da maioria decisória pode ser a mesma daquela da maioria tópica e a qualidade de membro da maioria decisória – aqueles que votaram contra a injustiça – pode ser a mesma daquela da minoria tópica. [...] Esses são os casos, na minha opinião, com os quais deveríamos estar especialmente preocupados quando falamos da “tirania da maioria”. [...] Para fazer isso [demonstrar que algo tirânico ocorreu após um processo decisório utilizando-se a DM] teríamos que demonstrar duas coisas a mais: 1) que a decisão realmente foi errada e tirânica em suas implicações para os direitos das pessoas afetadas e 2) que eu era um membro da minoria tópica cujos direitos foram negativamente afetados por essa decisão errada. O ponto a lembrar aqui é que nada de tirânico acontece a mim meramente em virtude do fato de a comunidade da qual sou membro não ter agido de acordo com minha opinião. (WALDRON, 2010, 147 e 148)

## 5 CONCLUSÃO

Passamos em revista três teorias influentes na literatura jurídica constitucional. São formulações absolutamente originais, em seus pressupostos, propósitos e conclusões, que tentam lidar com o buslís da teoria do controle de constitucionalidade: é ela democrática? Como vimos, a resposta afirmativa ou negativa depende da concepção de democracia que cada autor elabora.

Apesar de tanto esforço teórico, é interessante constatar que a maior parte das democracias contemporâneas adota uma forma de controle de constitucionalidade -o que não significa que a controvérsia esteja restrita aos departamentos de direito constitucional. É um fato assinalável que o princípio da supremacia legislativa declina, mesmo onde era a regra de ouro da política, como no caso da Inglaterra com a adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Igualmente, as democracias mais recentes, oriundas da famigerada “terceira onda de democratização”, optaram por algum modelo de controle.

Esta constatação insinua que as teorias constitucionais sejam inconclusivas. Faz-se necessário estabelecer um diálogo interdisciplinar para se compreender nuances que escapam às lentes dos juristas. Uma possibilidade é recorrer a literatura politóloga, especialmente nos estudos sobre arranjos institucionais e relações entre poderes. Autores contemporâneos como Mendes (2011), Ginsburg (2003), Hirschl (2004) têm se ocupado em deslindar as relações de poder que permeiam a instituição de órgãos com competência para examinar a constitucionalidade de leis. De certo modo, não estão preocupados em avaliar a legitimidade democrática deste mister institucional,

---

<sup>33</sup> Neste ponto, cabe destacar uma conclusão certa de Jeremy Waldron: “a prática do judicial review não pode fazer nada a favor dos direitos de minorias se não houver o apoio de toda a sociedade aos direitos de minorias.” (WALDRON, 2010, 155)

mas com os seus processos decisórios e com os seus impactos sobre sistema político como um todo. É oportuno dizer que isso não é uma estratégia evasiva, é antes uma tentativa de encarar a questão por outros ângulos. Mas uma tentativa, diga-se, agregativa, que não menospreza a teoria constitucional ou democrática.

Com essas bases, tentam justificar ou refutar o sistema de controle, sem, contudo, se prender *tout court* à celeuma em que os teóricos do direito estão profundamente envolvidos, e, que, aliás, intitula este artigo: o fundamento democrático do controle de constitucionalidade(?).

## REFERÊNCIAS

- ARNOLD, R. Douglas. **The logic of congressional action**. 1ªed. New Haven: Yale University Press, 1990.
- BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz(organizadores). **Limites do controle de constitucionalidade**. 1ªed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009
- BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz(organizadores). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- BINENBOJM. Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García(organizadores). **El canon neoconstitucional**. 1ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In.: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García(organizadores). **El canon neoconstitucional**. 1ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Is democracy posible here? Principles for a new political debate**. 1ª ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FEREJONH, John; PASQUINO, Pasquale. Rule of democracy and rule of law. In.: PRZEWORSKI, Adam; MARAVALL, José María. **Democracy and the rule of law**. 1ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**. Constitutional courts in Asian cases. 1ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. The origins and consequences of the new constitutionalism. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

MAYHEW, David R. **Congress: the electoral connection**. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRZEWORSKI, Adam; MARAVALL, José María. **Democracy and the rule of law**. 1ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. 2ª ed. Nova Iorque : Oxford University Press: 2004.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. 1ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In.: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz(organizadores). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

WALDRON, Jeremy. O *judicial review* e as condições da democracia. In.: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz(organizadores). **Limites do controle de constitucionalidade**. 1ªed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

WALDRON, Jeremy. **Representative lawmaking**. Disponível em <<http://128.197.26.3/law/central/jd/organizations/journals/bulr/volume89n2/documents/WALDRON.pdf>> Acesso em: 20.fev.2015.

WALDRON, Jeremy. **Five to four: why do bare majorities rule on courts?** Disponível em <<http://www.yalelawjournal.org/essay/five-to-four-why-do-bare-majorities-rule-on-courts>> Acesso em: 20.fev.2015.