

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E AS TESES DEFENDIDAS POR JEREMY WALDRON E RONALD DWORKIN

JUDICIAL REVIEW IN BRAZIL AND THE THESIS CAUGHT BY JEREMY WALDRON AND RONALD DWORKIN

Carolina Flávia Freitas de Alvarenga Nogueira*

RESUMO

O presente ensaio tem como escopo estudar o debate do controle de constitucionalidade travado por Jeremy Waldron e Ronald Dworkin e a influência dessas teorias no ordenamento brasileiro. A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica na área do Direito Constitucional Brasileiro e Comparado. Com base no princípio da separação de poderes apresentada por Montesquieu, questiona-se: o controle de constitucionalidade no Brasil é uma intromissão do Poder Judiciário no Poder Legislativo? O exercício do controle de constitucionalidade afronta os princípios democráticos? Dois autores tratam do tema de modo peculiar e defendem ideias totalmente opostas: Jeremy Waldron e Ronald Dworkin. Das teses defendidas por eles, apresentam-se duas correntes: uma que traz argumentos favoráveis ao controle de constitucionalidade judicial e outra que apresenta argumentos contrários que buscam preservar a instituição do legislador na participação do regime democrático. Assim, o objetivo deste estudo é apresentar essas duas teses demonstrando o ponto de vista de cada uma e qual delas melhor se adapta ao ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Jeremy Waldron; Ronald Dworkin; *Judicial review*; *Marbury versus Madison*.

* Mestranda em Direito e Políticas Públicas do Uniceub – DF. Participante do grupo de pesquisa Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável do Uniceub. Pós-graduada em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Bacharel em Ciências Jurídicas pelo Uniceub. Tem experiência na área de Direito com ênfase em Direito Público. Advogada na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT desde setembro de 2008.

ABSTRACT

This paper has the objective to analyze the discussion of judicial review, caught by Jeremy Waldron and Ronald Dworkin and the influence of these theories in the Brazilian legal system. The methodology used was the bibliographical research in the Brazilian Constitutional and Comparative Law. Based on the principle of separation of powers by Montesquieu, it is necessary to study if the constitutionality control in Brazil would be an intrusion of the judiciary in the legislative branch. Moreover, it is necessary to answer the question: the exercise of judicial review affront to democratic principles? Two authors deal with the peculiar way of the theme and defend diametrically opposed ideas: Jeremy Waldron and Ronald Dworkin. Based on theses they can show the two currents: one that brings arguments in favor of judicial constitutional control and another that presents opposing arguments that seeks to preserve the institution of the legislature in the participation of the democratic regime. The objective of the study is to present these two theses, showing the point of view of each and which of these best fits to Brazil.

Keywords: Constitutionality control; Jeremy Waldron; Ronald Dworkin; Judicial review; *Marbury versus Madison*.

INTRODUÇÃO

164

De acordo com Montesquieu, cada Estado tem três espécies de poder, necessários para que um cidadão não tema outro cidadão: o Poder Legislativo (o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas); o Poder Executivo, do qual depende o direito das gentes (faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões); e o Poder Judiciário, de que depende o direito civil (pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos é o poder de julgar)¹.

O presente estudo pretende apresentar as teorias defendidas por Jeremy Waldron e Ronald Dworkin acerca do controle de constitucionalidade, de modo a aplicá-las na realidade brasileira. Estaria o controle de constitucionalidade afrontando os princípios democráticos?

Antes de apresentarmos essas teorias, entendemos pertinente fazer um breve histórico da origem do controle de constitucionalidade desde o período da Grécia Antiga, da *Common Law* na Inglaterra, do caso *Marbury versus Madison* e alguns outros casos que foram surgindo ao longo da história até a divisão didática hoje existente entre controle difuso (norte-americano) e concentrado (austríaco).

¹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962, p. 181.

Em seguida, trataremos a realidade brasileira do controle de constitucionalidade, relembando rapidamente o instituto em todas as constituições da história do país até a Constituição de 1988. Será dado destaque ao controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal relacionando-o às teses de Waldron e Dworkin.

A ORIGEM DO DEBATE ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes de adentrarmos especificamente nas discussões de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin acerca do controle de constitucionalidade, necessário se faz apresentarmos sua origem histórica. Apesar de o caso *Marbury versus Madison* ser um marco importante no surgimento dessa discussão, é possível verificar alguns autores que trazem exemplos incipientes do controle de constitucionalidade em momentos mais remotos.

Nesse sentido, Ronaldo Poletti² menciona três tempos assim definidos: a) o mais remoto remete-se ao período da Grécia Antiga; b) *Common Law* na Inglaterra; c) caso *Marbury versus Madison*.

Na Grécia, o controle de constitucionalidade foi iniciado por meio do *Graphé Paranomón*, um instrumento jurídico semelhante ao controle de constitucionalidade que possibilitava a qualquer cidadão exercitar o direito de acionar o autor de uma moção ilegal, por escrito, indicando a lei que entendera haver sido violada, podendo ser atacada por vício de forma, para impedir o abuso do direito de iniciativa das leis pelos cidadãos, restringindo o Poder Legislativo³.

Por sua vez, na Inglaterra, as categorias do Direito Natural foram aplicadas para anular leis contrárias ao *Common Law*, e o rei só poderia julgar por intermédio de juízes. O caso apresentado é o de *Bonham*, ocorrido em 1610, em que se decidiu pela *Court of Common Pleas*⁴, conforme o juiz Edward Coke. Em síntese, o caso retrata a situação de um médico, Dr. *Bonham*, que não obtivera sua licença e recusava-se a obter uma. A Corte julgou seu pedido de forma favorável com base em uma série de argumentos, entre eles o de que “ninguém deveria ser autorizado a praticar medicina em Londres sem prévia aprovação do *Royal College of Physicians* e que a pena a ser aplicada seria o pagamento de uma multa⁵.

O contexto histórico dos Estados Unidos no final de 1800 era de eleições presidenciais, sendo eleito presidente Thomas Jefferson em substituição a John Adams. No Congresso, os federalistas, que ainda detinham maioria, articularam-se para

² POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

³ POLETTI Ronaldo, *Controle da constitucionalidade das leis*, op. cit.

⁴ POLETTI Ronaldo, *Controle da constitucionalidade das leis*, op. cit.

⁵ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira Victor. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. [Tese de Doutorado] São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 32.

conservar sua influência política por meio do Poder Judiciário. Assim, em 13 de fevereiro de 1801, fizeram aprovar uma lei de reorganização do Judiciário federal, por via da qual, entre outras providências, reduziram o número de ministros da Suprema Corte e criaram dezesseis novos cargos de juiz federal⁶.

Um dos nomeados, William Marbury, teve seu documento lavrado, assinado e chancelado no Governo Adams, mas não entregue pelo novo Secretário de Estado, James Madison, razão pela qual Marbury solicitou à Suprema Corte Americana a expedição de um *mandamus* ordenando a Madison a entrega da comissão de juiz de paz do Distrito de Columbia⁷.

Em 1803, o novo secretário de Estado, John Marshall (Secretário de Estado no Governo Adams), reconheceu que Marbury tinha direito à comissão e que as leis norte-americanas lhe facultavam recurso para reclamá-la, mas, de forma habilidosa⁸, afirmou que a Corte não era competente para o *mandamus* requerido, pois fundado em lei, ao passo que apenas a Constituição poderia atribuir competência à Corte.

O caso Marbury *versus* Madison revelou a importância do sistema norte-americano na construção do Direito, pois foi o primeiro dos constitucionais *test cases*, que iniciaram a longa história da Suprema Corte dos Estados Unidos na evolução do controle de constitucionalidade das leis. Trata-se de um caso singular que, se fosse julgado nos dias de hoje, provavelmente não teria o mesmo desdobramento: Marshall (Secretário de Estado) deveria dar-se por impedido, pois tinha interesse pessoal direto no caso; Marshall e o então presidente Adams pertenciam ao Partido Federalista, que foi derrotado pelo presidente Thomas Jefferson. O voto de Marshall, na verdade, refletiu as circunstâncias políticas. Estabeleceu-se a competência do Judiciário para rever os atos do Executivo e do Legislativo à luz da Constituição. Era o seu próprio poder que estava demarcando o Poder Judiciário sobre os outros dois ramos do governo. A Suprema Corte estaria como última intérprete da Constituição – questões políticas não estariam sujeitas ao controle do Judiciário⁹.

Três casos dificultaram a consolidação da doutrina do controle de constitucionalidade de Madison: 1) proposta de *impeachment* do juiz Samuel Chase, em que Marshall negociou as prerrogativas; 2) declaração de constitucionalidade do Banco dos Estados Unidos, com desenvolvimento da doutrina dos poderes implícitos da União; e 3) oposição de Lincoln no caso do escravo Dred Scott.

⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Controle de constitucionalidade – evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. *Revista dos Tribunais*, v. 920, p. 133, jun. 2012.

⁸ AMARAL JÚNIOR, Controle de constitucionalidade – evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*, op. cit.

⁹ POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Apenas para contextualizar aquele período histórico, cabe mencionar os casos que sucederam o *Marbury versus Madison*. No caso *Mac Culloch versus Maryland* (1819), discutiu-se o problema da divisão dos poderes do governo norte-americano, separados pela Constituição entre o Governo Federal e o dos Estados. No caso do escravo *Dred Scott*, o Chefe de Justiça Roger B. Taney (1857) defendeu a tese de que os negros não tinham capacidade jurídica e não podiam agir perante os tribunais. A partir de 1895-1937, surgiu uma nova fase: a interpretação constitucional passou a beneficiar o mundo dos negócios. Em 1895, quando do *Trust* do Açúcar, a lei Sherman contra os *trusts* industriais foi afastada, definindo-se o comércio apenas como transporte. Em 1945, no caso *Brown versus Board Education*, reconheceu-se à filha de um pastor negro o direito de frequentar a escola pública próxima de sua residência em vez de transportar-se na conformidade da lei estadual até uma escola de negros.

Esse modelo ficou conhecido pela doutrina como Sistema Norte-americano de Controle de Constitucionalidade ou difuso. Em contrapartida, Hans Kelsen foi o introdutor do controle de constitucionalidade na Europa por meio da Constituição da Áustria em 1920, denominado controle ou sistema austríaco (modelo concentrado)¹⁰.

A seguir, apresentar-se-ão os debates sustentados por Waldron e Dworkin no que tange à democracia e ao controle de constitucionalidade.

AS TESES DEFENDIDAS POR JEREMY WALDRON E RONALD DWORKIN

Há uma discussão quanto aos argumentos favoráveis ou não ao controle jurisdicional de constitucionalidade, entendido como o “encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento entre o legislador e o juiz”¹¹ – uma verdadeira tentativa de justiça constitucional.

Nesse sentido, questiona-se se o controle de constitucionalidade se atenta contra a democracia (participação do povo na tomada de decisões). Tal debate pode ser sustentado de acordo com as ideias defendidas por Ronald Dworkin¹² e Jeremy Waldron¹³, que são completamente opostas.

Por um lado, Jeremy Waldron sustenta a ilegitimidade do controle de constitucionalidade ou *judicial review*, buscando preservar a instituição do legislador

¹⁰ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1009.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Fabris: Porto Alegre, 1992, p. 26.

¹² DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution. *Albert Law Review*, n. XXVIII, 1989-1990, p. 324-346.

¹³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1406.

na participação do regime democrático contra-argumentando a tese de Ronald Dworkin, de outro lado, sobre a leitura moral da Constituição¹⁴.

Para Dworkin, a intervenção judicial estaria fortalecendo a democracia à medida que invalidaria uma lei para restabelecer as condições democráticas, quais sejam a participação, a igual consideração e o respeito por parte dos membros da comunidade e a independência moral¹⁵. Por sua vez, para Waldron, caso os membros da sociedade votem de maneira imparcial, eles devem ser consultados para decidir sobre questões relacionadas a quais direitos lhes são atribuíveis¹⁶.

Uma das críticas de Waldron¹⁷ a Dworkin é quanto à valorização da decisão judicial como principal ato estatal que dispõe sobre direitos. Waldron aponta que o direito e os desacordos andam juntos e coloca o direito à participação nas decisões públicas como o direito dos direitos¹⁸. Além disso, Waldron confronta outra ideia-base de Dworkin: a de que os Tribunais são as instâncias mais adequadas para resolver questões de desacordo moral, pois o debate legislativo tende a ser viciado.

O fato é que Waldron não se atém meramente a rebater as ideias de Dworkin, mas pretende, com seu estudo, resgatar a dignidade da legislação, de modo a desmistificar a razão de essa atividade, fruto da regra majoritária, ser tão malvista, de modo geral, até mesmo pelos pensadores do direito¹⁹.

168

Para Dworkin, o controle judicial de constitucionalidade não ofenderia a democracia, pois este retrata a maioria e compreende as condições essenciais da participação moral, cujo respeito também se impõe. Por sua vez, Waldron aponta o caráter antidemocrático da revisão judicial à medida que ela retira dos titulares dos direitos a decisão sobre eles, partindo da premissa equivocada de que o parlamento não é a instância adequada para argumentar sobre princípios.

Na linha defendida por Waldron, é imprescindível a maximização do direito de participação para que todos se realizem igualmente como sujeitos

¹⁴ WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as condições da democracia*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Tradução de Julia Sichiari Moura. (Coleção ANPR de direito e democracia) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 243-270.

¹⁵ FERREIRA, Emanuel de Melo. *A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade à luz de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2723d092b63885e0>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

¹⁶ FERREIRA, Emanuel de Melo. *A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade à luz de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron*, op. cit.

¹⁷ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

¹⁹ FERREIRA, Emanuel de Melo. *A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade à luz de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2723d092b63885e0>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

autônomos em votação pública, sem a prevalência da Corte sobre o legislador²⁰, já que o *judicial review* não protege o direito das minorias²¹. Por sua vez, os que defendem a revisão judicial acham que a proteção das minorias virá de elites. Para Dworkin, a interpretação da Constituição pelo Poder Legislativo só é cabível se deixarmos de lado a ideia de que a Constituição protege a maioria contra possíveis abusos de poder da maioria.

Importante informação é que Waldron deixa claro que seus argumentos contrários à revisão judicial focavam países em que a adoção desse instituto ainda estava em aberto, e não o debate norte-americano, que já estaria consolidado²².

Os pontos que fundamentam a sua interpretação do texto constitucional se baseiam, portanto, na análise política e legal e em uma correta avaliação da lei com base em princípios igualitários. Dworkin também observa, nesse processo, os métodos clássicos da interpretação – como o histórico, o econômico –, mas uma leitura moral leva-o a encontrar o melhor princípio, o melhor entendimento que uma igualdade moral requer, isenta das percepções pessoais do juiz²³.

O Poder Judiciário, concebido na defesa das minorias e das maiorias, segundo Dworkin, estaria mais apto a deferir sobre os interesses das partes, já que não estaria diretamente ligado a nenhuma delas e não precisaria responder eleitoralmente à maioria. O Juiz tem cargo vitalício, não é eleito e, como tal, estaria mais apto a defender os direitos das partes em questão. Contudo, na visão democrática, dar-se-ia muita força à maioria, fazendo com que esta legislasse em causa própria²⁴.

Além disso, Ronald Dworkin²⁵ questiona se a forma existente de controle de constitucionalidade é antidemocrática. Isso porque, por um lado, os juízes que compõem as altas cortes são indicados e não eleitos, e, por outro, os secretários de estado também não são eleitos e podem causar danos, mas o Presidente

²⁰ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. [Tese de doutorado] São Paulo: Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008.

²¹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1406.

²² MENDES, MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. [Tese de doutorado] São Paulo: Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008, p. 169.

²³ DUTRA, Yuri Frederico. *Democracia e controle de constitucionalidade a partir da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas*. [Dissertação de mestrado] Florianópolis: Centro de Filosofia e Ciências Humanas (CFH) da Universidade Federal de Santa Catarina, 2010.

²⁴ SPICA, Marciano Adilio. *Controle de constitucionalidade e democracia em Ronald Dworkin*. Disponível em: <<http://www.paradigmas.com.br/parad32/32.9.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

²⁵ DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution. *Albert Law Review*, n. XXVIII, 1989-1990, p. 324-346.

é e pode causar danos inimagináveis ao País. A tese do controle de constitucionalidade como antidemocrático se apegua à questão de que um sistema que dá grande poder político aos juízes parece ofensivo ao princípio de que em uma democracia os agentes são escolhidos pelo povo e respondem a ele.

Em analogia à figura do juiz com o personagem semideus Hércules²⁶. Dworkin objetiva “conferir às decisões judiciais aspectos de certeza, segurança, moralidade, justiça que necessariamente são assegurados por meio das respostas certas, mesmo nos casos considerados de difícil interpretação diante de conflito aparente de regras e princípios”²⁷.

Assim, o poder político pode ser mensurado em duas dimensões: horizontal (pela comparação de poderes entre cidadãos e grupos); e vertical (pela comparação de poderes entre cidadãos e agentes políticos). Por exemplo: na igualdade de voto, é possível averiguar a igualdade de impacto e de influência de cada sujeito; na igualdade de influência, tem-se, por exemplo, a capacidade de influenciar a crença, o voto e a escolha de um terceiro²⁸.

Ainda em Dworkin, o indivíduo é parte do coletivo, mas uma parte independente e importante. A adesão a uma unidade de responsabilidade coletiva envolve reciprocidade: “um sujeito não é membro da unidade coletiva, compartilhando sucesso e fracasso, a menos que seja tratado como membro pelos demais, o que significa aceitar que o impacto da ação coletiva em sua vida e interesses é importante para o pleno sucesso da ação no seu impacto na vida e nos interesses (...)”²⁹. Os tribunais e juízes devem ser únicos e não podem ser sobrepostos ao Poder Legislativo, segundo Dworkin. Porém, ele defende que a importância da decisão majoritária deve ser relativizada³⁰.

Para Waldron, a autoridade legislativa é obtida “afastando-se a má reputação da legislatura tida como centro de negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitorais”³¹. A ideia de Waldron era resgatar a dignidade do Legislativo de modo a assegurar as liberdades democráticas, preservando o princípio da igualdade entre cidadãos e

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁷ SILVA, Dirlene Gregório Pires da. *O novo paradigma de controle de constitucionalidade difuso*. A legitimação do Supremo Tribunal Federal: entre Dworkin e Waldron, de 08 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-novo-paradigma-de-controle-de-constitucionalidade-difuso-a-legitimacao-do-supremo-trubunal-federal-entre-dwo,41023.html>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

²⁸ DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution. *Albert Law Review*, n. XXVIII, 1989-1990, p. 324-346.

²⁹ DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution, op. cit., p. 324-346.

³⁰ DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution, op. cit., p. 324-346.

³¹ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

permitindo a participação de todos nas decisões que regerão a sociedade³², e defender um *judicial review* forte, no qual “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”³³.

Os que defendem o *judicial review* argumentam que o instituto ajuda a fortalecer nosso comprometimento para ensinar aos participantes de uma nova democracia a valorizar os direitos ou para dar às minorias garantias que não estão disponíveis em um sistema puramente governado pela maioria³⁴.

Em síntese, Waldron defende que o *judicial review* seria inapropriado em uma sociedade democrática para assegurar os direitos das minorias, que deveriam ter como direito primordial a participação nas decisões públicas. Por sua vez, Dworkin alega que, em sendo o juiz detentor de um cargo vitalício, não eleito, estaria mais apto a defender direitos das partes, principalmente das questões morais que, quando discutidas no âmbito do Poder Legislativo, tendem a ser mais viciadas.

Assim, traçado esse paralelo entre as ideias levantadas por Waldron e por Dworkin, podemos perceber que o retrato do povo dentro de uma sociedade democrática é feito por meio dos membros do Poder Legislativo, que são eleitos por aquele povo. Nesse sentido, um forte argumento para defender a tese de que o controle de constitucionalidade é antidemocrático é o fato de os juízes não serem eleitos.

A seguir, vejamos como fica a discussão do controle de constitucionalidade no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro e a aplicabilidade das teorias de Waldron e Dworkin.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E O DIREITO COMPARADO

O Estado Democrático de Direito no Brasil pode ser conceituado como a “organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira”³⁵.

³² SILVA, Dirlene Gregório Pires da. *O novo paradigma de controle de constitucionalidade difuso. A legitimação do Supremo Tribunal Federal: entre Dworkin e Waldron*, de 08 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-novo-paradigma-de-controle-de-constitucionalidade-difuso-a-legitimacao-do-supremo-tribunal-federal-entre-dwo,41023.html>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

³³ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 98.

³⁴ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*, op. cit., p. 112.

³⁵ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 139.

De maneira sucinta, vejamos como as Constituições Brasileiras de cada período trataram o controle de constitucionalidade.

A Constituição do Império (1824) não regulou o controle jurisdicional de constitucionalidade. Naquele período, o Poder Legislativo tinha a tarefa de fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como velar pela guarda da Constituição; existia também o Poder Moderador³⁶.

Por sua vez, a Constituição Republicana (1891) estabeleceu o sistema de controle incidental ou difuso, no qual todos os órgãos do Poder Judiciário tinham o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a constituição. Por meio da Emenda Constitucional de 1926, conferiu expressamente a todos os tribunais federais ou estaduais competência para decidir sobre a constitucionalidade das leis federais, aplicando-as ou não no caso concreto, aprimorando a redação das normas constitucionais sobre o assunto.

A Constituição de 1934 manteve o controle incidental ou difuso, trazendo, todavia, importantes inovações: extinguiu o quórum da maioria absoluta dos membros dos tribunais para as decisões sobre inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público; e previu a suspensão pelo Senado da execução de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Essa constituição significou expressivo marco na progressão do país rumo ao controle direto de constitucionalidade.

172

A Constituição de 1937 (Polaca/ Estatuto do Estado Novo) foi autoritária e não dava espaço para discussões acerca do controle de constitucionalidade.

Na Constituição de 1946, houve um avanço na regulamentação da representação interventiva, por meio de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual que contrariasse os princípios constitucionais sensíveis.

A Constituição de 1967 manteve o controle difuso e o controle abstrato instituído pela EC n. 16/1965 regulando a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, perante o Supremo Tribunal Federal outorgando o poder de iniciativa, exclusivamente, ao Procurador-Geral da República.

Por fim, a Constituição de 1988 manteve o nosso sistema híbrido ou misto de controle da constitucionalidade, combinando os modelos difuso e concentrado. Prevalece no Brasil o entendimento de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroativa.

O artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal³⁷ assegura a “separação dos Poderes”. Mas como é o papel de cada um desses poderes na prática no que tange ao controle de constitucionalidade?

³⁶ POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

³⁷ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos Poderes.”

Sabe-se que, no Brasil, o tipo de controle de constitucionalidade mais usado atualmente é o advindo do modelo europeu, que é o controle concentrado de constitucionalidade. Neste, cabe a apenas um órgão, a corte constitucional (o Supremo Tribunal Federal), julgar os casos de inconstitucionalidade.

O controle de constitucionalidade é “o sistema ou mecanismo por meio do qual é verificado se as normas infraconstitucionais são compatíveis com os ditames do Texto Magno”³⁸. Em síntese, é o poder do Judiciário de invalidar uma norma aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo em face de uma norma superior (Constituição Federal). Pergunta-se: esse instituto seria compatível com a democracia? Não seria uma afronta ao princípio da separação de poderes? O fato é que a ampliação do papel do Poder Judiciário³⁹ está presente nos tempos atuais, passando a ser denominada ativismo judicial ou, ainda, judicialização da política, que é a transformação das decisões do campo parlamentar ou Executivo para as Cortes.

Uma análise interessante foi feita no artigo de Dirlene Gregório⁴⁰, no sentido de que alguns julgados do Supremo Tribunal Federal têm ocupado espaços destinados aos Poderes Legislativo e Executivo, a exemplo da ADI n. 3685/DF, Rel. Min(a). Ellen Gracie, *DJ* 10/08/2006, na qual o Supremo proferiu decisão final sobre a possibilidade ou não de verticalização de coligações para a disputa das eleições presidenciais; ADI 3.999/DF e ADI 4.086/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 12/11/2008, que tratou da fidelização do parlamentar ao partido político pelo qual se elegeu; Rcl. n. 7.759/PB, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 26/02/2009, que definiu a chefia do Poder Executivo estadual em caso de vacância; MS 26.441/DF, rel. Min. Celso de Mello; *DJ* 25/04/2007, direito da minoria parlamentar em instaurar CPI; ADI 3.510/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto; *DJ* 05/03/2008, deliberação sobre a possibilidade de pesquisas científicas; Pet n. 3.388, rel. Min. Carlos Ayres Britto; *DJ* 19/03/2009, demarcação da área de reserva indígena; e, também, audiência pública realizada para debater acerca da organização da política pública de saúde ocorrida em 27/04/2009.

Cumpre destacar ainda que, em julgado das células-tronco embrionárias, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes se manifestou no sentido de que o Supremo Tribunal Federal também deve ser entendido como a casa do povo nos mesmos moldes do Poder Legislativo:

³⁸ FIEL, Adamir de Amorim; ARCOVERDE, Bruno de Medeiros; ROCHA, Carlos Odon Lopes da; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2011, p. 83.

³⁹ SILVA, Dirlene Gregório Pires da. *O novo paradigma de controle de constitucionalidade difuso*. A legitimação do Supremo Tribunal Federal: entre Dworkin e Waldron, de 08 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-novo-paradigma-de-controle-de-constitucionalidade-difuso-a-legitimacao-do-supremo-tribunal-federal-entre-dwo,41023.html>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

⁴⁰ SILVA, Dirlene Gregório Pires da. *O novo paradigma de controle de constitucionalidade difuso*. A legitimação do Supremo Tribunal Federal: entre Dworkin e Waldron, op. cit.

(...) O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas.

Assim, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal tem ampliado sua atuação e avançado na competência dos demais poderes, exercendo muito mais que processar e julgar. O objetivo das ideias de Dworkin e Waldron é resolver a questão da legitimidade democrática da corte constitucional e o estabelecimento dos limites e possibilidades da interpretação constitucional, seja para possibilitar uma ampla atuação judicial, modulando limites para além dos julgados, seja para estabelecer uma postura mais moderada⁴¹.

O fato é que, nos termos previsto na Constituição Federal, a ideia harmonia e equilíbrio entre os três poderes (art. 2º, CF), não precisando falar em qualquer diferenciação nesse sentido, para que não haja afronto à democracia, não tendo sido conferido legitimidade democrática ao Poder Judiciário para inserção em questões políticas.

CONCLUSÃO

174

Desde Montesquieu, tem prevalecido nos regimes democráticos a ideia de separação e independência harmônica de três poderes principais: Executivo; Legislativo; e Judiciário. Na Constituição de 1988, o Princípio da Separação dos Poderes, encartado no artigo 2º, estabelece a organização dos poderes estatais e o relacionamento entre eles.

Mas, afinal, o mecanismo segundo o qual o Poder Judiciário verifica se as normas infraconstitucionais são compatíveis com a Constituição Federal promulgada pelo povo viola sua participação na tomada de decisões?

O tema é complexo e não há uma resposta simplista para o tema. No entanto, temos sentido atualmente no Brasil uma verdadeira crise entre os três poderes: há uma preponderância do Poder Executivo sobre os demais poderes e certa ingerência do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Dessa forma, as teorias defendidas por Jeremy Waldron e Ronald Dworkin reacendem uma questão importante e atual acerca de como tem sido a relação entre o Poder Legislativo e Judiciário no Brasil.

De fato, o Poder Judiciário tem adentrado de certa forma na competência do Poder Legislativo, o que tem nos levado a aceitar melhor, pelo menos no presente

⁴¹ SILVA, Dirlene Gregório Pires da. O novo paradigma de controle de constitucionalidade difuso. A legitimação do Supremo Tribunal Federal: entre Dworkin e Waldron, op. cit.

momento, a Teoria de Waldron, segundo a qual o controle de constitucionalidade baseado em direito é inapropriado para sociedades razoavelmente democráticas, cujo principal problema não é o fato de que seus membros discordem sobre direitos. Contudo, para o funcionamento da tese de Waldron seria necessário, como ele mesmo propõe, a redução da quantidade de legisladores, sendo, no caso do Brasil, 513 deputados federais e 81 senadores⁴².

Na verdade, essa ingerência do Poder Judiciário se dá, de certa forma, em atendimento a vontade do Poder Executivo, que muitas vezes se vê sem apoio do Poder Legislativo ou por opção deste último na submissão de assuntos mais polêmicos. Porém, entendemos que, com base na experiência e na prática vivenciada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não há maturidade e condições necessárias que permitam encararmos uma sociedade sem a aplicação do controle judicial de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Controle de constitucionalidade – evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. *Revista dos Tribunais*, v. 920, p. 133, jun. 2012.
- BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Fabris: Porto Alegre, 1992.
- DUTRA, Yuri Frederico. *Democracia e controle de constitucionalidade a partir da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas*. [Dissertação de mestrado] Florianópolis: Centro de Filosofia e Ciências Humanas (CFH) da Universidade Federal de Santa Catarina, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Equality, democracy and constitution*. *Albert Law Review*, n. XXVIII, 1989-1990, p. 324-346.
- FIEL, Adamir de Amorim; ARCOVERDE, Bruno de Medeiros; ROCHA, Carlos Odon Lopes da; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2011, p. 83.
- MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. [Tese de doutorado] São Paulo: Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁴² Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/portal/congresso/atribuicoes>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônicio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Dirlene Gregório Pires da. *O novo paradigma de controle de constitucionalidade difuso*. A legitimação do Supremo Tribunal Federal: entre Dworkin e Waldron, de 08 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-novo-paradigma-de-controle-de-constitucionalidade-difuso-a-legitimacao-do-supremo-trubunal-federal-entre-dwo,41023.html>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

SPICA, Marciano Adilio. *Controle de constitucionalidade e democracia em Ronald Dworkin*. Disponível em: <<http://www.paradigmas.com.br/parad32/32.9.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira Victor. *Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito*: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. [Tese de doutorado] São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1406.

WALDRON, Jeremy. O *judicial review* e as condições da democracia. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Tradução de Julia Sichieri Moura. (Coleção ANPR de direito e democracia) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 243-270.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

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