

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DANIELA MENENGOTI RIBEIRO

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro; Eloy Pereira Lemos Junior; Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-744-1

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

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Advindos de estudos aprovados para o VI Encontro Virtual do CONPEDI, realizado entre os dias 20 a 24 de junho de 2023, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema principal “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais II” pudemos testemunhar relevante espaço voltado à disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos que compõem esta obra reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas aos direitos e garantias fundamentais, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Daniela Menengoti Ribeiro

Universidade Cesumar

Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna - MG

Vivian de Almeida Gregori Torres

Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

O PODER JUDICIÁRIO E A DEMOCRACIA

THE JUDICIARY AND DEMOCRACY

Lailson Braga Baeta Neves ¹

Fabiola Sayonara Araújo Baeta Neves ²

Beatriz Ramos Duarte Baeta Neves ³

Resumo

O presente trabalho propõe abordar uma questão ainda considerada complexa e sensível no que tange à democratização do Poder Judiciário Nacional. Não restam dúvidas de que o Poder Judiciário, localizado em um Estado Democrático de Direito, pode ser considerado como o guardião da democracia, em especial no que diz respeito ao exercício e respeito às garantias da cidadania e direitos fundamentais (direitos civis, sociais e políticos). Contudo, pode-se afirmar que o exercício da democracia interna ainda é um tabu, a despeito do fim dos chamados “anos de chumbo” há mais de vinte anos. Sendo assim, este artigo propõe abordar o histórico do judiciário no Brasil, dando ênfase no perfil de magistrados que atualmente estão em exercício. Ao final, propõe-se, que o Judiciário como um todo e enquanto poder inserido no Estado Democrático de Direito garanta, além dos direitos ordinariamente conhecidos, aqueles elevados à categoria de direitos fundamentais e os princípios basilares da democracia, aproximando-se da comunidade a que dirige suas decisões que, com isso, ganham legitimidade.

Palavras-chave: Judiciário, Democracia, Estado, Cidadania, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The present work proposes to address an issue still considered complex and sensitive with regard to the democratization of the National Judiciary. There is no doubt that the Judiciary, located in a Democratic State of Law, can be considered as the guardian of democracy, especially with regard to the exercise and respect for the guarantees of citizenship and fundamental rights (civil, social and political rights). However, it can be said that the exercise of internal democracy is still a taboo, despite the end of the so-called “years of lead” more than twenty years ago. Therefore, this article proposes to address the history of the judiciary in Brazil, emphasizing the profile of magistrates who are currently in office. In the end, it is proposed that the Judiciary as a whole and as a power inserted in the Democratic State of Law guarantee, in addition to the commonly known rights, those elevated to the

¹ Graduado pela Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG, mestre e doutor pela PUC-Minas. Pós doutorando da FUMEC e Desembargador no TJMG.

² Graduada em Direito pela UNIMONTES, advogada, orientadora do DAJ-UFMG e mestranda na FUMEC.

³ Graduada em Relações Econômicas Internacionais pela UFMG e graduanda em Direito pela UFMG.

category of fundamental rights and the basic principles of democracy, approaching the community to that directs its decisions that, with this, gain legitimacy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judiciary, Democracy, State, Citizenship, Fundamental rights

1 INTRODUÇÃO

O exercício democrático no Poder Judiciário Nacional ainda é uma questão complexa. Não restam dúvidas de que o Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, é o **guardião** da democracia, em especial no que diz respeito às garantias da cidadania e direitos fundamentais (direitos civis, sociais e políticos), porém, o exercício da democracia interna ainda é um tabu, a despeito do fim do chamado “estado de segurança” há mais de trinta e cinco anos.

Em razão disso, segue uma exposição quanto à importância da democratização do Poder Judiciário, passando por uma análise histórica, seguida pelos tipos de magistrados, filosoficamente falando, bem como do que se espera da magistratura no Estado Democrático de Direito e a conformação filosófica mais adequada à democracia.

O presente trabalho se divide em oito partes, sendo a primeira a já referida abordagem histórica do judiciário no Brasil. A segunda parte trata da Constituição de 1988 e sua relação com o judiciário. A terceira parte trata dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Já a quarta parte irá traçar o perfil do magistrado brasileiro, enquanto a quinta parte abordará a função do juiz no estado democrático de direito, apresentando os diferentes perfis de juízes. A sexta parte tratará do princípio da imparcialidade do juiz e a sétima falará do papel do judiciário no Brasil democrático. Por fim, tem-se a conclusão.

2 HISTÓRICO DO JUDICIÁRIO NO BRASIL

Os primeiros juízes do Brasil datam do período de vigência das ordenações Manuelinas e eram chamados juízes da terra ou juízes ordinários e, naturalmente, estavam a serviço do Reino (MOREIRA, 2009).

Prevalecia, então, o sistema municipalista.

Por volta de 1696 foram introduzidos os juízes de fora que julgavam causas mais complexas e de maior valor (LENZA, 2000).

Segundo Araújo (2004), nas instâncias superiores atuavam os ouvidores e governadores, enquanto os agravos ordinários eram julgados pela Corte de Lisboa. Depois foi criado o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, posteriormente convertido em Casa de Suplicação em 1808 pelo príncipe regente. Durante o Brasil Imperial, o Judiciário, assim como os demais Poderes, deveria ser equilibrado pelo Poder Moderador exercido pelo Imperador.

Araújo (2004) esclarece que o Imperador, dentro do seu Poder Moderador, podia suspender juízes, sob a justificativa de contenção de abusos, bem como conceder perdão ou anistia a fim de corrigir excessos.

Conforme a autora, foi com a proclamação da República que foi criado o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula da Justiça, assim como a Justiça Federal. Em observância ao princípio Federativo, os Estados Membros passaram a ter competência para legislar sobre administração da Justiça, o que foi retirado em 1934, criando-se, também, o quinto constitucional.

Em 1964, com o golpe militar, viveu-se o maior período de exceção da história republicana brasileira.

A Constituição de 1967/69 não trouxe grande mudança estrutural, entretanto, os Atos Institucionais, em especial o AI-5, davam poderes ao presidente da república, indicado pelo Colégio Eleitoral, para cassar parlamentares e membros do Judiciário, o que manietou o desenvolvimento destes poderes nos anos em que os direitos individuais e fundamentais foram mitigados.

Em 1977, após fechamento do Congresso Nacional, em razão do substitutivo apresentado pelo Senador Acioly, que atendia aos reclames de um Judiciário Democrático, foi promulgada a LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura), sem que, para tanto, fossem ouvidos os membros da sociedade civil, magistratura ou advocacia, razão de sua natureza totalitária que não encontra correspondência na atual Constituição, além de ser destituída de legitimidade construtiva, pelas razões já postas (XIMENES, 2010) .

3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PODER JUDICIÁRIO

A Constituição de 1988 concedeu independência ao Poder Judiciário que outrora inexistia, pois este deixou de depender da estrutura do executivo e da intervenção dos chefes políticos para a promoção que antes se dava por ato do governador do estado.

Os cargos diretivos dos tribunais, antes quase figurativos, passaram a incorporar os deveres de “Chefe de Poder”, realizando funções inerentes aos gestores públicos.

Além do mais, diante do magistrado foram postas, além das questões comuns, causas que envolvem direitos fundamentais e individuais antes nunca vistas perante o Judiciário, próprias do Estado Democrático de Direito.

Por isso, torna-se importante frisar que a principal reforma a se fazer no judiciário é de mentalidade e consciência. Por isso mesmo, convém questionar quem é este juiz e a sua forma de atuação em face da Constituição em vigor e dos direitos fundamentais por ela estabelecidos.

A democratização na escolha de seus dirigentes se impõe em face do sistema democrático em vigência.

A escolha dos dirigentes do Poder Judiciário não pode se basear na simples antiguidade, sem que os candidatos passem pelo crivo da classe e, mais ainda, que estejam comprometidos com a magistratura de base e, por conseguinte, com o jurisdicionado-cidadão, destinatário de seus atos.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o fim do Estado de Segurança e a promulgação da Constituição de 1988, adota-se o Estado Democrático de Direito. O conteúdo do Estado Democrático de Direito é transformador da realidade. O comando normativo passa a ser um meio de intervenções otimizantes da vida em comunidade.

A atuação do Estado passa pela efetiva transformação da realidade, em face dos instrumentos normativos postos para este fim. O seu caráter democrático consiste na participação da comunidade na eterna construção e reconstrução de seus conteúdos, tornando esta, a protagonista das mutações a que está submetida.

Diante desse quadro, não é de se estranhar que os direitos fundamentais estejam em destaque na Constituição e que, dentre eles, o direito de participação na vida jurídica e política esteja em relevo.

Para Habermas (2003), é impossível a concretização dos direitos fundamentais sem democracia. É por isso que o Judiciário, no Estado Democrático de Direito, precisa, segundo Gallupo (2002), de uma teoria Procedimental, em especial, de uma teoria discursiva do direito, exigida para a compreensão do Estado

Democrático, sendo possível assim, indicar as condições pragmáticas para a realização dos discursos jurídicos da justificação e aplicação das normas jurídicas.

Somente uma teoria Procedimental do Direito, ou seja, uma teoria pragmática da comunicação humana pode reconstruir adequadamente essa forma de Estado e seu Direito.

Para Habermas (2003), “o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”.

No Estado Democrático de Direito, onde a comunidade é parte ativa na construção e reconstrução constante do Estado e do Direito, e se a interpretação construtiva do juiz singular é, também, um empreendimento comum, de se acolher uma teoria procedimental interpretativa e discursiva que permita esta construção comunitária e comunicativa, conforme se verá adiante.

4.2 O que é o Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988

Segundo Quintas (2007, p. 13), citando Menelick de Carvalho Netto, “o Estado Democrático de Direito não pode ser considerado simplesmente um mais um princípio, pois é verdadeiro paradigma constitucional.”

Continua Quintas: “Paradigmas, antes de tudo, são visões de mundo. Menos regras do que pontos de vistas compartilhados KUHN, 1996, p. 66 apud Quintas, 2007, p. 13).

Em sentido mais restrito, um paradigma é composto de suposições teóricas gerais e de leis e técnicas para a sua aplicação, adotadas por uma comunidade específica (Chalmers, 1997, p. 124). Nessa perspectiva, os paradigmas são fontes de métodos, áreas problemáticas e padrões de solução aceitos por uma determinada comunidade (Kunh, 1996, p. 137 apud QUINTAS).

Significa dizer que, sob a égide de um paradigma, a estrutura epistemológica de uma dada comunidade é semelhante, em virtude da existência de um consenso estável, muitas vezes tácito, na forma de ver o mundo.

Nas ciências sociais, pode se entender por paradigma “simplesmente um modo generalizado e mais ou menos inconscientemente compartilhado de questionar a realidade social histórica e de conceber respostas por suas questões”. (Caillé, 1998).

Os paradigmas constitucionais são, portanto, o pano de fundo compartilhado pela sociedade acerca do modo de ver a Constituição, o direito e, por que não dizer, a realidade social e política.

Portanto, o paradigma não é como um princípio sobre o qual se aplicam as teorias hermenêuticas de qualquer espécie, mas um modo generalizado ao qual devem se adaptar e se conformar todo o ordenamento jurídico.

5 O PERFIL DO JUIZ BRASILEIRO

A forma de escolha do magistrado de carreira no Brasil é considerada uma das mais democráticas do mundo e permite o acesso de pessoas que, por outra via,

difícilmente integrariam o Poder Judiciário, tendo em vista o perfil que hoje se encontra delineado em nos quadros da Justiça.

É Sérgio Cavalieri Filho quem afirma que o sistema de concursos democratiza a Magistratura. Segundo pesquisa realizada pela AMB em 1995 e Cavalieri (2019), 56,4% dos juízes brasileiros são oriundos de famílias simples, cujos pais só tinham o primeiro grau completo; enquanto 63,4% não têm operadores do direito em sua família; 52,2% são filhos de servidores públicos e 12,8% de empregados de empresas, dos quais 25,8% recebem baixa remuneração.

Na mesma pesquisa constatou-se que 28,7% dos aprovados no concurso são do sexo feminino, demonstrando o aumento da participação da mulher na magistratura nacional, visto que em 1985 era de apenas 16,8%.

Embora exista uma crítica quanto à “juvenilização” dos quadros da magistratura, o que, por si, não indica falta de maturidade para a profissão, tal assertiva não é corroborada pelos números, visto que apenas 11,6% dos magistrados brasileiros tem até 30 anos de idade; enquanto 35,5% estão na faixa de 31 a 40 anos; 31,5% entre 41 e 50 anos; 17,1% entre 51 e 60 anos e 4,7% entre 61 e 70 anos de idade.

Segundo Cavalieri (2019), a vantagem do ingresso ainda jovem na carreira permite uma mais longa dedicação do juiz ao Poder Judiciário (cerca de 40 anos ou mais).

Segundo a mesma pesquisa, é na magistratura que se encontram os servidores que se aposentam mais tarde (por volta de 41 anos de serviço e após os 60 anos de vida).

Cavalieri indica que, por meio das pesquisas realizadas, o perfil do juiz nacional está migrando de conservador para liberal, levando mais em conta em suas decisões questões relativas à Justiça Social do que uma visão positivista. Resta saber se este perfil favorece ou não uma prática discursiva e dialógica que permita uma construção participativa da decisão judicial, como meio de satisfação de uma pretensão de correção de tais decisões.

Pesquisas mais recentes, realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mostram algumas alterações no perfil do magistrado, o que não necessariamente significa uma redução da democratização no judiciário. No Perfil Sociodemográfico dos

Magistrados Brasileiros (2018, p.8), tem-se que as mulheres representam 38% da magistratura. Dos magistrados que ingressaram na carreira até 1990, apenas um quarto é composto por mulheres. Já no período de 1991 a 2000, as ingressantes representavam 40%. Ainda em ascensão, no período entre 2001 e 2010, este percentual subiu para 41%. Apenas a partir do ano de 2011, que as ingressantes apontaram uma redução para 37%. Contudo, apesar desta queda, pode-se perceber que o número de mulheres na carreira de magistrado que ingressaram a partir de 2011 ainda superam o um quarto (25%) daquelas que ingressaram na carreira até 1990, representando ganhos reais para as mulheres no judiciário.

Com relação ao estrato social, a pesquisa do CNJ demonstrou uma alteração no perfil relatado por Cavalieri (2010): Os magistrados brasileiros são, atualmente, advindos dos estratos sociais mais elevados (CNJ, p. 15). Mais da metade dos magistrados (51%) possuem o pai com ensino superior completo ou mais e 42% têm a mãe com esta formação. O CNJ observa que

Quanto mais recente é o ingresso na carreira, maior é a proporção de magistrados com pais com ensino superior completo ou mais. Dentre os que ingressaram até 1990, 20% têm mãe com ensino superior completo ou mais (...), e 39% têm pai com esse nível de escolaridade (...). Já entre os que ingressaram a partir de 2011, 56% têm mãe com ensino superior completo ou mais, e 57% têm pai nessa mesma faixa de escolaridade. (CNJ, 2018, p. 15)

Ou seja, os magistrados que foram objeto de pesquisa de Cavalieri aqui se apresentam, ficando explícito que quanto mais antigo for o ingresso do magistrado, maior a chance de sua origem ser de uma família mais simples, com pais com menor escolaridade.

Com relação a idade, os dados ainda se mostram próximos à pesquisa de Cavalieri, sendo a média de idade do magistrado brasileiro de 47 anos (CNJ, 2018, p. 8). A pesquisa ainda clarifica que, metade dos magistrados possuem até 46 anos e a outra metade, acima de 46. Os juízes mais jovens possuem 27 anos, sendo que os juízes de até 34 anos

representam apenas 10% do total. Já os juízes que possuem 56 anos ou mais, representam 20% dos magistrados.

Quanto ao perfil étnico-racial, tem-se que a maioria dos magistrados se declara branca (80,3%), 18,1% se declaram como negros (sendo 16,5% pardos e 1,6% pretos) e 1,6% se declaram como amarelos (CNJ, 2018, p. 8). Dos que responderam ao Censo do CNJ, apenas 11 magistrados se declararam indígenas. Neste ponto, também observa-se maior democratização: dos magistrados que ingressaram até 1990, 84% se declararam brancos. Já os que ingressaram entre 1991 a 2000, este número caiu para 82%. Já no período entre 2001 e 2010, novamente houve uma queda, com 81% se declarando brancos. Por fim, dos ingressantes a partir de 2011, “apenas” 76% se declararam brancos.

A pesquisa do CNJ também faz revelações quanto aos magistrados que possuem algum familiar no judiciário. Os dados encontrados continuam em sintonia com a pesquisa de Cavalieri, contudo, sendo mais reveladora, uma vez que analisa não apenas os magistrados que possuem familiares operadores do direito, mas familiares que já estavam inseridos na magistratura. O CNJ encontra que apenas um quinto dos magistrados já possuíam algum familiar na carreira. Dos juízes que ingressaram até 1990, 30% possuíam algum parente na magistratura, enquanto que os que ingressaram entre 2001 e 2010, apenas 18% estavam na mesma situação. Já os que ingressaram a partir de 2011, apenas 11% declararam possuir algum familiar juiz (CNJ, 2018, p. 15).

Por último, o CNJ também contabilizou os magistrados que ingressaram via cotas (para negros e pessoas com deficiência). Considerando que as cotas foram regulamentadas no ano de 2015, pelas resoluções CNJ 203/2015 (reserva de vagas destinadas a candidatos negros) e CNJ 208/2015 (reserva de vagas destinadas a pessoas com deficiência), ainda não há números expressivos com relação aos magistrados que ingressaram em alguma dessas modalidades: menos de 1% dos que responderam a pesquisa declarou que ingressou na magistratura por meio de reserva de vagas. Ao todo foram 54 magistrados, em que 30 ingressaram por meio das vagas destinadas a pessoas com deficiência e 24 pelas vagas reservadas a pessoas negras (CNJ, 2018, p. 26).

Ao contrário da pesquisa de Cavalieri, este perfil sociodemográfico realizado pelo CNJ em 2018 é caracterizado pela exclusividade de dados quantitativos, não adentrado na

serra das opiniões dos magistrados. Ainda assim, é possível observar a prevalência da afirmação primeira de Cavalieri, de que o processo para a escolha de magistrado no Brasil é uma das mais democráticas.

6 A FUNÇÃO DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Uma das mais importantes garantias do Estado Democrático de Direito é a certeza e segurança jurídica, garantidas pelo Poder Judiciário.

Para tanto, não basta um juiz com boa formação jurídica, mas é preciso o compromisso ético-moral com a democracia.

Teixeira(1999) afirma que o sistema plural no Brasil não admite a adoção de um modelo único de juiz e que o critério de seleção prioriza o aspecto conhecimento-erudição em detrimento dos aspectos éticos vocacionais.

As Escolas Judiciais e as Corregedorias em muito tem ajudado nisso. Há, ainda, o Conselho Nacional de Justiça, criado em 2004 pela Emenda Constitucional nº 45 e instalado em 2005, com o objetivo de assegurar a transparência administrativa e processual. Contudo, apesar dessas instituições, não se pode falar em comprometimento ético-moral se nele não estiver contido um compromisso com a própria ordem democrática vigente.

Lado outro, não há que se falar em compromisso válido com a democracia se a própria estrutura do Judiciário, em si, é antidemocrática, posto que atrelada a uma legislação que, como demonstrado anteriormente, não se coaduna com a Constituição em vigor e o Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, Cavalieri (2019) afirma que os magistrados agem corretamente quando pautam suas decisões na nova ordem jurídica brasileira (eticidade, socialidade e efetividade) quando prezam pela justiça social. Ainda, o autor afirma que o Direito vigente "não mais admite o uso abusivo do direito de forma contrária so seus fins sociais e econômicos, à boa-fé e à equidade (CAVALIERI, 2019, p. 172).

O compromisso ético-moral só pode ser assegurado se o Judiciário enquanto órgão estatal, bem como os seus membros, adotarem uma feição democrática legitimada pela prática cotidiana e de aproximação entre a cúpula, a base e os jurisdicionados.

6.1 Os três tipos básicos de magistrado

Evidentemente não se encontra no cotidiano um tipo definido e definitivo de juiz, principalmente em países como o Brasil, onde o pluralismo é um valor constitucionalmente acolhido.

Entretanto, a análise das espécies de juiz, filosoficamente falando, pode contribuir para a construção de juízes paradigmáticos no que diz respeito à vida democrática. Para realizar tal análise, lança-se mão dos conceitos de juiz Júpiter, Hercules e Hermes de François Ost (2007).

O primeiro tipo paradigmático é o Juiz Júpiter. Este juiz trafega entre o positivismo jurídico e o legalismo, e tem o sagrado dever de revelar o sentido da lei. A decisão judicial se inspira, unicamente, em um modelo hierarquizado da norma na qual, estabelecida sob uma edição solitária, assentada no seu saber técnico jurídico e nada mais. Sua função é garantir a coerência do sistema jurídico.

O segundo tipo é o Juiz Hércules. É um juiz terreno, no qual se assenta toda a integridade do direito. Ele é a fonte do direito. É a jurisprudência quem constrói o direito e não a norma. Seu principal defensor é Ronald Dworkin. Justifica-se sua preferência por esta tipologia em face do Common Law no qual se encontra inserida a sua doutrina.

O terceiro tipo, o Juiz Hermes, é inspirado, também como os anteriores, em uma figura mitológica. Ou seja, Hermes, o mensageiro dos deuses, origina o próprio nome da ciência hermenêutica. Ele é o meio-termo entre o substrato comunicativo e a dialética, entre o método sistêmico e o método tópico. Segundo Ost (2007, p. 104), Hermes “es el mediador universal, el gran comunicador. No conote outra lei que la de circulación de los discursos, con la que arbitra los suecos siempre recomenzados.”.

Trata-se, portanto, de um magistrado que vê e ouve os interessados, realizando uma fusão de horizontes, aos moldes de Gadamer(2008), em uma prática discursiva aplicada.

Segundo o citado autor, a intervenção dos interessados mediante uma prática discursiva e, portanto, democrática, somada ao cabedal jurídico do julgador (fusão de horizontes), produz uma decisão judicial com maior pretensão de correção e legitimidade (GADAMER, 2008).

Todavia, acrescenta-se, só aprende a ver e a ouvir o outro aquele que é visto e ouvido. Excluídos não podem ser agentes da inclusão.

7 O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Ronaldo Polett descreve os princípios como sendo “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber” (POLETT, 1996, p. 285). O princípio da imparcialidade é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente, eis que é fruto da crença em um julgamento justo e em nível de igualdade com a outra parte.

No ensinamento de Carnelutti (apud ALVIM),

O princípio da imparcialidade do juiz, como é sabido, mantém-no em posição equidistante das partes, dado que distintos os interesses que os animam: estas têm interesse em lide; aquele, interesse na justa composição da lide. (ALVIM, 1994, p. 36)

O princípio da imparcialidade do juiz traz consigo a ideia de um juiz que tem o dever de zelar por um processo justo, neste sentido dizem Marinoni e Arenhart que

Com o Estado Social intensifica-se a participação do Estado na vida das pessoas e, conseqüentemente, a participação do juiz no processo, que não

deve mais apenas estar preocupado com “as regras do jogo”, cabendo-lhe agora zelar por um “processo justo”, capaz de permitir: I) a justa aplicação das normas de direito material; II) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e não somente formal; e III) a efetividade da tutela dos direitos, com um maior zelo pela ordem do processo, com a repressão do litigante de má-fé, e com a determinação, a requerimento da parte, da tutela antecipatória, e da concessão, de ofício, da tutela cautelar (MARINONI e ARENHART, 2003, p. 59).

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Deste modo, tem-se o direito de exigir um juiz imparcial, e o Estado, em contrapartida ao fato de ter reservado para si o exercício da função jurisdicional, tem o dever de agir com imparcialidade na solução de causas que lhe são submetidas.

A imparcialidade do juiz, por sua tamanha importância frente a um julgamento “justo”, aparece na Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos contida na proclamação feita pela Assembleia Geral das Nações Unidas reunida em Paris em 1948 estabelece: “toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal” (CINTRA et al, 2007, p. 53).

O julgador imparcial deve ser entendido como aquele que julga preocupado com o resultado do processo, sempre buscando a realização da justiça e adotando uma postura equidistante das partes, não julgando a causa em interesse próprio. Deste modo, garantirá que o processo seja efetivo meio de pacificação social, servindo como legítimo canal por meio do qual o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais.

8 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO BRASIL DEMOCRÁTICO

Segundo Alexy, na obra “Constitucionalismo Discursivo”, nos países como o Brasil em que a separação das funções é nítida, seguindo o sistema de Montesquieu, o Judiciário deve ser um ente a serviço da cidadania, da ordem democrática e dos direitos fundamentais.

Ainda segundo o citado autor, os direitos fundamentais, em face do que dispõe o artigo 5º, inciso I da Constituição são de imediata aplicação e, por isso, justiciáveis, cabendo ao Poder Judiciário garantir a sua aplicação, quer seja pelo Estado, quer seja por terceiros.

Entretanto, é difícil exigir-se de um Judiciário com estrutura arcaica, com uma lei orgânica criada sob a força dos tempos de chumbo e que tem acima de si um Conselho Nacional de Justiça que se autoregamenta e regula os demais órgãos, tenha uma visão nítida da vida democrática.

A escolha dos dirigentes pelo critério de antiguidade e apenas pela cúpula do Judiciário é um retrocesso que não encontra correspondência na atual ordem democrática nacional.

Faz-se necessária uma renovação da lei orgânica para que o Poder Judiciário ganhe uma estrutura condizente com a função que lhe é atribuída pela atual Constituição da República.

9 CONCLUSÃO

O Judiciário, enquanto poder inserido no Estado Democrático de Direito, tem a função de garantir além dos direitos ordinariamente conhecidos, aqueles elevados à categoria de direitos fundamentais e os princípios basilares da democracia: a soberania,

cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, tal qual expresso na Constituição Federal de 1988, art. 1º.

Entretanto, para que tal função seja realizada a contento, precisa que sua estrutura seja revista, a fim de lhe dar uma feição democrática, via participação na escolha por todos os seus membros do seu corpo dirigente, bem como do estabelecimento de metas e projetos a serem implantados.

Somente assim, o compromisso ético-moral e vocacional de um Judiciário democrático, efetivo e imparcial poderá ser concretizado, aproximando-se da comunidade a que dirige suas decisões que, com isso, ganham legitimidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALVIM, J. E. Carreira. Assistência litisconsorcial no mandato de segurança contra ato judicial. *in*: **Revista de processo**, ano 19, n.º 76, Outubro-Dezembro, 1994, p. 36 - 41.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. **O Estado e o Poder Judiciário no Brasil**. 2 ed. Revisada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 20 de dezembro de 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. Malheiros, 2007.

Conselho Nacional de Justiça. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros**. 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdbcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf. Acesso em 20 de dezembro de 2022.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 10 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

GALLUPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença, Estado Democrático de Direito a Partir do Pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação, no direito e na moral: justificação e aplicação.** Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre facticidade e validade I.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LENZA, Vítor Barbosa. **Magistratura Ativa.** Goiânia: AB Editora, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Filosofia do Direito, decisão judicial e argumentação jurídica.** Florianópolis: Conceito, 2008.
- MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil, crise de eficiência.** Curitiba: Juruá Editora, 2009.
- OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez.** Revista sobre Enseñanza del Derecho, nº 8, p. 101-130, 2007.
- POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- QUINTAS, Fábio Lima. **Direito e Economia, O Poder Normativo de Administração Pública na Gestão da Política Econômica.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O Juiz, seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo.** Del Rey: Belo Horizonte: 1999.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência, uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos.** Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.
- XIMENES, Reinaldo. Entrevista. Programa Via Justiça. Data: 20 dez, 2010. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LJb6mvzgS3E>. Acesso em 20 de novembro de 2022.