A JURISDIÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

JURISDICTION BETWEEN CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY

William Soares Pugliese[1]

RESUMO
O Direito Processual Civil e o Direito Constitucional têm compartilhado o estudo e as dúvidas acerca do tema da Jurisdição. Por óticas diferentes, as disciplinas procuram justificar os poderes e os efeitos das decisões jurisdicionais. Ocorre que o diálogo entre as duas é mínimo, de modo que o mesmo tema é tratado de forma muito díspar por grande parte da doutrina. O presente trabalho visa aproximar as duas correntes. Para tanto, em um primeiro momento, são apreciadas as teorias de dois autores clássicos, Chiovenda e Carnelutti, e dois autores contemporâneos, Luiz Guilherme Marinoni e Ovídio Baptista da Silva – todos advindos do Direito Processual Civil. Em um segundo momento, aproxima-se da ótica da Teoria do Direito e do Direito Constitucional, por meio da análise das teorias procedimentalistas e fundamentalistas como parâmetros de controle entre o constitucionalismo e a democracia. A partir destas duas óticas, passa-se à análise de um estudo empírico de Frederick Schauer a respeito da Suprema Corte norte-americana, que pode se mostrar bastante revelador. A partir dessas considerações, defende-se que as novas teorias da jurisdição devem se amoldar ao modelo constitucional vigente, respeitando não apenas os direitos fundamentais, mas também o jogo democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição. Constitucionalismo. Democracia.

ABSTRACT
Civil Procedural Law and Constitutional Law have shared the interest and doubts on the issue of jurisdiction. Through different optics, both disciplines aim to justify the powers and effects of jurisdictional decisions. What happens is that the dialogue that occurs between the two is minimal, so that the same subject is unevenly treated by much of the doctrine. This paper seeks to bring together the two rationales. At first, we shall proceed to an appreciation of theories of two classical authors, Chiovenda and Carnelutti, and two contemporary authors, Luiz Guilherme Marinoni and Ovídio Baptista da Silva - all arising from the Civil Procedural Law. On a second stage, we approach the perspective of legal theory and constitutional law through the analysis of proceduralists and fundamentalists theories, as control parameters between constitutionalism and democracy. From these two optics, we move on to the analysis of an empirical study of Frederick Schauer about the U.S. Supreme Court, which may prove quite revealing. From these considerations, it is argued that the new theories of jurisdiction must conform to the current constitutional model, not only respecting fundamental rights, but also the democratic game.

KEYWORDS. Jurisdiction. Constitutionalism. Democracy.

---

[1] Doutorando em Direitos Humanos e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Positivo e das Faculdades Integradas do Brasil (UNIBRASIL). Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. Advogado.

1. Introdução

São poucas as obras voltadas ao Direito Processual Civil que não se preocupam em explicar o conceito de jurisdição. Os cursos examinam a opinião de uma série de autores, até que se apresenta a concepção mais moderna, da qual se extraem um leque de características e efeitos jurisdicionais. Cada vez mais os conceitos de jurisdição têm buscado fundamentos no Direito Constitucional, de modo a justificar a proteção de direitos e garantias fundamentais.

Ao mesmo tempo, o Direito Constitucional, atento à atuação do Supremo Tribunal Federal e às Cortes Constitucionais dos demais países, tem se utilizado da terminologia "jurisdição constitucional" para se referir ao trâmite processual e à tomada de decisão nos tribunais superiores. Neste âmbito é examinada a teoria do controle de constitucionalidade, matéria que põe em choque dois dos elementos mais caros ao Estado de Direito: a democracia e os direitos fundamentais.

Ocorre, porém, que a "jurisdição" a que se referem os processualistas e os constitucionalistas é a mesma. Afinal, o poder jurisdicional é uno e indivisível. O que existe é somente uma divisão de competências, mas a atividade exercida pelo juiz singular e por um Ministro do Supremo é, essencialmente, a mesma.

Neste sentido, é necessário questionar qual a relação entre a jurisdição dos processualistas e a jurisdição dos constitucionalistas. Mais do que isso, é preciso buscar elementos que aproximem estes conceitos para que deixem de ser assuntos distintos.

O objetivo deste trabalho, em primeiro lugar, é apresentar noções preliminares do conceito de jurisdição expostos pela doutrina processual civil, tendo como objetivo fundamental investigar se a jurisdição tem poder criativo do direito, ou se ela se limita a aplicar as normas em vigor aprovadas pelo Legislativo.

Em seguida, será examinada a dualidade que tem preocupado os constitucionalistas entre a democracia e a proteção dos direitos fundamentais. As respostas obtidas desta análise têm vital importância para o conceito de jurisdição, pois é desta tensão que se extraem os limites à atividade jurisdicional, de modo a manter a divisão dos poderes do Estado de forma íntegra, evitando que o Judiciário assuma poderes que não deve ter.

Enfim, serão expostas algumas considerações finais, cujo verdadeiro intuito não é concluir, mas sim incentivar a reflexão. Se ao menos isto for alcançado, terá tido êxito o trabalho.

2. As diversas funções da jurisdição

Os processualistas italianos do século XIX afirmavam que a jurisdição moderna era marcada por um verdadeiro retorno ao conceito romano da *iurisdictio*. Para Chiovenda, este retorno deu-se sob uma perspectiva funcional[2], como demonstrar-se-á em seguida.

O autor italiano definiu a jurisdição como "a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva"[3]. O objetivo do conceito elaborado pelo autor era bastante delimitado: diferenciar a função jurisdicional das funções executiva e legislativa do Estado[4].

As diferenças entre as funções legislativa e jurisdicional são bastante simples de se apontar. Ao legislador pertence ditar as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos. À jurisdição cabe atuar estas normas[5].

A distinção para a função executiva já é mais complexa. A diferença consiste no fato de que a jurisdição é uma atividade substitutiva. Explica-se: no processo de conhecimento, a atividade intelectiva do juiz substitui a das partes e de todos os cidadãos, ao afirmar, ou não, a vontade concreta da lei nas situações de fato. Já no processo de execução, a jurisdição substitui a atividade material devida pela atuação dos órgãos do Estado. De uma forma ou de outra, fato é que a jurisdição atua a lei em substituição a uma atividade alheia.

A função executiva, por sua vez, toma a lei como norma de conduta, de acordo com o princípio da legalidade. Em outras palavras, o administrador tem o dever de agir em conformidade com a lei; o respeito às normas é a atividade primária da função administrativa[6], pelo que não há substituição de atividade. A lei se destina à própria administração. Na jurisdição, porém, as normas regulam atividades alheias, pelo que os dispositivos devem ser aplicados aos casos levados ao Judiciário.

---

[2] A observação é de SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 263.

[3] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 3.

[4] Estas três funções irradiam exclusivamente do Estado. Por este motivo, o autor não admitia a existência de nenhuma outra pessoa com poderes para aplicar a lei.

[5] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 5.

[6] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 12.

Resta saber o que era, para Chiovenda, o atuar a vontade concreta da lei. Esta expressão deve ser compreendida da forma mais restritiva possível, uma vez que o juiz possuía pouca liberdade para decidir. Não se deve olvidar que a obra do autor italiano tem fortes raízes no paradigma do Estado Liberal, que pregava ao juiz o mero dever de aplicar o texto legal. Vale dizer que "o direito nada mais era do que a lei, isto é, do que a norma geral a ser aplicada aos casos concretos"[7].

O poder do juiz, portanto, era mínimo. Inexistia a preocupação de relacionar a atividade jurisdicional à Constituição, uma vez que os códigos eram vistos como instrumentos completos para a regulação da sociedade. Por esta razão, Chiovenda nunca se preocupou com a cristalização de normas de acordo com os preceitos constitucionais.

Um segundo autor, contemporâneo de Chiovenda, desenvolveu uma teoria que, à primeira vista, pode revelar um âmbito maior de poder do juiz. Trata-se de Francesco Carnelutti, que afirmou que a função do juiz é a composição da lide, e que para realizar seu dever o magistrado cria a norma individual que regula o caso concreto[8]. Neste sentido, a sentença possui um valor em si mesmo, ao resolver o conflito de interesses entre as partes.

Esta concepção era vista, à época, como diametralmente oposta à teoria de Chiovenda. A concepção de que o juiz criava uma norma individual para as partes aparentava ter efeitos bastante diversos daquela que afirmava haver apenas uma vontade geral da lei, traduzida para um caso concreto.

O tempo, porém, demonstrou que estas duas teorias não produzem resultados práticos distintos. Mais do que isso, revelou-se que ambas submetiam-se ao modelo de estado liberal, e por isso eram umbilicalmente ligadas ao princípio da supremacia da lei. Isto quer dizer que o juiz, tanto para Chiovenda quanto para Carnelutti, não cria direito ao proferir uma sentença. Pelo contrário, ele se limita a repetir a norma geral, prevista em lei, para resolver uma das questões pré-definidas pelo legislador.

Não se falava, na época, em peculiaridades do caso concreto, como a igualdade material das partes, muito menos se questionava a validade de uma determinada lei para uma situação material. A função jurisdicional tinha uma atuação mecânica: constatava fatos e determinava as leis aplicáveis, substituindo a vontade das partes ou resolvendo a lide, de acordo com o autor que se preferia adotar. Na verdade, porém, o resultado era o mesmo: a repetição das disposições legais, sem qualquer questionamento a respeito de seus valores. O

---

[7] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 94.
[8] CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, [s.d.], p. 1-67.

juiz não possuía qualquer poder criativo e, naturalmente, não havia nenhum parâmetro para que fugisse deste papel repetitivo.

De qualquer forma, há elementos das teorias clássicas que merecem ser elogiados. As constatações de que a atividade jurisdicional é substitutiva, no sentido de eliminar a possibilidade das partes resolverem a situação por conta própria, ainda é válida. Da mesma forma, o conceito de lide, concebido por Carnelutti, ainda é muito utilizado pela doutrina processual para explicar os interesses contrapostos discutidos em um processo.

Mas é preciso ir além destas constatações. As teorias clássicas tinham forte preocupação com a segurança jurídica, que decorria do valor liberal da igualdade formal. Portanto, para situações materiais iguais, a resposta jurisdicional deveria ser igual. A uniformidade das decisões era garantida pela própria função do Judiciário, que não tinha papel criativo algum. Observada com as devidas precauções, deve-se ter em mente os méritos desta teoria, que proporcionavam ao jurisdicionado a possibilidade de prever o resultado de suas ações.

Apesar de seus méritos, é certo que as concepções clássicas são absolutamente incompatíveis com o Direito dos Estados Sociais, ou melhor, com o Direito dos Estados que têm a primazia de constituições. Neste sentido, dois autores merecem destaque no cenário nacional, pois desenvolveram conceitos de jurisdição condizentes com a Constituição Federal e com os direitos fundamentais nela previstos.

Luiz Guilherme Marinoni sustenta que o papel atual da jurisdição é conferir tutela efetiva aos direitos protegidos pela Constituição e pela legislação ordinária. Mais do que isso, o direito à tutela jurisdicional é, por si só, um direito fundamental dos indivíduos, pelo que o Estado não só tem o dever de prestar assistência no sentido de proferir uma decisão de mérito, como também tem o dever de realizar os atos materiais necessários para a devida reparação ou proteção do direito violado[9].

Destaque-se, ainda, que o autor parte da concepção de que o legislador não tem a possibilidade de prever todas as situações de fato que serão levadas ao Judiciário. Sendo assim, admite que o juiz tem o poder-dever de construir o procedimento adequado à tutela do direito, caso a lei processual não estabeleça meios adequados para que a proteção efetiva aos direitos seja garantida.

---

[9] As noções apresentadas acerca da obra de Luiz Guilherme Marinoni podem ser encontradas, essencialmente, em três de suas obras. **Teoria Geral do Processo**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2008; **Técnica Processual e Tutela dos direitos**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2009; e **Tutela inibitória**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2009.

Marinoni vai ainda mais além. Resgatando a doutrina dos princípios constitucionais, afirma que o magistrado também possui o poder-dever de conformar a lei aos ditames constitucionais. Aqui sua teoria rompe frontalmente com as concepções clássicas. Com essa afirmação, o autor pretende demonstrar que o poder jurisdicional não consiste na mera aplicação da lei aos casos concretos. Pelo contrário, o juiz tem o dever de verificar se, naquele caso levado ao Judiciário, as normas infraconstitucionais que regulam a situação fática não produzem um resultado avesso à Constituição.

Com esta concepção justifica-se, por exemplo, a possibilidade de controle concreto de constitucionalidade por qualquer juiz do território jurisdicional. Da mesma forma, afirma-se que o magistrado deve zelar pela consecução de igualdade material entre as partes, o que fundamenta uma série de exceções legais, como as regras de inversão do ônus da prova, que à época do Estado Liberal seriam absolutamente impensáveis.

Para Marinoni, portanto, a jurisdição tem uma função bastante diversa, sendo ela a responsável pela proteção dos direitos fundamentais e pela conformação do ordenamento jurídico com a Constituição. Em singela comparação, pode-se dizer que os magistrados não mais atuam a vontade da lei, mas sim da Constituição. A lei deixou de ser obstáculo intransponível para a correção de desigualdades e de direitos fundamentais.

Coaduna-se à exposição de Marinoni o pensamento de Ovídio Baptista da Silva, que investiga a *iurisdictio* romana e a compara com a jurisdição moderna[10]. Para ele, o grande erro dos processualistas italianos foi comparar a figura do juiz com a do *iudex*, um sujeito que apenas dizia o direito previamente estabelecido. O *iudex* não possuía poder de império, pelo que não era capaz de criar novos direitos, muito menos prover algum tipo de tutela às partes. Isto se deve ao fato de ser o *iudex* um juiz privado, destituído do poder de *dicere ius*.

Obviamente, esta figura não se assemelha em nada com a figura do juiz moderno, e de fato não há porque ter semelhança. Afinal, o *iudex* era apenas um sujeito com poderes delegados de uma figura mais importante: o *Praetor*. Este sim era dotado do verdadeiro poder de *iurisdictio*, ou de dizer o direito. Ao Pretor cabia fixar a norma aplicável ao caso concreto. Como não havia sistema legal prévio, o *dicere ius* se aproximava muito mais da atividade legislativa do que da atividade jurisdicional clássica. No sentido romano, portanto, a atividade concebida como jurisdicional no séc. XIX era, na verdade, uma atividade judicial[11].

---

[10] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[11] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 268.

É preciso fazer uma ressalva: não se pode compreender a expressão *dicere ius* com o sentido de "declarar", como fazem muitos processualistas. Ela institui um vínculo, um regime jurídico concreto às partes. Esta observação provoca a reflexão de que a atividade do Pretor romano não se aproxima da função declaratória das sentenças, já que esta aplica norma previamente editada pelo legislador. Em síntese, o *dicere ius* possuía caráter criativo de Direito, pelo que o Pretor dava sentido à situação fática por meio de fontes variadas e abertas com ampla discricionariedade.

Por esta razão é que se aponta a maior diferença entre os conceitos de jurisdição. É impossível conceber um código, ou qualquer sistema normativo, que misture direito e fato. Por isso a jurisdição foi reduzida à função declaratória, em razão do normativismo a que os juízes foram submetidos.

Com olhos na concepção clássica de jurisdição, Ovídio conclui que "dizer o direito – *ius dicere* – era uma função do Pretor, hoje é função do legislador. Quem exerce a jurisdição, tal como a exercia o Pretor romano, é o Poder Legislativo. A jurisdição que nossos magistrados exercem é uma função delegada, como era a exercida pelo *iudex"*[12].

Ao final de seu raciocínio, porém, o autor faz uma ressalva que revela a contemporaneidade de seu pensamento. Afirma que o início do século XXI tem sido marcado pela busca, ou pela retomada, do Direito Jurisprudencial. Melhor dizendo, há uma busca pela equiparação do juiz com o pretor, com a atividade criativa do Direito, com a *iurisdictio*.

Ovídio questiona se é possível ao "poder nulo", ao "serviço público de jurisdição", chegar ao *jurisprudencialismo*. A resposta parece ecoar em todos os tribunais do país. Os juízes têm declarado leis inconstitucionais, têm aplicado a Constituição diretamente aos casos concretos e têm se relacionado de forma bastante distinta com as leis ordinárias, abandonando o antigo papel de mero aplicador de normas. Em recente decisão, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Paraná declarou inconstitucional um artigo do Código Civil, alterando o regime de sucessão da companheira, equiparando-a a mulher casada, com fundamento na aplicação direta dos artigos 226 e 227 da Constituição[13]. Muito mais do que o Tribunal paranaense, o

---

[12] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 279.

[13] INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. INQUINADA AFRONTA AO ARTIGO 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE CONFERE TRATAMENTO PARITÁRIO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL EM RELAÇÃO AO CASAMENTO. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE LEI INFRACONSTITUCIONAL DISCIPLINAR DE FORMA DIVERSA O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ELEVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO "STATUS" DE ENTIDADE FAMILIAR. INCONSTITUCIONALIDADE

Supremo Tribunal Federal assumiu a função de pretor e de protetor dos direitos fundamentais e dos preceitos constitucionais. Assuntos como súmulas vinculantes há muito passaram da fase de debate e hoje se tornaram realidade no plano jurídico.

Em que pese a valorização do Poder Judiciário, é necessário fazer um questionamento bastante singelo: esta majoração de poder está correta? É adequado conferir tamanho poder a uma das funções do Estado, ao ponto de que todos os atos de outra função, a Legislativa, possam ser revistos? Quais são os limites para a atuação jurisdicional?

Estes limites são estabelecidos pelas regras do jogo democrático, que também é previsto pela Constituição. A dualidade entre constitucionalismo e democracia não é novidade no âmbito do Direito Constitucional, mas parece receber pouca atenção dos processualistas, uma vez que os óbices à ampla atuação do judiciário sequer são mencionados pelos autores que tratam do tema da jurisdição. Vale dizer, aqui, que a maior crítica feita às concepções que conferem ao Judiciário a possibilidade de rever as leis aprovadas pelo Legislativo é a falta de legitimidade democrática dos magistrados, especialmente os da Suprema Corte, que não são eleitos. No Brasil, esta crítica se torna ainda mais forte, uma vez que todos os juízes ingressam no cargo por meio de concurso, e não pelo sufrágio. É por esta razão que se faz necessário examinar alguns pressupostos da discussão entre constitucionalismo e democracia.

3. Democracia procedimental e constitucionalismo

A idéia fundamental de democracia é a de governo da maioria. É bem verdade que o voto majoritário é a pedra fundamental no atual sistema representativo, mas o princípio democrático não se encerra aqui. Afinal, a maioria é incapaz de assegurar a igualdade política. Neste sentido, o resultado do pleito representa somente a voz dos vencedores, e não o interesse de todos. Por esta razão afirma-se que o governo escolhido pela maioria deve

---

RECONHECIDA. CONHECIMENTO DO INCIDENTE, DECLARADO PROCEDENTE. 1. Inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil por afronta ao princípio da igualdade, já que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal conferiu tratamento similar aos institutos da união estável e do casamento, ambos abrangidos pelo conceito de entidade familiar e ensejadores de proteção estatal. 2. A distinção relativa aos direitos sucessórios dos companheiros viola frontalmente o princípio da igualdade material, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, tendo contribuído diretamente para o desenvolvimento econômico da entidade familiar. (TJPR. Órgão Especial. Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 536589-9/01. Rel. Min. Sergio Arenhart. Julgado em 04/12/2009)

respeitar os direitos das minorias[14]. A forma encontrada para este respeito ser obtido é alçá-los à categoria de direitos fundamentais e conferir o poder-dever de protegê-los ao Judiciário.

A tensão entre democracia a constitucionalismo é evidente, pois este limita a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo, que devem respeitar os direitos fundamentais como limites à edição de novas leis. Nesta discussão, os autores podem ser classificados em duas grandes correntes: os procedimentalistas[15], ou monistas[16], que defendem a suficiência do procedimento formal para que as leis sejam válidas, e os fundamentalistas, para quem o Judiciário tem a última palavra acerca da Constituição, inclusive no âmbito substancial. A seguir serão analisadas, com maior atenção, as duas correntes.

A democracia procedimental, ou a corrente dos monistas, tem em John Hart Ely[17] e Carlos Santiago Nino[18] dois de seus expoentes. Trata-se da teoria dominante no constitucionalismo norte-americano do séc. XX, que gira em torno de uma idéia: durante o período entre eleições, todos os atos contrários ao que for decidido pelos eleitos serão antidemocráticos. No momento em que a Suprema Corte invalida uma lei, ela comete um ato contramajoritário, que deve ser revisto[19].

Ao Poder Judiciário resta apenas garantir o exercício da democracia, sendo-lhe vedado o ativismo judicial[20]. Afinal, os juízes não teriam legitimidade para deliberar sobre os valores substantivos da sociedade, uma vez que não foram eleitos. Vale dizer que a democracia procedimental surgiu como resposta ao ativismo judicial americano, marcado pela chamada Corte Warren. Em precisa síntese, pode-se afirmar que "os defensores desta concepção de democracia vêem o controle de constitucionalidade das leis como antidemocrático, ou seja, a idéia de que um grupo de juízes não eleitos pelo povo não poderia

---

[14] KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. In: **Revista Seqüência**, n. 56. Jun. 2008, p. 152.

[15] A expressão é de KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. In: **Revista Seqüência**, n. 56. Jun. 2008, p. 151

[16] A denominação é de ACKERMAN, Bruce. **We the People – Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

[17] ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Harvard University Press, 1980.

[18] NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1996.

[19] As idéias básicas da corrente monista podem ser encontradas em ACKERMAN, Bruce. **We the People – Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 7 e seguintes.

[20] KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. In: **Revista Seqüência**, n. 56. Jun. 2008, p. 153.

limitar o que foi escolhido pelos representantes do povo, por meio do Parlamento, sob pena de ofensa ao princípio democrático"[21].

Apesar das críticas, os monistas são obrigados a recorrer à própria Constituição ao fundamentar o papel da Jurisdição Constitucional enquanto garantidora do procedimento democrático[22]. Por conseqüência, acabam por defender a proteção dos direitos fundamentais que garantem o processo democrático. Ou seja, não deixam de ser teóricos ligados às concepções de direitos fundamentais. O que fazem é tão somente restringir a proteção dos direitos fundamentais aos direitos de participação política e de acesso ao discurso político[23].

Há ainda outra crítica aos procedimentalistas: a nomeação dos integrantes para a Suprema Corte é regularmente prevista, e decorre do procedimento democrático, pois quem nomeia os *Justices* é o Presidente eleito. Sendo assim, qual seria a verdadeira razão para impedi-los de verificar a constitucionalidade das leis, limitando-os a árbitros do procedimento democrático? O argumento da legitimidade parece bastante deficiente, e não se sustenta pelas razões expostas.

De qualquer forma, a corrente procedimentalista não deve ser absolutamente desprezada. Afinal, ela procura resgatar o poder do Legislativo, como função competente para editar as regras que regem a sociedade, sempre subordinada à Constituição. Neste sentido, pode-se observar, desde já, que a anulação de uma lei não pode ser feita por critérios pessoais ou de forma pouco fundamentada, sob pena de, aí sim, haver um ato antidemocrático.

Antes, porém, de se tirar maiores conclusões, é preciso examinar a corrente dos fundamentalistas. Nesta linha inserem-se os autores que optam por garantir os direitos fundamentais, ainda que isso importe limitação dos poderes do Executivo e do Legislativo. As variações existentes entre eles referem-se aos direitos que cada um considera mais importantes, no entanto, todos concordam que a Constituição se preocupa, antes de tudo, com a proteção dos direitos fundamentais. De fato, o sentido de se ter direito é poder evitar decisões da maioria eleita que possam prejudicar o bem estar social[24]. Ackerman revela, em

---

[21] KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. In: **Revista Seqüência**, n. 56. Jun. 2008, p. 154.
[22] Esta fundamentação pode ser claramente observada na obra de ELY.
[23] KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. In: **Revista Seqüência**, n. 56. Jun. 2008, p. 154.
[24] ACKERMAN, Bruce. **We the People – Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 11.

precisa síntese, o pensamento dos fundamentalistas: "direitos triunfam sobre a democracia – dado que, é claro, eles sejam os direitos certos"[25].

Os fundamentalistas afirmam que os direitos fundamentais de liberdade atuam como limites ao poder governamental e que a jurisdição tem o objetivo precípuo de proteger estes direitos, ainda que em contraponto ao governo[26]. Para Dworkin, é melhor que algumas decisões sejam tomadas pelo Judiciário, pois ele decidirá com base em critérios jurídicos. Caso contrário, submetida a questão à maioria, o fundamento para a decisão seria a moral. Mais do que isso, a decisão pela maioria pode ofender a igualdade de representação, uma vez que o maior número pode não representar o interesse coletivo[27]. Por esta razão, entende Dworkin que o controle de constitucionalidade deve garantir direitos por meio de decisões de princípios[28].

Fica claro, também, que Dworkin é contrário à teoria majoritária da democracia, pois a maioria não pode ser seu único fundamento. Na verdade, a proteção dos direitos fundamentais pela via jurisdicional acabaria por fortalecer o processo democrático[29].

Por todo o exposto, a teoria dos fundamentalistas se mostra indispensável para se compreender a jurisdição brasileira. A proteção dos direitos fundamentais já tem sido, como se observou, matéria de importantes debates no âmbito do direito processual civil. No entanto, ao se importar a teoria, deixou-se de lado o seu contraponto, o que tem colaborado para a tomada de decisões absolutamente desconexas com a realidade fundamentadas na proteção dos direitos fundamentais. Ou melhor, a adoção da tese dos fundamentalistas sem os freios impostos pelos procedimentalistas tem causado a sensação de que os juízes podem decidir o que bem entenderem, e que nada lhes impede de fazê-lo, pois estão acima da lei (seriam, portanto, os pretores contemporâneos).

Por esta razão, impõe-se resgatar alguns dos limites impostos aos juízes norte-americanos e que os próprios autores fundamentalistas admitem, uma vez que estão em constante debate com o pólo oposto.

---

[25] ACKERMAN, Bruce. **We the People – Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 12, tradução livre.

[26] KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. In: **Revista Seqüência**, n. 56. Jun. 2008, p. 157.

[27] Ver DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

[28] KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. In: **Revista Seqüência**, n. 56. Jun. 2008, p. 159.

[29] KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. In: **Revista Seqüência**, n. 56. Jun. 2008, p. 160.

4. Limites à atuação da jurisdição

O próprio Dworkin fornece a primeira restrição aos julgamentos do Poder Judiciário, que serão legítimos desde que baseados em princípios (uma espécie de padrão de justiça[30])[31]. É absolutamente inadmissível, porém, que as decisões judiciais venham fundamentadas em argumentos de política, assim entendidos os argumentos que estabelecem um objetivo a ser alcançado, seja ele econômico, político ou social da comunidade[32].

Neste sentido, são inadmissíveis decisões que dão prevalência a critérios econômicos em face de direitos fundamentais, como fez o Supremo Tribunal Federal ao declarar constitucional a penhorabilidade do bem de família do fiador de imóvel locado[33]. Nesta oportunidade, afirmou-se sem qualquer pudor que a inconstitucionalidade do dispositivo então analisado causaria o "rompimento do mercado".

Para Dworkin, mesmo nos casos difíceis existem princípios a ser aplicados pelo juiz, o que evitará a discricionariedade. Evidentemente, a demonstração destes princípios deve estar acompanhada de fundamentação adequada, que permita o controle eficaz até mesmo das decisões da corte constitucional[34]. Mas não são apenas estas limitações que devem pautar a atuação do Judiciário.

Frederik Schauer publicou recente estudo em que tinha como preocupação central a possibilidade de um "governo pelo Judiciário"[35]. No entanto, reconhecendo que tinha pouco para adicionar ao debate do constitucionalismo e democracia, convida o leitor a ingressar no plano das mais fundamentais premissas empíricas do ativismo judicial: a noção de que os tribunais estão a um passo de ocupar uma porção substancial da criação de políticas norte-americanas. Para comprovar esta premissa, afirma que será necessário investigar como atua a Suprema Corte e qual a sua relação com a atuação do governo.

A atuação da Suprema Corte pode ser medida pelos casos em que ela atuou. Mas isto também pode ser feito pelos casos em que ela *não* atuou. Até o ano de 2005, marco final do

---

[30] DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

[31] KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. In: **Revista Seqüência**, n. 56. Jun. 2008, p. 159.

[32] KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. In: **Revista Seqüência**, n. 56. Jun. 2008, p. 159.

[33] Ver XAVIER, Marília Pedroso; PUGLIESE, William. Análise Crítica da técnica utilizada para sustentar argumentos econômicos no acórdão 407.688 da penhorabilidade do bem de família do fiador. **CONPEDI.** Florianópolis, 2010.

[34] MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. (Coord.) **Comentários à Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1187 – 1193.

[35] SCHAUER, Frederick. The Supreme Court. In: **Harvard Law Review Vol. 120:4**, **2006,** p. 5-64.

estudo, episódios como a guerra do Iraque, terrorismo, segurança nacional, imigração, furacão Katrina e gripe aviária dominaram o interesse público e direcionaram grande parte do tempo e do trabalho dos governantes e do legislativo. No entanto, a Suprema Corte só tratou com maior ênfase do terrorismo e da segurança nacional.

Esta visão não tira a importância da Suprema Corte, mas permite que se enxergue com outros olhos temas como o controle de constitucionalidade, afinal os temas tratados pelo Judiciário não são os únicos de importância nacional. Há evidente contraste entre esta opinião e a idéia de que a Constituição e a Suprema Corte ocupam um importante papel na escolha de políticas, como também fazem grande parte da política americana.

Para Schauer, porém, o papel da Suprema Corte pode ser menor. E neste caso é necessário rever a doutrina estreita do controle de constitucionalidade e o entendimento da localização espalhada da Suprema Corte no plano governamental. Para desenvolver seu raciocínio, o autor passa a examinar os tópicos considerados importantes pelos norte-americanos. A pesquisa realizada utilizou dados empíricos, como as manchetes de capa do *New York Times* e pesquisas públicas, feitas com os próprios americanos, para se identificar quais são as questões mais importantes do país e de seu governo. Revelou-se que, com a exceção dos temas "terrorismo" e "guerra", a preocupação da população gira sempre em torno das mesmas questões políticas: segurança social, saúde, economia e educação.

A constatação do autor é a de que as questões que preocupam os constitucionalistas, como o casamento homossexual, ou os direitos individuais, não são mencionados por mais de 2% dos entrevistados. Ou seja, os temas que preocupam a literatura jurídica não são os mesmos com que se preocupa a população em geral. É feita a advertência, porém, de que estes temas são importantes nas campanhas políticas, o que é fato. No entanto, o que ocorre é que estas questões, embora tenham importância para o Estado e para a sociedade, não fazem parte do cotidiano do cidadão norte-americano.

Até mesmo a Corte Warren, conhecida pelo seu ativismo, desviou dos principais interesses da sua época. No período do caso *Brown v Board of Education*, por exemplo, o racismo só era considerado uma questão importante por 2% da população. A única exceção em toda a história ocorreu no período do *New Deal*, pois as decisões da Suprema Corte sobre a matéria econômica tinham enorme repercussão e importância.

As constatações de Schauer são importantes para se refletir a respeito de um ponto importante: os juristas estão condicionados a ver o mundo sob as lentes jurídicas[36]. Por esta razão, é natural que as questões reputadas de grande importância pelos juristas sejam tratadas de forma bastante cuidadosa pelos tribunais superiores. No entanto, muitas destas questões não são do interesse geral da população, razão pela qual a manifestação popular é muito pequena diante da jurisdição. Além disso, vale notar que como a maioria dos processos judiciais ainda trabalha com interesses particulares, é muito difícil trazer a democracia para dentro do Judiciário, uma vez que são poucos os mecanismos para se conferir legitimidade a terceiros que pretendam influenciar a tomada de decisão.

Em que pese as considerações feitas até aqui, diz Schauer, não se pode afirmar que o papel da Suprema Corte não é vital para a nação. Grande parte do que a Constituição e a Corte tratam é, de forma genérica, matéria processual. O que a Suprema Corte faz, na verdade, é decidir *como* a política será feita. Em outras palavras, ela pode ser vista como uma instituição que faz o seu próprio trabalho, ao invés de ingressar em debates políticos.

É justamente isto que se deseja de uma Corte: que ela tenha consciência de seu papel na sociedade, que se preocupe com as questões jurídicas – de princípio, como prega Dworkin – e que evite fazer política. Com isto, a corte preserva seu respeito, o que lhe permite tomar decisões impopulares e contrárias à maioria para proteger os direitos fundamentais das minorias.

Estas observações podem ser direcionadas ao Supremo Tribunal Federal sem muitas alterações. Seu papel é, sim, o de realizar o controle de constitucionalidade das leis, mas sem ceder às pressões políticas ou econômicas. É absolutamente viável admitir que a jurisdição retomou seu papel criativo do Direito, mas deve ser reconhecido, também, que o processo de criação é bastante distinto do Legislativo. Para que o Judiciário crie direito os juízes devem observar a unidade do ordenamento jurídico, respeitando a decisão de seus pares e, mais do que isso, a soberania da Constituição. Além disso, o Judiciário deve se ater às matérias que são levadas até ele, e decidir conforme o Direito, não se curvando às influências externas.

Note-se, portanto, que os limites a que se faz referência não são, propriamente, limitações ao exercício jurisdicional. Pelo contrário, se seguidos, a jurisdição poderá se tornar

---

[36] "And we forget about all of this because as lawyers (and especially as legal academics obsessed with courts and their written opinions) we are conditioned to see the world through a judicial lens." Tradução livre: E nós esquecemos de tudo isso porque como advogados (e especialmente como acadêmicos de Direito obcecados com as Cortes e com suas decisões) estamos condicionados a ver o mundo por uma lente jurídica." SCHAUER, Frederick. The Supreme Court. In: **Harvard Law Review Vol. 120:4**, **2006,** p. 41.

um poder ainda mais respeitado e eficiente, porque, como afirmou Schauer, "faz o seu próprio trabalho"[37].

5. Considerações finais

Como sustenta Luiz Guilherme Marinoni, as novas teorias da jurisdição devem se amoldar ao modelo constitucional vigente. Foi o que se pretendeu empreender neste estudo. Sem a pretensão de suplantar as teorias mais modernas, procurou-se oferecer elementos para aprimorá-las e demonstrar, principalmente, que o excesso de proteção dos direitos fundamentais não é interessante, sequer, para os direitos fundamentais.

Deve haver, sim, respeito ao princípio democrático e às leis aprovadas pelo Legislativo, especialmente as leis de caráter político. A atuação das cortes constitucionais deve saber em quais assuntos há interesse e direitos a ser tutelados e em quais ela não deve se imiscuir.

Naturalmente, algumas questões mais complexas exigirão dos tribunais o exame cauteloso destas matérias, mas em nenhum momento os juízes devem se deixar levar por interesses econômicos ou externos ao direito, dado que esta não é sua função.

Além disso, não há problema em assumir que o juiz cria direito. A observação de Ovídio Baptista da Silva já pode bem ser constatada nos tribunais. É até mesmo interessante que se reconheça, de uma vez por todas, o caráter criativo dos magistrados, o que trará inúmeros benefícios para o Judiciário. Aponta-se, neste sentido, a preservação da segurança jurídica, representada pela noção de tratamento igual para casos iguais. Atente-se, porém, que não se defende uma igualdade formal: basta que sejam considerados como fatos materiais as questões que implicaram uma decisão diversa, e assim se mantém a integridade do direito.

O que é absolutamente inadmissível é que a jurisdição confunda seu poder jurisdicional com o poder político, outorgado ao Executivo e ao Legislativo. Se isto ocorrer, a jurisdição tomará para si não só o constitucionalismo e a proteção dos direitos fundamentais, mas também o que se entende por democracia. E no momento em que esta dualidade se concentrar nas mãos de um só poder, a tensão estará encerrada, assim como o que se entende por Estado Constitucional. Dar-se-á origem a algo novo, mas certamente antidemocrático,

---

[37] "In many ways, the Court, like a host of agencies, is best understood as an institution off doing its own thing rather than insinuating itself into a wide range of policy decisions." SCHAUER, Frederick. The Supreme Court. In: **Harvard Law Review Vol. 120:4**, **2006**, p. 55.

pois apesar das dificuldades do tema, é a dualidade entre os dois pólos, constitucionalismo e democracia, que impulsiona o desenvolvimento da sociedade e do direito.

6. Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. **We the People – Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, [s.d.].

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1969.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Harvard University Press, 1980.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. In: **Revista Seqüência**, n. 56. Jun. 2008, p. 151-176.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. Técnica Processual e Tutela dos direitos. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. Tutela inibitória. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. (Coord.) **Comentários à Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1187 – 1193.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de La democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1996.

SCHAUER, Frederick. The Supreme Court. In: **Harvard Law Review Vol. 120:4**, **2006,** p. 5-64.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

XAVIER, Marília Pedroso; PUGLIESE, William. Análise Crítica da técnica utilizada para sustentar argumentos econômicos no acórdão 407.688 da penhorabilidade do bem de família do fiador. **CONPEDI.** Florianópolis, 2010.