





SILVA, Marcos Antonio da.

O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE SOB UMA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA: O INDIVÍDUO COMO PROTAGONISTA

Marcos Antonio da Silva¹

 <https://orcid.org/0000-0003-0007-6630>

 <https://doi.org/10.33871/27639657.2026.6.1.11945>

RESUMO: O presente artigo examina a legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis a partir da perspectiva do indivíduo como protagonista. A pesquisa parte da premissa de que o cidadão comum, ao suscitar a inconstitucionalidade de leis perante os tribunais, exerce uma forma de participação política que aproxima o *judicial review* dos ideais democráticos. O estudo dialoga criticamente com as objeções de Jeremy Waldron acerca do déficit democrático da jurisdição constitucional, contrapondo-as aos fundamentos filosóficos do jusnaturalismo, do contratualismo e do liberalismo político clássico. Examina-se ainda a contribuição das reflexões de Isaiah Berlin sobre os dois conceitos de liberdade e de Ronald Dworkin acerca da unidade dos valores morais para a fundamentação democrática do controle de constitucionalidade. Conclui-se que a participação do indivíduo no processo de controle das leis, mediante provocação da jurisdição, constitui mecanismo relevante de aperfeiçoamento democrático, especialmente quando consideradas as limitações da representação política nas democracias contemporâneas.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Democracia. Indivíduo. Liberdade. Jeremy Waldron.

JUDICIAL REVIEW FROM A DEMOCRATIC PERSPECTIVE: THE INDIVIDUAL AS PROTAGONIST

Abstract: This article examines the democratic legitimacy of judicial review from the perspective of the individual as protagonist. The research starts from the premise that ordinary citizens, when challenging the constitutionality of laws before courts, exercise a form of political participation that brings judicial review closer to democratic ideals. The study critically engages with Jeremy Waldron's objections regarding the democratic deficit of constitutional jurisdiction, contrasting them with the philosophical foundations of natural law theory, contractualism, and classical political liberalism. It also examines the contribution of Isaiah Berlin's reflections on the two concepts of liberty and Ronald Dworkin's thoughts on the unity of moral values to the democratic foundation of judicial review. The conclusion suggests that individual participation in the process of judicial review constitutes a relevant mechanism for democratic improvement, especially considering the limitations of political representation in contemporary democracies.

Keywords: Judicial review. Democracy. Individual. Liberty. Jeremy Waldron.

¹ Universidade Estadual de Londrina – UEL. E-mail: marcosasilva789@gmail.com



Artigo publicado em acesso aberto sob a licença Creative Commons Attribution 4.0 International Licence.



INTRODUÇÃO

O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis constitui tema central da filosofia política e do direito contemporâneos, suscitando debates acerca de sua compatibilidade com os princípios democráticos. A questão fundamental que se coloca pode ser assim sintetizada: como justificar democraticamente a atribuição do poder de invalidar leis aprovadas pelos representantes do povo a juízes não eleitos?

O presente artigo propõe uma abordagem alternativa para essa problemática, deslocando o foco tradicionalmente centrado na atuação dos tribunais para a figura do indivíduo que desencadeia o processo de controle jurisdicional. Sustenta-se a tese de que a possibilidade conferida ao cidadão comum de arguir a inconstitucionalidade das leis perante os tribunais representa uma forma relevante de participação política, capaz de conferir legitimidade democrática ao *judicial review*.

A pesquisa dialoga criticamente com as objeções formuladas por Jeremy Waldron, um dos mais influentes críticos contemporâneos da revisão judicial. Para Waldron (1999a; 2018a), a existência de desacordos morais profundos e persistentes nas sociedades democráticas (as “circunstâncias da política”) deveria ser resolvida no âmbito legislativo, mediante procedimentos majoritários que respeitam a igualdade política dos cidadãos. A transferência dessa atribuição para tribunais compostos por juízes não eleitos violaria o princípio democrático fundamental do direito de participação igualitária na criação das leis.

Contra essa posição, argumenta-se que o indivíduo, ao suscitar a inconstitucionalidade das leis, exerce uma forma de cidadania ativa que encontra respaldo nas tradições filosóficas do jusnaturalismo, do contratualismo e do liberalismo político clássico. Como observa Cappelletti (1999b, p. 06-07), trata-se de uma forma de lidar com “aquela ânsia insuprimível [...] que está no coração de todo homem, de transcender o comum e o ordinário; é uma forma de lidar com



aquela coragem e audácia de violar uma lei injusta, ou seja, uma forma de dar vazão a tudo isso por uma via minimamente institucionalizada”.

O artigo estrutura-se em quatro seções, além desta introdução e das considerações finais. A primeira seção apresenta os esclarecimentos metodológicos e as premissas teóricas que orientam a investigação. A segunda seção examina criticamente as objeções de Jeremy Waldron ao controle judicial de constitucionalidade. A terceira seção articula os fundamentos filosóficos do jusnaturalismo, do contratualismo e do liberalismo político clássico em favor da legitimidade democrática do *judicial review*. A quarta seção explora as contribuições das filosofias de Isaiah Berlin e Ronald Dworkin para a fundamentação da tese defendida.

2 ESCLARECIMENTOS PRÉVIOS E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

2.1 Premissas metodológicas

O desenvolvimento de uma tese filosófica requer o estabelecimento de balizas metodológicas que orientem o raciocínio e delimitem o escopo da investigação. Neste estudo, adota-se uma concepção ampla de controle jurisdicional de constitucionalidade, abrangendo suas diversas modalidades – concentrado ou difuso, principal ou incidental, por ação ou omissão – sem o aprofundamento em minudências processuais que, embora relevantes para a prática jurídica, não impactam substancialmente a discussão filosófico-política aqui empreendida.

A expressão “jurisdição constitucional” será utilizada como sinônima de “controle jurisdicional de constitucionalidade das leis”, ressalvando-se que, embora semanticamente mais ampla (podendo abarcar também a aplicação direta da constituição), interessa-nos especificamente a função revisora dos tribunais sobre a produção legislativa. Essa advertência, deveras, é significativa, já que a jurisdição constitucional, não raro, lida com outro problema fundamental em nossos dias: o da aplicação direta do texto constitucional.



Assume-se, ademais, que a legitimidade para suscitar a inconstitucionalidade deve ser considerada a partir da perspectiva do indivíduo-cidadão. Mesmo nos sistemas em que o rol de legitimados inclui instituições como ministério público, mesas legislativas ou partidos políticos, parte-se do pressuposto de que, em última análise, é o interesse do indivíduo que fundamenta a arguição de inconstitucionalidade. Esta premissa encontra respaldo na máxima latina *ducor, non duco* (“conduzo, não sou conduzido”), que expressa a satisfação e o orgulho, que ninguém consegue mensurar, de ver que a sua contribuição foi aceita para a construção do direito constitucional em benefício de outros que se encontram em igual situação.

2.2 O problema da legitimidade democrática

A despeito da ampla aceitação do controle judicial de constitucionalidade nos textos constitucionais das democracias contemporâneas – cerca de 80% delas, conforme Barroso (2018) –, persiste um “mal-estar” teórico acerca de sua legitimidade democrática. Este mal-estar decorre fundamentalmente da tensão entre dois princípios: de um lado, a supremacia da vontade popular expressa na lei aprovada pelos representantes eleitos; de outro, a necessidade de submeter essa mesma vontade aos limites impostos pela constituição.

A criação dos tribunais constitucionais *ad hoc* no constitucionalismo europeu do pós-guerra representou uma tentativa de mitigar esse déficit democrático. Tais tribunais, situados fora da estrutura do Poder Judiciário e compostos não apenas por juízes togados, mas também por professores, advogados e membros do parlamento, com mandatos temporários em vez de vitalícios, buscam conciliar a função de controle com maior abertura democrática. Nas palavras de Streck (2019, p. 101): *sem dúvida, o modelo de justiça constitucional com tais características mostrar-se-á eficaz para a consolidação das democracias e dos direitos sociais e fundamentais nas nações europeias.*

No entanto, a configuração institucional, por si só, não resolve a questão filosófica de fundo. Como observa Dworkin (2011, p. 398): *toda defesa da revisão judicial com teor democrático deve ser feita de outra forma: ela deve argumentar que a revisão judicial aperfeiçoa, em seu conjunto, a*

Revista Paranaense de Filosofia, v. 6, n. 1, p. 122 – 137, Jan./Jun., 2026.

ISSN: 2763-9657

Universidade Estadual do Paraná



legitimidade. O desafio, portanto, consiste em demonstrar que a jurisdição constitucional, longe de constituir um obstáculo à democracia, pode atuar como seu instrumento de aperfeiçoamento.

3 AS OBJEÇÕES DE JEREMY WALDRON AO *JUDICIAL REVIEW*

3.1 As circunstâncias da política

A crítica de Jeremy Waldron ao controle judicial de constitucionalidade fundamenta-se no reconhecimento do que ele denomina “circunstâncias da política”. Estas se caracterizam pela existência de desacordos amplos, profundos e persistentes acerca de questões fundamentais de justiça e de direitos nas sociedades democráticas contemporâneas.

Para Waldron, esses desacordos não podem ser adequadamente resolvidos no âmbito judicial por três razões fundamentais. Primeiro, a transferência da decisão para os tribunais viola o princípio da igualdade política, na medida em que substitui a deliberação entre representantes eleitos pelo voto de um pequeno grupo de juízes não eleitos. Segundo, os tribunais não internalizam, em sua composição, a diversidade de perspectivas existente na sociedade. Terceiro, a função pública dos juízes não é criar o direito, mas aplicá-lo – ao contrário do legislativo, cuja atribuição precípua é justamente a criação normativa.

A posição de Waldron (2018a) deve ser compreendida à luz de sua concepção de constitucionalismo, que se aproxima do modelo inglês de constituição não codificada, baseada na tradição e no *ethos* político moderado, em contraste com o modelo revolucionário francês ou americano de constituições escritas e rígidas, promulgadas em momentos constituintes excepcionais. Em outras palavras, a antiga postura inglesa, que nada mais é do que o peculiar modelo constitucional inglês de elaborar o poder político, consiste na longa tradição política, que enxerga, por si mesma, eventuais abusos no exercício do poder, sendo que ele próprio se encarrega de corrigi-los, mediante a recorrência a instrumentos tradicionalmente específicos.



3.2 Constitucionalismo específico e geral, constituições implícitas e explícitas

Waldron (2012; 2018a) distingue duas acepções de constitucionalismo. O constitucionalismo específico refere-se ao conjunto de normas constitucionais de determinada comunidade política em dado tempo e lugar, com suas peculiaridades e elementos distintivos. Já o constitucionalismo geral busca identificar elementos comuns e essenciais presentes em diversos sistemas constitucionais, independentemente de tempo e lugar, permitindo o estudo comparado das instituições constitucionais: *o que conta, pois, são as diferenças aferidas entre esses diversos sistemas constitucionais positivados*, enquanto no geral *o que realmente conta são as semelhanças entre as diversas constituições, entre as diversas teses doutrinárias e entre as diversas decisões tomadas pelos tribunais*.

Quanto às constituições, Waldron diferencia as implícitas – baseadas na tradição e em modos não planejados de fazer as coisas, como no modelo inglês mais antigo – das explícitas – que pressupõem regras e arranjos formalmente estabelecidos para limitar o poder político. Argumenta, no entanto, que mesmo uma ditadura possui constituição (no sentido de organização fundamental do poder), embora não apresente constitucionalismo no sentido normativo.

No que tange às constituições escritas e não-escritas, Waldron (2018a) sustenta que a constituição inglesa pode ser considerada escrita em sentido amplo, por ser formada por inúmeros documentos esparsos. A diferença crucial reside no fato de que, no modelo inglês, os direitos fundamentais foram sendo declarados gradualmente, sem a necessidade de uma assembleia constituinte excepcional que os condensasse em um único texto colocado no vértice do sistema jurídico.

3.3 O problema do fetichismo constitucional

Waldron (2018a) adverte que as constituições escritas e concentradas podem gerar um “fetichismo” em relação ao texto constitucional e sua interpretação, enfraquecendo o papel



SILVA, Marcos Antonio da.

institucional do legislativo na democracia. A predefinição de direitos fundamentais em declarações constitucionais e sua proteção por juízes não eleitos privaria o povo e seus representantes da responsabilidade moral de deliberar sobre questões fundamentais.

Para Waldron, o “direito dos direitos” – o direito fundamental que subjaz a todos os demais – é precisamente o direito de participar da criação das leis. A transferência dessa atribuição para os tribunais representa, assim, uma violação do princípio democrático mais elementar.

4 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO *JUDICIAL REVIEW*

4.1 Jusnaturalismo, contratualismo e liberalismo político clássico

A tradição jusnaturalista, ao afirmar a existência de princípios superiores de justiça que vinculam o próprio legislador, fornece fundamento histórico e filosófico para o controle de constitucionalidade. Como observa Cappelletti (1999a, p. 49-50), já na antiguidade ateniense se distinguia entre o *nómos* (lei em sentido estrito, de caráter fundamental) e o *pséfisma* (decreto), estabelecendo-se que este deveria ser “legal, seja na forma, seja na substância”, vale dizer, à luz daqueles princípios superiores. A tradição, portanto, era a de que os juízes atenienses estavam obrigados, por solene juramento, a julgar ‘Kata tous nómous Kai Katà psefismata’ (ou seja ‘segundo a lei e segundo os decretos’).

O contratualismo moderno, por sua vez, ao conceber a sociedade política como resultante de um pacto entre indivíduos livres e iguais, estabelece a base para a compreensão dos direitos fundamentais como limitações ao poder político. O indivíduo, nessa perspectiva, não é mero súdito, mas fonte de legitimidade do poder estatal.

O liberalismo político clássico contribui com a ênfase na proteção da liberdade individual contra as investidas do poder político, inclusive – e talvez principalmente – contra o poder exercido pela maioria. Como assinala Bobbio (2006a, p. 64-70), a razão de ser desses



SILVA, Marcos Antonio da.

fenômenos modernos é, sem dúvida, o indivíduo, já que, no liberalismo, fragmenta-se a sociedade até chegar ao indivíduo isolado e protege-se a liberdade individual em face do poder político do Estado, ao passo que, na democracia, esse mesmo indivíduo isolado se reconcilia com a sociedade em termos contratualistas para organizar politicamente o Estado.

Estas três tradições convergem para a valorização do indivíduo como centro da ordem política e para o reconhecimento de que existem limites ao poder da maioria, ainda que esta se expresse por meio de procedimentos democraticamente legitimados.

4.2 O indivíduo como protagonista do controle de constitucionalidade

A tese central que se propõe é a seguinte: o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis encontra justificativa democrática precisamente porque, em última análise, é o cidadão comum o seu protagonista. É o indivíduo que, ao arguir a inconstitucionalidade de uma lei perante os tribunais, desencadeia todo o processo de fiscalização constitucional. Nesse sentido, a perspectiva de que o indivíduo é o responsável por desencadear todo o processo em que a lei é alvo de julgamento e essa submissão da lei ao crivo da jurisdição por ele promovida legitima os juízes reflete o resíduo daquele sentimento de inconformismo derivado do direito de resistência. Além disso, o princípio da inércia da jurisdição – a exigência de que o juiz só atue quando provocado –, longe de ser uma debilidade, constitui precisamente o elemento que conecta o *judicial review* à participação democrática. É o cidadão quem decide se e quando a questão constitucional será submetida ao crivo do tribunal.

Esta perspectiva permite compreender o *judicial review* não como exercício de poder contramajoritário por uma elite judiciária, mas como instrumento de participação política do cidadão na configuração do direito. O indivíduo que questiona a constitucionalidade de uma lei está, em certa medida, contribuindo para a construção do ordenamento jurídico, exercendo uma forma de cidadania ativa que complementa – sem substituir – a participação por meio do voto e da representação política.



SILVA, Marcos Antonio da.

Como observa Waldron (2016, p. 212-213), ainda que de forma restrita, essa possibilidade de questionamento individual da decisão majoritária constitui um ponto a favor da revisão judicial. O próprio Jeremy Waldron oportuniza esse argumento, quando se refere especificamente ao papel do indivíduo diante da incompatibilidade da lei com a constituição, asseverando que essa opção de questionar a tomada de decisão majoritária, de que o indivíduo dispõe, é um ponto a favor da revisão judicial. Embora Waldron não estenda essa concessão à revisão judicial forte, ela sinaliza a abertura para uma compreensão mais democrática do instituto.

4.3 Democracia, representação política e participação individual

A democracia representativa contemporânea enfrenta desafios que tornam relevante a ampliação dos canais de participação política. O surgimento dos partidos políticos como mediadores entre sociedade e Estado, a crescente influência de grupos de interesse e *lobbies* econômicos, e a complexificação das pautas legislativas contribuíram para distanciar o cidadão comum dos processos decisórios. Assim, o protagonismo partidário, principalmente dos partidos políticos de massa, por mais curioso que possa parecer, ao invés de aproximar a distância entre representante e representado, os distanciou, deixando de ser a caixa de ressonância dos anseios populares.

Nesse contexto, a possibilidade de recorrer aos tribunais para questionar a constitucionalidade das leis representa um trunfo adicional nas mãos do indivíduo para equalizar o desequilíbrio entre a vontade majoritária e os direitos fundamentais. Como argumenta Shapiro (2011, p. 61), grupos marginalizados, que encontram dificuldade de acesso aos canais políticos tradicionais, podem nos tribunais obter a atenção que lhes é negada em outras instâncias. E são a esses grupos marginalizados, que defendem grupos potenciais e que acham impossível obter acesso aos ramos 'políticos', que os tribunais podem melhor servir.



5 LIBERDADE, PLURALISMO E DEMOCRACIA: CONTRIBUIÇÕES DE BERLIN E DWORKIN

5.1 Os dois conceitos de liberdade em Isaiah Berlin

Isaiah Berlin (2002) distingue dois conceitos fundamentais de liberdade. A liberdade negativa responde à pergunta: *Qual é a área dentro da qual o sujeito é ou deveria ser deixado para fazer ou ser o que é capaz de fazer ou ser, sem interferência de outras pessoas?* Trata-se da liberdade como não-interferência, como delimitação de um espaço inviolável para a ação individual. Ou seja, qual é o primeiro sentido político de liberdade que se tenta chamar de sentido ‘negativo’ que pode estar envolvido na resposta à pergunta à pergunta: *qual é a área dentro da qual o sujeito – uma pessoa ou grupo de pessoas – é ou deveria ser deixado para fazer ou ser o que ele é capaz de fazer ou ser, sem a interferência de outras pessoas?*

A liberdade positiva, por sua vez, responde a uma outra pergunta: *o que ou quem é a fonte de controle ou interferência que pode determinar que alguém faça ou seja uma coisa em vez de outra?* É a liberdade como autodomínio, como capacidade de o indivíduo ser senhor de si mesmo e realizar seu “verdadeiro eu”. Berlin a define nos seguintes termos: *O sentido ‘positivo’ da palavra ‘liberdade’ deriva do desejo de o indivíduo ser o senhor de si mesmo. Eu quero que minha vida e minhas decisões dependam só de mim, e não de forças externas de qualquer espécie.*

Berlin adverte para os perigos da liberdade positiva quando concebida de forma a permitir que alguém – o filósofo, o líder político, o sacerdote – pretenda conhecer o “verdadeiro eu” dos indivíduos melhor do que eles próprios, justificando assim a imposição coercitiva de determinados modos de vida. Esta advertência fundamenta seu pluralismo de valores: a tese de que os fins humanos são múltiplos, frequentemente incomensuráveis e passíveis de conflito, não havendo solução única que harmonize todos os valores legítimos. Enfim, o pluralismo, com a medida de liberdade negativa que ele implica, parece ser um ideal mais verdadeiro e mais humano do que os objetivos daqueles que buscam nas grandes estruturas disciplinadas e autoritárias o ideal do autodomínio das classes, dos povos ou de toda a humanidade.



5.2 A crítica de Ronald Dworkin e a unidade dos valores

Ronald Dworkin (2006; 2011) contesta o pessimismo de Berlin quanto à possibilidade de conciliação entre valores. Para Dworkin, os valores éticos e políticos formam uma estrutura integrada, uma “cúpula geodésica” em que cada valor se compreende à luz dos demais. A liberdade e a igualdade, por exemplo, não são necessariamente antagônicas: uma concepção adequada de igualdade (como igual consideração e respeito) requer liberdade para que os indivíduos possam desenvolver autenticamente suas concepções de vida boa, e uma concepção adequada de liberdade reconhece limites derivados do igual direito dos demais.

No que tange especificamente à liberdade, Dworkin distingue *freedom* (autonomia total para fazer o que se deseja) de *liberty* (liberdade como núcleo inviolável da dignidade pessoal). Enquanto Berlin equipara as duas noções, levando à conclusão inevitável do conflito entre liberdade e outros valores, Dworkin argumenta que apenas a autonomia total (*freedom*) pode legitimamente sofrer restrições; a liberdade propriamente dita (*liberty*) – o núcleo duro da independência ética – é inviolável.

Esta distinção permite a Dworkin sustentar que um governo democrático pode regular inúmeras atividades sem violar a liberdade dos cidadãos, desde que respeite sua independência ética em questões fundamentais (religião, orientação sexual, escolhas reprodutivas, convicções morais íntimas). A violação ocorre quando o Estado impõe uma concepção de vida boa a minorias que dela dissentem, não quando estabelece regras gerais que possibilitam a convivência social.

5.3 Aplicação ao controle de constitucionalidade: o exemplo do aborto

O exemplo do aborto, frequentemente utilizado por Waldron (2018a) para ilustrar seus argumentos, permite visualizar as implicações do debate para a legitimidade democrática do judicial review. Waldron imagina uma comunidade em que, após amplo debate, o parlamento aprova lei descriminalizando o aborto; um partido conservador derrotado recorre aos tribunais,



SILVA, Marcos Antonio da.

que declaram a lei inconstitucional com base na proteção à vida do nascituro. Para Waldron, este cenário exemplifica o caráter contrademocrático da revisão judicial.

Ocorre que o cenário inverso é igualmente possível: uma comunidade em que maioria conservadora no parlamento aprova lei criminalizando todas as formas de aborto, inclusive nos casos de estupro ou risco à vida da gestante; uma minoria derrotada recorre aos tribunais, que declaram a lei inconstitucional por violar direitos fundamentais das mulheres. Em qual dos dois cenários a decisão judicial seria mais democrática?

Dworkin (2019a) oferece uma via para responder a esta questão. Sustenta que a posição mais coerente com os valores democráticos fundamentais é aquela que reconhece a “objeção independente” ao aborto – a concepção de que a vida humana tem valor intrínseco e sagrado – mas que, precisamente por tratar-se de questão que envolve juízos éticos fundamentais, a decisão deve caber à mulher, como ente ético autônomo. A criminalização total do aborto, impondo uma única concepção moral a todos os cidadãos, viola a independência ética protegida pela liberdade negativa.

Nessa perspectiva, a decisão judicial que invalida a lei criminalizadora pode ser compreendida como proteção do espaço de autonomia individual contra a imposição majoritária de uma concepção moral particular – exatamente o tipo de intervenção que o pluralismo de Berlin recomenda e em que a concepção dworkiniana de liberdade se fundamenta.

5.4 O processo judicial como *locus* de participação democrática

Para além das questões substantivas, a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade também se fundamenta nas características procedimentais do processo judicial. Como observa Calamandrei (2018, p. 84-85), o processo não é um monólogo, mas um diálogo, uma troca de proposições e réplicas, um cruzamento de ações e reações. Esta



SILVA, Marcos Antonio da.

dialeticidade – expressa nos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal – constitui a mais preciosa característica do processo moderno.

Nesse contexto de o processo judicial não se um monólogo, mas de ser um diálogo, uma conversação, uma troca de proposições, de respostas, de réplicas; um cruzamento de ações e de reações, de estímulos e de contraestímulos, de ataques e de contra-ataques, é que ele se compara a um duelo ou um confronto esportivo, só que um duelo de persuasões e um confronto de argumentos.

O processo judicial, nesse sentido, é uma das encarnações mais concretas da democracia. É o instrumento em que a legalidade garante a liberdade e o método racional pelo qual a lei se aplica ao fato comprovado, em um regime em que a justiça está separada da política. A absorção do processo pela política significa arbítrio e irracionalidade (CALAMANDREI, 2003, p. 06).

Cappelletti (1999b, p. 101-102) enfatiza que as regras fundamentais que imprimem ao processo judiciário sua natureza única – a exigência de provocação da parte, a imparcialidade do juiz, o contraditório – constituem a melhor garantia da legitimidade democrática da função judiciária. Devemos nos lembrar, mais uma vez, de que as regras fundamentais de antiga sapiência, que imprimem ao processo judiciário a sua natureza única: a regra, segundo a qual, a função jurisdicional não pode ser exercida senão a pedido da parte, e aquela, segundo a qual, o juiz não pode ficar sujeito a pressões parcializadas e deve garantir o contraditório das partes. Pois bem, há de se entender que justamente no respeito a essas regras fundamentais está a melhor garantia da legitimidade democrática da função judiciária.

Enquanto o legislativo se legitima pela vontade majoritária, o judiciário legitima-se pela forma de sua atuação, por essas “virtudes passivas” que vinculam o juiz aos estritos contornos da lide. A diferença essencial entre legislativo e judiciário na criação do direito reside no “como” se produzem as normas, não “no que” se produz. O legislador está livre para iniciar o processo



SILVA, Marcos Antonio da.

legislativo quando julgar conveniente; o juiz, não: depende da provocação da parte. O legislador pode legislar sobre matérias gerais e abstratas; o juiz decide casos concretos. O legislador não está sujeito ao contraditório no mesmo sentido que o juiz. Estas diferenças procedimentais, longe de serem fraquezas, constituem a força específica da jurisdição.

Quando o cidadão comum argui a inconstitucionalidade de uma lei no bojo de um processo judicial, ele está exercendo uma forma de participação política que respeita essas virtudes passivas. Sua iniciativa desencadeia o procedimento, submete suas razões ao contraditório e provoca uma decisão fundamentada. O resultado – a eventual declaração de inconstitucionalidade – não é imposto arbitrariamente por uma elite judiciária, mas emerge de um processo dialógico em que o cidadão foi protagonista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso argumentativo desenvolvido neste artigo buscou demonstrar que o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis pode ser compreendido como instrumento de aperfeiçoamento democrático quando analisado a partir da perspectiva do indivíduo que o desencadeia.

As objeções de Jeremy Waldron, embora teoricamente consistentes e merecedoras da maior consideração, partem de uma concepção de democracia exclusivamente centrada no processo legislativo majoritário, que não esgota as possibilidades de participação política nas sociedades complexas contemporâneas. O “direito dos direitos” – o direito de participar da criação das leis – não precisa limitar-se ao voto e à representação parlamentar; pode manifestar-se também por meio do acesso aos tribunais para questionar a constitucionalidade das leis.

As tradições filosóficas do jusnaturalismo, do contratualismo e do liberalismo político clássico fornecem fundamentos para essa compreensão ampliada da participação política, ao situarem o indivíduo como centro da ordem jurídica e política e ao reconhecerem limites à



*O controle jurisdicional de constitucionalidade sob
uma perspectiva democrática:
o indivíduo como protagonista*

SILVA, Marcos Antonio da.

vontade majoritária. Em suma, o principal ponto da tese aqui defendida é, portanto, a compreensão de que a revisão judicial abraça a alternativa que possibilita a colaboração do cidadão comum no estabelecimento do direito. Com efeito, esse exercício cívico franqueado ao indivíduo se afina mais com os elementos da democracia direta do que propriamente com os da democracia representativa.

As reflexões de Isaiah Berlin sobre os dois conceitos de liberdade e o pluralismo de valores, bem como a crítica de Ronald Dworkin que aponta para a possibilidade de conciliação entre valores aparentemente antagônicos, contribuem para fundamentar a legitimidade democrática do *judicial review*. A proteção da liberdade negativa – o núcleo inviolável da independência ética – justifica a intervenção dos tribunais quando maiorias legislativas pretendem impor concepções morais particulares a minorias delas dissentes.

Por fim, as características procedimentais do processo judicial – a exigência de provocação da parte, o contraditório, a imparcialidade do juiz, a fundamentação das decisões – conferem à jurisdição uma forma específica de legitimidade democrática, distinta daquela que caracteriza a legislação, mas nem por isso menos relevante. O cidadão que argui a inconstitucionalidade de uma lei não está simplesmente recorrendo a uma instância técnica; está exercendo uma forma de cidadania ativa que contribui para a construção coletiva do direito.

A tese aqui defendida não implica a negação do valor da democracia representativa nem a substituição do legislativo pelos tribunais. Trata-se, antes, de reconhecer que a democracia se aperfeiçoa quando amplia os canais de participação do cidadão na vida pública, e que o controle jurisdicional de constitucionalidade, quando concebido a partir da iniciativa individual, pode constituir um desses canais. Afinal, devemos vislumbrar, democraticamente, a jurisdição constitucional pelo empenho do cidadão na vida político-constitucional da comunidade e na edificação de um sistema jurídico sólido e permeado dos valores caros à civilização.



REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009a.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006a.
- CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil, v. 1**. Campinas: Bookseller, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999a.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999b.
- DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019a.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- SHAPIRO, Martin. Judicial activism. In: **The Oxford companion to American law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018.