

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

DANIELA MARQUES DE MORAES

MAGNO FEDERICI GOMES

MARCELO TOFFANO

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

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

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes; Magno Federici Gomes; Marcelo Toffano – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-915-5

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

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição e efetividade da justiça. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação “stricto sensu” no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O VII Encontro Virtual do CONPEDI, realizado nos dias 24 a 28 de junho de 2024, objetivou o fortalecimento e a socialização da pesquisa jurídica. Teve como tema geral: A PESQUISA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TRANSDISCIPLINARIDADE.

Nesse evento, o Grupo de Trabalho (GT) de PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I apresentou 22 artigos. Coordenado pelos Professores Doutores Daniela Marques de Moraes, Magno Federici Gomes e Marcelo Toffano, o GT abordou a importância da efetividade da Justiça em suas várias dimensões, especialmente em relação à tutela jurisdicional brasileira e à proteção dos direitos individuais e coletivos. Os trabalhos examinaram problemas processuais decorrentes da regulação legal e da prática dos Tribunais, com base em estratégias teóricas ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo, nacional e internacional.

No bloco inicial, denominado “teoria geral, princípios gerais do processo e convenções processuais”, o primeiro trabalho é de autoria de Karine Sanches Santos, Eduardo Fecchio Botter e Maria Angélica de Souza Menezes, cuja temática foi a seguinte: “A TUTELA INIBITÓRIA COMO FERRAMENTA DE ACESSO À JUSTIÇA”. A pesquisa tem como objetivo expor a importância do acesso à justiça, que é um direito fundamental consagrado na Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/1988), garantindo a todos a possibilidade de buscar proteção judicial contra lesões ou ameaças a direitos. Nesse contexto, surgem instrumentos processuais como as tutelas inibitórias, que visam assegurar a efetividade da jurisdição e prevenir danos. As tutelas, especialmente as tutelas de urgência e as tutelas inibitórias, desempenham um papel crucial na garantia da efetividade do acesso à Justiça.

Por sua vez, “LINDB - ART. 21 - PREOCUPAÇÃO COM O CONSEQUENCIALISMO - A ACEITAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA”, de autoria de Paulo Lage Barboza de Oliveira, tem o propósito de analisar a aplicação do art. 21 da LINDB na jurisprudência, considerando o

crescente pragmatismo jurídico no sistema jurídico brasileiro, que vem sendo mais bem aproveitado com sua inserção em importantes normas jurídicas. A falta de legitimidade impede a efetiva aplicação de diversas normas no Brasil, tendo nela sido inserido não apenas o pragmatismo jurídico, como também e neste caso expressamente, o consequencialismo, para conferir segurança jurídica.

Maria José Carvalho de Sousa Milhomem, apresentou o artigo “ABUSO DE DIREITO NO BRASIL E NA ARGENTINA: DIFERENÇAS E SIMILITUDES”. Este artigo aborda um estudo acerca do acesso à justiça, que é um direito fundamental, garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, é importante que esse direito seja exercido de forma responsável, evitando abusos. Foi realizado um estudo comparativo da teoria do abuso de direito no Brasil e na Argentina, examinando suas diferenças e semelhanças para sugerir melhorias nos respectivos sistemas. Serão abordados os conceitos e características do abuso de direito, suas teorias e a natureza jurídica do instituto no Brasil e na Argentina.

“A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO PROCESSUAL E O DO DEVIDO PROCESSO TECNOLÓGICO: LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES ORIENTADAS POR DADOS”, é de autoria de Naony Sousa Costa Martins, Fabrício Veiga Costa e Rayssa Rodrigues Meneghetti, que realizaram uma investigação sobre como verificar os impactos da utilização da inteligência artificial e dos algoritmos no processo democrático, sob a perspectiva do devido processo legal.

“INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, CELERIDADE PROCESSUAL E RISCOS DE DESUMANIZAÇÃO NO JUDICIÁRIO: ANÁLISE DO PRIMEIRO CASO BRASILEIRO ONDE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL ELABOROU SENTENÇA COM JURISPRUDÊNCIAS FALSAS PARA FUNDAMENTAR SUA DECISÃO”, cujas autores são Aribelco Curi Junior e Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya, analisam uso da inteligência artificial para agilizar os processos judiciais, destacando os benefícios, como o aumento da eficiência e a redução do tempo de espera dos julgamentos, mas também os riscos de desumanização do sistema judiciário. Também foi realizado um estudo sobre como, paradoxalmente, o uso objetivo da IA pode falhar ao não considerar o contexto completo e os efeitos emocionais dos eventos. O artigo ressalta a primeira investigação no Brasil dirigida a um juiz federal que, ao utilizar inteligência artificial em suas decisões, gerou jurisprudência falsa, atribuída de forma equivocada ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Álvaro Paixão Costa e Luiz Fernando Bellinetti desenvolveram um estudo sobre “DA IGUALDADE NO PROCESSO CIVIL E AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS COM PARTES HIPOSSUFICIENTES”. Seu objetivo foi analisar o embate histórico constante

entre os direitos de liberdade e igualdade, de modo que a depender do período em foco um pode prevalecer sobre o outro. No sistema processual brasileiro contemporâneo houve a tentativa de equilíbrio entre estes dois institutos, ao permitir que as partes ajustem o procedimento do litígio através das convenções processuais, conforme previsto no art. 190 do Código de Processo Civil (CPC). Também houve a preocupação, por meio do parágrafo único da citada norma cuja eficácia se busca no texto, de assegurar que a liberdade dos mais poderosos não suprima a vontade dos mais fracos, invalidando assim o negócio jurídico realizado com os “manifestamente vulneráveis”.

“O CONTROLE JUDICIAL PARA A VALIDADE E EFETIVIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: OBSERVÂNCIA AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS”, apresentado pelos autores, Daniel Martins e Celso Hiroshi Iocohama, aborda uma investigação sobre o negócio jurídico processual, sua origem, requisitos e limitações. O estudo analisa a relevância do aprofundamento doutrinário e da implementação real da convenção processual entre as partes, como meio de pacificação e concretização do direito. Ressalta, ainda, a imperativa realização do controle judicial adequado por parte do magistrado, para a validade e efetividade do negócio jurídico processual, inclusive com a atuação de ofício, respeitando-se os ditames constitucionais e legais, sem, contudo, adentrar no âmbito da conveniência do negócio jurídico processual firmado.

O segundo bloco de trabalhos, agrupados sob o título “teoria das decisões e precedentes judiciais”, contou com a apresentação de seis trabalhos.

Wilian Zandrini Buzingnani e Luiz Fernando Bellinetti estudaram “A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, TENDO POR BASE A ALTERAÇÃO ESTRUTURAL DO SISTEMA PROCESSUAL INTRODUZIDA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DO SILOGISMO JURÍDICO À ANALOGIA.”, que tem o intuito apresentar um estudo acerca da mudança estrutural implementada no ordenamento jurídico brasileiro após o advento do CPC de 2015, com a introdução do sistema de precedentes obrigatórios. Em decorrência de tal alteração, o sistema brasileiro, classicamente estruturado dentro do modelo romano-germânico, passou a adotar uma postura híbrida, mesclando elementos do “civil law” com elementos genuinamente vinculados ao sistema inglês. Em virtude de tal fato, o silogismo, método vinculado a lógica, utilizado no positivismo jurídico para fundamentação das decisões judiciais, abre espaço para a analogia, utilizada preponderantemente no sistema anglo-saxão, com o escopo realizar a comparação entre decisões antecedentes, com o fim de aferir sua aplicabilidade em situações diferentes.

“DEMOCRACIA E A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS” foi o trabalho trazido pelos autores Leonardo Jose Diehl, Ari Rheinheimer Filho e Adriana Fasolo Pilati. O que se busca evidenciar neste artigo é que a decisão judicial, como resultado de uma ferramenta de potencialização da democracia deliberativa, é um importante instrumento de garantia da participação popular nas decisões políticas e, portanto, é tão legítima quanto o processo representativo de democracia.

“JULGAMENTOS EM PLENÁRIO VIRTUAL E O DESAFIO DA DEMOCRACIA: ANÁLISE DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO NOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO BRASIL” é o trabalho de Matheus Henrique de Freitas Urgniani, Pedro Henrique Marangoni e Deybson Bitencourt Barbosa, que desenvolveram um estudo explorando detalhadamente as repercussões dos julgamentos virtuais, focando especialmente na maneira como a falta de debate aberto e a insuficiente participação pública podem corroer a confiança nas instituições judiciais e diminuir a legitimidade democrática dos precedentes. Ao analisar a evolução histórica e os princípios democráticos que orientam o sistema de justiça brasileiro, o artigo sugere que, apesar dos ganhos de eficiência, o plenário virtual pode não ser adequado para promover uma jurisprudência que seja verdadeiramente participativa e transparente.

Leonardo Brandão Rocha, é o autor do trabalho “O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES SOB A PERSPECTIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL”, que possui o propósito de estudar o sistema brasileiro de precedentes em contraponto ao Direito processual constitucional. Assim, o tema problema reside na averiguação da compatibilidade do sistema de precedentes criado pelo CPC com os postulados do processo constitucional.

David Jacob Bastos, Gisele Santos Fernandes Góes e Débora Borges Paiva Sereni Murrieta estudaram a temática “O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES, A BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL E OS CONTORNOS DA LITIGÂNCIA”, em que apresentam uma análise sobre a recente aproximação entre os sistemas de “common law” e do “civil law”. No Brasil, o contínuo robustecimento do sistema de precedentes com suas especificidades culminou no advento do art. 927 do CPC, que densifica a força normativa das teses vinculantes. Sob tais premissas, advém a hipótese de que a conduta de litigar contra a “ratio decidendi” do precedente vinculante corresponde a ato de deduzir em Juízo pretensão ou defesa destituídas de fundamento, pois em choque com a norma jurídica, sendo passível de responsabilização.

“O DEVER DE OBSERVÂNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES JUDICIAIS”, de autoria de Daniel Ribeiro Garcia Filho e Juraci Mourão Lopes Filho, realiza um estudo, evidenciando, a partir da alteração do paradigma de adstrição

da Administração Pública à legalidade para a juridicidade ampla, que todo precedente judicial integra o Direito, vinculando, ainda que em graus diversos, o tomador de decisão.

No terceiro eixo de trabalhos, chamado “processos nos Tribunais e recursos”, Alexandre de Castro Catharina apresentou o trabalho com o tema “FILTRO DE RELEVÂNCIA NO RECURSO ESPECIAL E A FORMAÇÃO DA CULTURA DOS PRECEDENTES NO BRASIL: ALGUMAS PONDERAÇÕES”, em que analisa o requisito do filtro de relevância da questão federal em recursos especiais, instituído pela Emenda Constitucional nº 125/2022, e o impacto dessa reforma constitucional na dinâmica de formação de precedentes qualificados. O CPC atribuiu funções relevantes aos Tribunais Superiores, dentre as quais se destacam a formação, aplicação, revisão e superação de precedentes qualificados, de modo a garantir maior segurança jurídica e isonomia. Faz-se necessário analisar o alinhamento do filtro de relevância com o modelo decisório estabelecido pelo CPC e seu impacto na cultura de aplicação dos precedentes judiciais em construção na prática judiciária brasileira.

O “RECURSO EXTRAORDINÁRIO E PROCESSO COLETIVO: UMA ANÁLISE SOB ÓTICA DA REPERCUSSÃO GERAL” é o tema da pesquisa de Naony Sousa Costa Martins, Fabrício Veiga Costa e Rayssa Rodrigues Meneghetti. O intuito dessa investigação é a análise da natureza jurídica do recurso extraordinário enquanto modalidade de processo coletivo sob a ótica da processualidade democrática. A escolha do tema se justifica em razão da sua relevância teórica, prática e atualidade, especialmente por se tratar de estudo destinado a identificar a natureza jurídica de processo coletivo da objetivação do processo subjetivo por meio da transcendência.

A seu turno, Magno Federici Gomes e Joselito Corrêa Filho desenvolveram um trabalho acerca “DA RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS SOBRE TUTELAS PROVISÓRIAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS: ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES”. A referida pesquisa teve como objetivo examinar a adequação e o cabimento do agravo de instrumento, para hostilizar decisões interlocutórias liminares que apreciem requerimentos de tutelas provisórias de urgência nos Juizados Especiais estaduais, a partir da teoria do diálogo das fontes. Eles demonstraram como essa teoria pode auxiliar na interpretação e implementação das normas que orientam o assunto, particularmente a interação entre as Leis nº 9.099/95, 10.259/01 e 12.153/09.

Os últimos autores também apresentaram o artigo “A NATUREZA JURÍDICA DO PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS”, que busca apresentar uma análise sobre o procedimento dos Juizados Especiais

Federais (JEF), questionando-se acerca da natureza jurídica do Pedido de Uniformização de Jurisprudência, pois a latente incerteza em relação ao assunto dificulta sua compreensão pelos operadores do Direito e incita contradições por parte de diversos órgãos julgadores.

O último texto do bloco foi “ARBITRAGEM INTERNACIONAL PRIVADA E O CARÁTER DELIBATÓRIO DA HOLOMOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA NO BRASIL”, dos autores Rosangela Terezinha Wigginski Rebelato, Reginaldo Pereira e Silvana Terezinha Winckler. Eles analisam a arbitragem internacional, que é um meio de solução de controvérsias que prescinde da atuação dos Estados e possibilita a solução de litígios entre agentes econômicos de modo célere, de acordo com as regras previamente ajustadas pelas partes. Estudaram se, ao homologar uma sentença arbitral estrangeira, o direito aplicável possibilita ao STJ adentrar no mérito da questão resolvida pelo Juízo arbitral ou, pelo contrário, deve a Corte restringir sua análise à observação dos requisitos formais exigidos pela Lei da Arbitragem.

O quarto bloco de trabalhos, agrupados sob o título “provas e tutelas diferenciadas”, contou com a apresentação de quatro artigos.

Os autores, Marcos Vinícius Tombini Munaro e Eduardo Augusto Salomão Cambi, apresentaram um artigo intitulado “VALORAÇÃO DA PROVA NO SISTEMA PROCESSUAL” e analisaram a valoração da prova no Brasil, sendo este um tema atual e complexo. Há inúmeros conceitos para se atingir a plena fundamentação jurídica da decisão judicial, mas faltam critérios para determinar os graus de suficiência para as decisões serem consideradas racionais e válidas. Isso gera instabilidade tanto para as partes, como para os demais cidadãos, bem como prejudica a construção racional da jurisprudência. Realiza-se então uma avaliação acerca da importância da definição de “standards” de prova, com critérios de valoração da fase probatória, apontando o importe mínimo para o exame pelo órgão do julgador para justificar a mais justa solução para o caso concreto.

Em “O DEPOIMENTO ESPECIAL E A ESCUTA ESPECIALIZADA COMO GARANTIAS DE PROTEÇÃO E JUSTIÇA PARA CRIANÇAS VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DE WALLON, PIAGET E VIGOSTKY”, Marcelo Toffano, Jose Moises Ribeiro e Júlia Oliveira Furini tiveram o propósito de analisar o abuso sexual infantil, que atualmente tornou-se um crime habitual. O depoimento especial, ou a escuta especializada, são os únicos meios probatórios para acusar o agressor. Portanto, se não for observado o seu passo-a-passo, ocasiona na pequena vítima a revitimização. Estão presentes

as opiniões de grandes teóricos acerca do assunto, isto é, Wallon, Piaget e Vigotsky, que expõem seus argumentos acerca do porquê uma criança deve ser respeitada e dos riscos para a saúde e desenvolvimento delas, caso não sejam tomados todos os cuidados necessários.

Alice Rocha da Silva e Renan Fowler Barros apresentaram o artigo intitulado “A CONSIDERAÇÃO DE ELEMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL NA PRÁTICA PROCESSUAL ESTRUTURANTE COMO ALTERNATIVA AO TRADICIONALISMO DOS ACORDOS PREVIDENCIÁRIOS INTERNACIONAIS”, em que observaram a busca pela efetivação dos direitos previdenciários de indivíduos que prestam serviços em diversos países. A efetividade de tais direitos pode ser construída a partir do arcabouço apresentado pelo Direito Administrativo Global, a ser considerado em processos estruturantes. Desde a análise de abordagens jurídicas alternativas à clássica elaboração dos Acordos Previdenciários Internacionais foi possível construir novos caminhos para a consideração do tempo de trabalho e contribuição do trabalhador em jurisdições diversas.

Encerrando o bloco, foi apresentado o artigo com o título “DIREITOS DE PROPRIEDADE E REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: O PAPEL DO STJ NA INTERPRETAÇÃO DA LEI 13.465/2017”, por Alfredo Ribeiro da Cunha Lobo, que teve a pretensão investigar a interpretação e aplicação da Lei nº 13.465/2017 pelo STJ, focando na Regularização Fundiária Urbana (REURB) em contextos de informalidade registral citadina no Brasil. Diante das complexidades do crescimento urbano desordenado e da informalidade habitacional, o autor propõe uma análise das decisões do STJ para entender como elas influenciam a implementação da lei.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à jurisdição sustentável, no qual a transdisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta

coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Em 08 de julho de 2024.

Os Coordenadores:

Prof. Dra. Daniela Marques de Moraes - Universidade de Brasília (UNB): daniela.mmoraes@yahoo.com.br

Prof. Dr. Magno Federici Gomes - Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF): magnofederici@gmail.com

Prof. Dr. Marcelo Toffano - Faculdade de Direito de Franca (FDF): prof.toffano@gmail.com

DEMOCRACIA E A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS DEMOCRACY AND THE LEGITIMACY OF JUDICIAL DECISIONS

Leonardo Jose Diehl ¹
Ari Rheinheimer Filho ²
Adriana Fasolo Pilati ³

Resumo

A discussão sobre a legitimidade do Poder Judiciário, cujos operadores não são eleitos, em especial quando decide afastar uma lei, sobrepondo a vontade dos representantes eleitos, tem se potencializado a partir da crescente carga valorativa que se tem atribuído às decisões judiciais tomadas com base em conceitos ditos “abstratos”, existentes principalmente, em algumas Constituições. Ao contrário da dúvida que surge, o que se busca evidenciar no presente trabalho é que a decisão judicial, como resultado de uma ferramenta de potencialização da democracia deliberativa, é um importante instrumento de garantia da participação popular nas decisões políticas e, portanto, é tão legítima quanto o processo representativo de democracia. Através do método dedutivo histórico, revisional bibliográfico, analisa-se historicamente as teorias de Sieyès e Montesquieu, para complementar as conclusões de Luís Roberto Barroso acerca da democracia deliberativa, observando as teorias de Habermas e Rawls. Por fim, conclui-se que o Poder Judiciário é ferramenta legítima de democracia deliberativa, estimula e permite a efetiva participação popular totalitária e, ainda que possua nuances negativas e melhorias indispensáveis ao seu aprimoramento, não pode jamais, ser chamada de ilegítima.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Decisão judicial, Democracia, Legitimidade, Poder judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

The discussion about the legitimacy of the Judiciary, whose operators are not elected, especially when it decides to reject a law, overriding the will of elected representatives, has been strengthened by the growing value burden that has been attributed to judicial decisions taken based on so-called “abstract” concepts, existing mainly in some Constitutions. Contrary to the doubt that arises, what we seek to highlight in this work is that the judicial decision, as a result of a tool for enhancing deliberative democracy, is an important instrument for guaranteeing popular participation in political decisions and, therefore, is so legitimates the

¹ Mestre em Direito (UPF). Advogado.

² Mestre em Direito (UPF). Advogado.

³ Professora de graduação e Pós-Graduação (UPF/PPGD). Doutora em Direito (UFSC). Mestre em Direito (PUC/RS).

representative process of democracy. Through the historical deductive method, bibliographic revision, the theories of Sieyès and Montesquieu are historically analyzed, to complement the conclusions of Luís Roberto Barroso about deliberative democracy, observing the theories of Habermas and Rawls. Finally, it is concluded that the Judiciary is a legitimate tool of deliberative democracy, it encourages and allows effective totalitarian popular participation and, even though it has negative nuances and improvements essential to its improvement, it can never be called illegitimate.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Judicial decision, Democracy, Legitimacy, Judicial power

1 INTRODUÇÃO

Antes de qualquer exposição ou manifestação a respeito da discussão – não só acadêmica, mas da própria sociedade – sobre o chamado “ativismo jurídico”, é importante verificar minimamente a origem da legitimação do Poder Judiciário. Quais são os aspectos fundantes de sua instituição e de suas decisões? Por que seus representantes – não eleitos – podem, por exemplo, decidir sobre a suspensão de uma norma aprovada por um parlamento, cuja legitimidade advém da democracia representativa? Qual é o encadeamento racional e lógico desta possibilidade? Será a “commownização” do direito como fonte primária? Como a doutrina estrangeira lida com isso? O Poder Judiciário é uma espécie de poder moderador das decisões tomadas pelos demais poderes? Quais as reações institucionais e da própria sociedade frente a esse paradigma? O quanto a teoria sobre o Estado elaborada por Sieyès e Montesquieu são aplicáveis atualmente? Hoje, é um momento de crise teórica e de adaptação em relação a um novo marco sobre o Estado moderno (o modelo atual entrou em declínio)?

A fórmula constitucional para escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal é política e é realizada de acordo com a condução ideológica da sociedade, assim ele se torna um tribunal jurídico e político, limitando as ações dos três poderes. Sua função primordial é interpretar a Constituição, portanto sua legitimidade é um exercício abstrato cognitivo. O Estado também assim o é, não é uma *persona reale* e sua existência e legitimidade parte da tripartição dos poderes estatais, portanto a razão da existência do Estado está umbilicalmente ligada a existência do Poder Judiciário e de sua legitimidade. Mas a sociedade não compreende, basta verificar o momento atual da sociedade brasileira: a contestação dos poderes e das instituições.

A dificuldade deste entendimento decorre da falta de “legitimidade de voto” do Poder Judiciário, que ocorre tanto no Poder Legislativo como no Executivo. Sobre este, geralmente é proeminente e agiganta-se em diversos países, especialmente nas nações em desenvolvimento (é uma distorção do sistema), ficando mais fácil e compreensível suas legitimações. Já a do Poder Judiciário necessita ser construída, trabalhada na sociedade.

Mas esta é uma teoria construída no processo revolucionário francês, e entre tantos, destaca-se Sieyès e, claro, utilizando-se muito da construção teórica de Montesquieu. Estes autores devem ser revisitados para se formular uma argumentação plausível em defesa das decisões dos magistrados com força de Estado.

Luís Roberto Barroso resume, com propriedade, o cenário atual acerca da discussão em foco, e vincula despretensiosamente, a democracia deliberativa à justificação da legitimidade do Poder Judiciário.

Rawls e Habermas, em outro contexto, já discutiam a democracia deliberativa e, o que se pretende, é avaliar com base no arcabouço histórico supracitado, a justificação comentada pelo eminente Ministro do STF.

2 A LEGITIMAÇÃO HISTÓRICA DO PODER JUDICIÁRIO

Neste capítulo, primeiramente se falará sobre Sieyès, buscando apresentá-lo e situá-lo no marco temporal e após se verificará a construção de sua teoria contida na obra. Mais adiante será revisitado Montesquieu e sua contribuição para a formatação do Estado e legitimidade dos poderes constituídos, buscando uma perspectiva histórica que permita analisar a equivocada contestação atual da legitimidade do Poder Judiciário, segundo o argumento da não elegibilidade pelo voto popular de seus membros e a acusação de interferência nas atribuições dos demais poderes constituídos (Legislativo e Executivo) a serem tratadas nos próximos capítulos.

Para buscar compreender Sieyès é importante analisar cronologicamente seu tempo: em 1715, Luís XV assume o trono francês; em 1774, Luís XVI ocupa o trono francês; 1776 ocorre a declaração de independência das colônias inglesas na América do Norte; em 1789 é finalizada a aprovação da constituição dos Estados Unidos e uma sucessão de fatos importantes ocorrem na França: instalação do chamado Estados Gerais, o Terceiro Estado se autoproclama Assembleia Nacional Constituinte, Tomada da Bastilha e ocorre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; em 1791, a Assembleia Constituinte proclama sua constituição, preservando o direito de veto do rei, anteriormente abolido e divide os cidadãos em ativos (com direitos de participação eleitoral) e os passivos (os que não tem direito de votar) e instalada nova Assembleia Legislativa de acordo com a Constituição; em 1792 inicia-se nova revolução, cai a Monarquia, ocorre Convenção Nacional, sem distinções entre os cidadão em ativos e passivos e proclamada a República Francesa; em 1793 Luís XVI é guilhotinado, os Jacobinos assumem o poder e ocorre a promulgação da Constituição da República Jacobina contendo direito ao voto universal; em 1794 ocorre a contrarrevolução do 9 de Termidor; 1795 promulgada nova Constituição Republicana retirando o voto universal e inicia-se o governo do

Diretório com duas Câmaras: a Baixa – Conselho dos 500 e a Alta – Conselho de Anciãos, elegendo o Poder Executivo que contava com cinco membros, entre eles Sieyès; em 1799 ocorre em 18 Brumário o golpe de Estado de Napoleão Bonaparte, onde é instituído o Governo do Consulado fazendo parte Bonaparte, Sieyès e Roger-Ducos, é outorgada nova Constituição; em 1802 Napoleão se autoneomeia Cônsul vitalício; em 1804 Napoleão torna-se imperador; em 1815 ocorre a batalha de Waterloo, onde Napoleão é derrotado por forças inglesas e prussianas; em 1821 morre Napoleão Bonaparte; e em 1836, após retorno de exílio por oposição a Bonaparte falece, em Paris, Sieyès. (2009, p. 102)

Sieyès, procurou adaptar para a realidade francesa a teoria liberal e econômica de Adam Smith¹, numa harmonização com os ideais mercantilistas esboçados por Condillac², entre outros, lembrando que sua principal obra, aqui utilizada como parâmetro paradigmático, *Qu'est-ce que le Tiers État?* deve ser compreendida dentro de sua época, pois escrita no calor da revolução³.

Como se sabe, o conflito deflagrado com a Revolução Francesa, origina-se da crise social e econômica que assolava a França e a tentativa de a realeza preservar a nobreza e o clero, em detrimento do terceiro estado. Contudo, no início, não houve ruptura e o Abade Sieyès, juntamente com grandes liberais e a alta burguesia formam o Partido Nacional Patriota e o “Comitê dos Trinta”, cuja participação da convocatória dos Estado Gerais, elaborou-se uma série de documentos cujo objetivo é a reforma do Estado e dentre eles se destacou a presente obra, buscando a igualdade entre as três esferas, onde o clero e a nobreza eram privilegiados e o Terceiro estado não. Diante deste conflito o Terceiro estado declara Assembleia Nacional, independentemente da participação do Clero e da Nobreza, cuja perspectiva era elaborar uma constituição para a sociedade francesa. (Sieyès (2009, p. 22)

Aurélio Wander Bastos⁴ adverte: “onde a obra deve ser analisada de dois prismas: o que seria a representatividade política da nação e, em segundo lugar, como os

¹ Adam Smith (1723-1790) foi um economista e filósofo escocês. Considerado o pai da economia moderna. O mais importante teórico do liberalismo econômico do século XVIII. Sua principal obra “A Riqueza das Nações”, é referência para os economistas. Pregava a não intervenção do Estado na economia e um Estado limitado às funções de guardião da segurança pública, mantenedor da ordem e garantia da propriedade privada. *In*: https://www.ebiografia.com/adam_smith/. Acesso em 02 jan. 2023.

² Étienne Bonnot de Condillac (1715-1780) desenvolveu uma teoria do conhecimento baseada no empirismo onde as sensações são o principal instrumento que nos permitem conhecer. Este filósofo formulou os fundamentos da teoria do conhecimento na época do iluminismo. *In*: http://www.filosofia.com.br/historia_show.php?id=87. Acesso em 02 jan. 2023.

³ Conf. prefácio de José Ribas Vieira, in: Emmanuel Joseph Sieyès. **A Constituinte Burguesa**, p. 19.

⁴ Aurélio Wander Bastos, escreveu a introdução da obra de Sieyès, na tradução para o português. Ele é professor titular das Faculdades Cândido Mendes, Professor Agregado da PUC-RJ e Chefe do Setor de Direito da Fundação Casa de Rui Barbosa (licenciado).

deputados deveriam se organizar para promulgar uma Constituição representativa” (Sieyès, 2009, p. 34). A ideia de o voto ser uno, por cabeça, era realmente revolucionária para a época, uma vez que, com isso, ele faria com que o Terceiro Estado (burgueses, camponeses e trabalhadores) fossem a maioria no parlamento, superando os privilegiados da nobreza e do clero. Diz mais adiante: “a origem do poder é a vontade individual de associar-se: a força de cada um isoladamente é nula; é a união de todos que gera a nação” (Sieyès, 2009, p. 34). Lembrar que, na organização de convocação pelo rei denominada Estados Gerais, o voto era por Estado e não por indivíduo, o que deixava o Terceiro Estado sempre em desvantagem.

É de considerar que, muito embora sua posição fosse avançada para a época, era uma elegibilidade censitária, somente votando e sendo votado aqueles que possuíam determinada renda e contribuíssem com certa quantia em tributos. Mulheres jamais seriam eleitas, como também estrangeiros e alguns trabalhadores que podiam apenas votar. De qualquer sorte, Sieyès, teve importantes contribuições ao constitucionalismo moderno ao distinguir o poder legislativo do poder constituinte e de estabelecer a constituição como a lei fundamental e, as demais normas, em leis fundadas, derivadas da primeira. (Sieyès, 2009, p. 40)

Sob a perspectiva da conjuntura história relatada, é que se desenvolve a compreensão do cerne da teoria de Sieyès e sua contribuição para a criação do Estado como se conhece hodiernamente.

O autor começa sua obra relatando as tarefas a serem empreendidas para a existência de uma nação, onde, resumidamente, depende do trabalho de seus cidadãos e das funções públicas organizadas, pois são estas duas atribuições que sustentam a sociedade com o pagamento de tributos e onde todas estas atividades recaem sobre o Terceiro Estado e não sobre os outros integrantes políticos da França pré-revolucionária, quem seja: a nobreza e o clero; já as tarefas públicas há uma divisão onde as penosas são realizadas pelo Terceiro Estado e as atribuições bem remuneradas e honoríficas acabam sendo ocupadas pelas outras duas classes políticas privilegiadas. Ao conceituar Nação como “um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura”, afirma que a nobreza não se enquadra, pois é um povo à parte, sendo um “*imperium in império*”, onde seus deputados exercem poder político para defender tão-somente seus interesses de classe privilegiada. (Sieyès, 2009, p. 45-48)

Ao reclamar o pertencimento em igualdade de condições do Terceiro Estado e a Nobreza dentro da sociedade francesa, o autor afirma que seus representantes devem ser escolhidos apenas entre os cidadãos que pertençam a ele, ou seja, não ser detentor de quaisquer privilégios. Neste sentido relata o comportamento dos “indivíduos de toga” que chegaram à nobreza por um caminho diferente do corriqueiro, e como não são devidamente respeitados pelos nobres,

procuram se integrarem no Terceiro Estado, mas não porque buscam o interesse da população, mas para fazerem com que os membros desta classe votem neles para fazerem parte do Parlamento, repetindo o que acontecia sempre: cidadãos do Terceiro Estado elegendo cavalheiros da Nobreza para “representá-los”. (Sieyès, 2009, p. 56)

Anotar que as reivindicações de Sieyès na época foram importantes para sedimentar o Estado moderno e o constitucionalismo, quando pede que o número de deputados dos três setores da sociedade francesa – nobreza, clero e terceiro estado – sejam em número proporcional segundo critério o número de pessoas que cada um possui (segundo ele: proporcional entre: 80,4 mil do clero, 110 mil da nobreza e 25 a 26 milhões do terceiro estado); outra demanda defendida pelo Terceiro Estado é a votação “por cabeça” e não por ordens nas decisões dos Estados Gerais, o que por si só haveria uma igualdade de influência, já que o clero e a nobreza sempre votavam juntos. (Sieyès, 2009, p. 62-64)

Outra ponderação que envolve o tema aqui proposto é sua análise da Constituição inglesa, “uma obra impressionante” em suas palavras, porém entende não ser adequada para sua utilização pela França, especialmente porque acredita que os julgados são superiores à Constituição, sendo “uma verdadeira garantia da liberdade individual na Inglaterra e em todos os países do mundo onde se aspira à liberdade”. Afirma ser o único método de administrar a justiça, protegendo a população dos abusos do Poder Judiciário, “tão frequentes e tão temíveis em todas as partes em que não se é julgado por seus pares”, o que o torna livre para decidir contra determinações ilegais. (Sieyès, 2009, p. 76)

Esta manifesta contrariedade aos que queriam “copiar” a Constituição inglesa Sieyès, argumenta que ela deve partir de seus cidadãos e baseados em princípios fundamentais, de maneira geral, até hoje aceitos: (1) a comunidade não se abdica do seu poder de cria-la, mas apenas delega seu exercício; (2) os representantes da Assembleia Constituinte não possuem plenitude deste exercício; (3) os delegados não podem alterar a extensão do poder outorgado. Mais adiante afirma estes representantes devem “constituir” o Estado, pois ele “não é nada sem suas formas constitutivas; não age, não se dirige e não comanda, a não ser pela vontade comum outorgada. (Sieyès, 2009, p. 80)

Nesta questão da representatividade, é de fundamental importância a conceituação de poder constituído e poder constituinte, para Sieyès:

[...] a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seu primeiro grau. As segundas devem

ser estabelecidas por uma vontade representativa especial. Desse modo, todas as partes do governo dependem em última análise da nação. (2009, p. 81)

Para Sieyès (2009, p. 83) a Nação se forma pelo direito natural. Não é positivada. A Constituição positiva é para regular o governo, nunca a nação que (1º) ela possui direitos naturais; (2º) ela os exerce; (3º) seus representantes trabalham para sua conservação. Esta é a sequência, pois é a origem de toda a legalidade, diferentemente do poder que só existe enquanto constitucional.

Montesquieu (1689-1755)⁵, antecessor de Sieyès não viveu a derrocada da nobreza francesa, mas contribuiu muito para a organização dos estados advindos pós-Revolução. Parte da sua mais célebre obra – *Espírito das Leis* – pretendeu relacionar este “espírito das leis” - e como ele consiste nas relações das leis com diversas coisas -, com a natureza e princípio de cada espécie de governo: republicano, monárquico e o despótico. Nestas comparações entre eles, entende que no governo monárquico se faz necessário leis mais elaboradas do que no despótico, como também a existência de tribunais, cuja decisões devem ser conservadas, servindo de arcabouço para futuros julgamentos, o que gera uma espantosa multiplicação de regulamentações. (Montesquieu, 1919, p. 119)

Por óbvio, este trabalho se concentrará nas análises voltadas à República e a Democracia e a legitimação do Poder Judiciário, mas claro e muito embora o autor se concentra na monarquia e a república não possui as características atuais, é importante verificar a evolução da legitimidade judicial nas espécies de governos. Veja-se a atualidade de sua manifestação quando diz:

À medida que os julgamentos dos tribunais multiplicam-se nas monarquias, a jurisprudência encarrega-se das decisões que, algumas vezes, se contradizem, seja porque os juizes, que se sucedem, pensam diferentemente, seja porque os mesmos processos são ora bem, ora mal defendidos, ou, enfim, em consequência de uma infinidade de abusos que se insinuam em tudo que passa pelas mãos dos homens. É um mal necessário que o legislador corrige de quando em quando, como contrária até ao espírito dos governos moderados. Porque, quando se é obrigado a recorrer aos tribunais, é mister que isso decorra da natureza da constituição e não das contradições e incertezas das leis. (Montesquieu, 1919, p. 119)

⁵ Batizado Charles Louis de Secondat, nasceu no castelo da família, próximo de Bordeaux. Foi educado na Ordem dos Oratórios e foi membro da Academia Francesa. Em 1748 publica “O espírito das leis”, obra que o projetou porque “em caráter pioneiro, apresenta a estrutura de funcionamento do sistema representativo que, na altura (primeira metade do século XVIII), somente existia na Inglaterra”. In: Antônio Paim. Breve História do Pensamento Político disponível em www.espaçodemocratico.org.br.

E mais: quando o Estado caminha para a república mais “rígida se torna a maneira de julgar”, porque não se pode decidir arbitrariamente como na antiga república da Lacedemônia, parecendo-se muito com um estado despótico, onde a regra é o próprio juiz, até porque na República é de sua natureza dela a observação das leis. Em Roma e na Grécia, os juízes não eram árbitros como nas monarquias, e cada um dava ser veredito, de acordo com fórmulas pré-estabelecidas, decorrendo daí, o julgamento por demandas individuais, sem “aumentar, diminuir ou modificar, porém, ao contrário, os pretores romanos instituíram a “boa-fé”, retirando a rigidez para a elaboração do pronunciamento judicial. (Montesquieu, 1919, p. 122 e 123)

Entre suas diversas avaliações sobre o Estado, a questão da corrupção dos princípios governamentais ganha importância, no sentido de que a democracia tem seu espírito corrompido quando se perde a igualdade ou quando se busca uma igualdade absoluta, onde todos entendem que podem ser o legislador, o executor e o juiz das questões, portanto, são dois excessos que devem se evitados: a desigualdade que a conduz à aristocracia e a igualdade extrema, que a conduz ao despotismo. (Montesquieu, 1919, p. 153)

Montesquieu defende a necessidade de manutenção dos princípios de uma sociedade para os julgamentos, quando diz: “só se pode remediar alguns de seus males nascentes, suprimindo a corrupção e estimulando os princípios: qualquer outra correção é inútil ou um novo mal”. Exemplifica historicamente com Roma, afirmando que os julgamentos dos senadores somente foram realizados sem abusos enquanto conservou seus princípios, mas quando se corrompeu, de nada adiantou transferir os julgamentos do Senado aos cavaleiros, aos tesoureiros do erário ou a julgamentos conjuntos. (Montesquieu, 1919, p. 158)

Sendo o grande paradigma da modernidade o princípio – hoje – constitucional da liberdade tem, para o autor, diversas significações e utilizações como a liberdade de depor um governo tirânico; a liberdade de escolher por eleição o mandatário do país; liberdade de se armar e de exercer a violência e a liberdade de escolher somente governantes pátrios ou geridos pelas próprias leis, mas ressalta: a liberdade nos governos democráticos, muito embora pareça que a população pode fazer o que quer, mas não é isso, pois “num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar”. E é interessantemente atual quando afirma: “deve-se ter sempre em mente o que é independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder. (Montesquieu, 1919, p. 185 e 186)

E ainda sobre liberdade argumenta não ser a democracia, por sua natureza, um Estado livre, de maneira que a liberdade só existira em estados moderados, desde que não se abuse do poder, mas a história humana demonstra a tentação de sempre abusar dele e vai até onde for limitado, ou seja, para não ocorrer abuso de poder há que o poder frear o poder. A constituição é o freio. (Montesquieu, 1919, p. 187)

Liberdade é associada a segurança, onde a tranquilidade que o Estado proporciona ao cidadão, fazendo com que uma pessoa não tema outra. E, transportando para “poderes”, não existe liberdade se as atribuições de Estado - legislar, executar e julgar - fiquem sob a responsabilidade de uma pessoa ou grupo. Degenera-se em tirania, arbitrariedade ou opressão: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”. (Montesquieu, 1919, p. 187 e 188)

Para ele o poder de julgar não deveria ser permanente; exercido por pessoas escolhidas dentre os cidadãos; em data certa; na forma da lei; não devem pertencer a grupos identificados e profissionais; podem ser em grande número para ampliar sua escolha para o julgamento; as decisões devem corresponder a exatidão da lei, não importando a opinião pessoal do juiz e que os juízes sejam escolhidos entre os pares de condição do acusado. De qualquer sorte, muito embora conjunturalmente avançado para sua época, percebe-se uma certa irrelevância ao poder de julgar, até porque, acredita-se, a sua independência foi construída *a posteriori* aos demais poderes, e fica claro quando se reporta a ele como um mero cumpridor da lei:

Porém, em geral, o poder legislativo não pode julgar e o pode ainda menos neste caso específico, em que representa a parte interessada que é o povo. Assim, o poder legislativo só pode ser acusador. Mas diante de que ele acusaria? Rebaixar-se-ia diante dos tribunais da lei que lhe são inferiores e compostos, além disso, de pessoas que sendo povo como ele, seriam impressionadas pela autoridade de tão poderoso acusador? Não; para conservar a dignidade do povo e a segurança do indivíduo, é mister que a parte legislativa do povo faça suas acusações diante da parte legislativa dos nobres, a qual não possui nem os mesmos interesses que ele, nem as mesmas paixões. Esta é a vantagem que esse governo possui sobre a maioria das repúblicas antigas, onde este abuso existia: o povo era, ao mesmo tempo, juiz e acusador. (Montesquieu, 1919, p. 191-194)

Portanto, a construção histórica da legitimidade do Poder Judiciário passa: (1º) pelo processo do Poder Constituinte e não do Poder Constituído como diz Sieyès e de sua imprescindível inscrição nas constituições nacionais e (2º) pela autonomia e independência já

alertadas em 1748 pelo Barão de Montesquieu, para seu efetivo exercício de suas atribuições constitucionais.

Claro, a modernidade trouxe novos paradigmas e, o atual, é a liberdade. O avanço dela na sociedade faz o direito mover-se no sentido de construir novas teorias de base para a organização do Estado, mas isso não quer dizer que se deve discutir a legitimidade dos poderes do Estado.

Então é importante reforçar a legitimidade dos poderes constituídos, mas é necessário ampliar e aperfeiçoar este arcabouço jurídico para emprestar legitimidade ao Poder Judiciário e não basta mais Sieyès e Montesquieu, porque o mundo atual é extremamente complexo e muda o tempo todo. Está cada vez mais difícil “armar” as instituições baseadas em teorias construídas num mundo completamente diferente que o atual. Os pressupostos de legitimidade históricos já não existem mais, portanto, é imprescindível estabelecer novas “amarras” desta construção que é a legitimação dos membros do Poder Judiciário, na verdade, é necessário revisitar a base teórica do próprio Estado.

3 DECISÃO JUDICIAL E DEMOCRACIA

A democracia atual, em si, vive uma severa crise. Luigi Ferrajoli (2014), procura demonstrar fatores que tem levado a Itália a crescentes desrespeitos à sua Constituição, que culminam com o fortalecimento do que chama de “poderes selvagens”, com características que acredita serem próprias do fascismo, que tanto foi combatido no passado. Para o autor, a democracia vive uma evidente crise de representatividade política, na Itália.

Já Manuel Castels (2018), também entende que existe uma evidente crise de representatividade política na Espanha, citando exemplos dos EUA, do BREXIT e da União Europeia, avaliando os fatores que entende terem colaborado para esta crise.

No Brasil, a exemplo do que destacam Ferrajoli e Castels, temos visto uma personificação dos chefes do executivo (Lula, Bolsonaro), como representantes do macro sujeito “o povo”. Um embate no cenário político cada vez menos culto, e mais vulgar. A grande mídia e a própria internet prestando verdadeiros desserviços à informação. A educação sofrendo cada vez menos estímulo. A eleição de representantes com base em promessas que representam o anseio de cidadãos evidentemente temerosos (política do medo), em evidente demonstração de crise de representatividade. Um estado de constante “urgência” (medidas contra corrupção, contra crise econômica, reformas em busca de credibilidade internacional, pandemia etc.),

justificando uma série de leis de retrocesso social. Parece por demais evidente que, no Brasil, a democracia (se é que ela existiu) vive a mesma crise descrita pelos autores.

É inegável que as ditas “promessas da modernidade” não chegaram a se efetivar, da forma como se esperava. A quebra de paradigmas, o olhar para o futuro, sob novas perspectivas, é o mote do que se tem convencido chamar de “pós-modernidade. Ela, “é o estado reflexivo da sociedade ante suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo de seu *modus actuandi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade”. (Bittar, 2008)

Sob esta quebra de paradigmas, este olhar para o futuro, esta crise da democracia, cabe o questionamento sobre as alternativas da sociedade para a promoção e efetivação das garantias fundamentais, a promoção do bem-estar comum.

Agrava-se o fato de o Judiciário ser o repositório de demandas sociais, advindas de um processo de mercantilização do Estado e o declínio da sociedade securitária, onde as reivindicações para enfrentamento de todo o tipo de carência pelo não atendimento dos direitos sociais tornando o Poder Judiciário um recurso “ilusório” contra todos os males da sociedade marginalizada. (François Ost, 2005, p. 320)

Claro, se vive uma inquietude dos tempos atuais, onde a urgência passou a ser o corriqueiro, onde o presente “concentra toda a carga de expectativa normalmente voltada para o futuro, e é nesta injunção imediata do distante – logo, na urgência – que a ação é chamada a se produzir”. E esta ação acaba substituindo políticas públicas e a falta de legislação por decisões judiciais como no campo social e na economia com sua integração planetária, por exemplo. Decisões legais ou políticas que acabam sendo jurídicas, pela inércia dos demais poderes ou pela urgência do nosso tempo. (François Ost, 2005, p. 331)

Por certo, que muitas alternativas podem se mostrar atrativas, umas mais outras menos factíveis. Porém, uma vem se mostrando (sem entrar, por ora, no mérito de ser boa ou ruim) efetivamente atuante e relevante. O controle das decisões políticas pelo Poder Judiciário.

Desde o emblemático caso norte-americano, *Marbury x Madison*, o Poder Judiciário tem ganhado um protagonismo crescente no controle das decisões políticas. No Brasil, o Controle de Constitucionalidade, exercido em última instância, pelo STF, tem se destacado no cenário nacional, tomando decisões de interesse e relevância, não só no âmbito jurídico, mas como ator protagonista no âmbito político.

E neste viés, é pertinente a discussão acerca da sua legitimidade, uma vez que seus representantes não são eleitos pelo povo, como é o caso do executivo e legislativo. O voto, o

sufrágio universal, professado por Seiyés, é uma das conquistas da democracia, que representa a participação do povo na escolha de quem irá exercer a política para o povo através do povo.

Sobre a legitimidade do Poder Judiciário, ante a ausência de eletividade nos seus cargos, tomando por base o controle de constitucionalidade, Barroso destaca:

Diversas críticas foram dirigidas, desde o primeiro momento, a essa função pela qual o juízo feito pelos tribunais acerca de uma lei sobrepõe-se ao do legislador. As impugnações foram de natureza política, doutrinária e ideológica. Duas delas são destacadas a seguir.

A primeira: a denominada dificuldade contramajoritária (*countermajoritarian difficulty*), resultante do argumento de que órgãos compostos por agentes públicos não eletivos não deveriam ter competência para invalidar decisões dos órgãos legitimados pela escolha popular. Segunda: os pronunciamentos dos órgãos judiciais, uma vez esgotados os recursos processuais cabíveis — e que se exaurem no âmbito do próprio Judiciário —, não estão sujeitos a qualquer tipo de controle democrático, salvo a hipótese complexa e pouco comum de sua superação por via de emenda à Constituição. Nos Estados Unidos, o questionamento à legitimidade do controle judicial de constitucionalidade foi reavivado e aprofundado como reação à jurisprudência progressista da Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) e de Warren Burger (1969-1986), indo da crítica radical até atenuações moderadas.

É fora de dúvida que a tese da legitimidade do controle de constitucionalidade foi amplamente vitoriosa, assim no debate acadêmico como na prática jurisprudencial, sem embargo da sucessão de períodos de maior ou menor ativismo judicial. Seu êxito deveu-se a argumentos de lógica aparentemente irrefutável. Dentre eles, alinham-se alguns a seguir. A Constituição, obra do poder constituinte originário e expressão mais alta da soberania popular, está acima do poder constituído, subordinando inclusive o legislador. Se a Constituição tem status de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la. Ainda quando decida conflitos de natureza política, os critérios e métodos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais são jurídicos. Em uma proposição: o Judiciário, ao interpretar as normas constitucionais, revela a vontade do constituinte, isto é, do povo, e a faz prevalecer sobre a das maiorias parlamentares eventuais.

Essa linha de argumentação funda-se sobre a premissa de que a interpretação constitucional seja uma atividade mecânica, subjuntiva de determinados fatos à dicção inequívoca da norma. Não se tratando, portanto, do exercício de uma competência livre ou discricionária, não se está diante de qualquer risco democrático. O órgão judicial não impõe sua vontade nem seu próprio juízo de valores, mas apenas submete os legisladores atuais a escolhas prévias feitas pelo povo. Essa maneira de ver a questão teve amplo curso e foi acolhida de forma expressa na jurisprudência da Suprema Corte americana. (2022, p. 24 e 25)

O juiz, ao decidir - utilizando o exemplo do controle de constitucionalidade, explorado por Luís Barroso -, pode retirar uma lei do ordenamento jurídico, declarando-a inconstitucional. Tal decisão pode, inclusive, ter efeito *erga omnes*. Esta atividade, segundo a crítica, revelaria invasão do poder judiciário na atividade legislativa. É de onde nasce o problema da legitimidade do Poder Judiciário, cujos representantes não são eleitos democraticamente, para interferir nas escolhas legislativas dos representantes eleitos. Estar-se-ia ferindo o princípio democrático?

Muitas teorias, segundo Barroso, foram criadas para justificar tal prática. Na primeira tese, mais positivista, o juiz atuando como intérprete da lei constitucional, atua apenas na conformação da vontade do legislador à vontade constitucional prévia. Ou seja, não existe elemento volitivo do juiz, capaz de ferir o princípio democrático. O que existe, na verdade, é justamente o contrário: o dever do próprio legislador de respeitar a vontade constitucional, sendo o papel do judiciário apenas de “fiscalização”.

No entanto, as teorias pós-positivistas, atentam para o conteúdo aberto das normas constitucionais, muitas das quais figuram como molduras, dentro das quais cabe certo grau de discricionariedade do intérprete. Nas quais, além dos elementos objetivos da norma, existe a possibilidade de uma escolha, um elemento de vontade, dentro do qual o julgador exerce opções, que aí sim, não estão dentro do papel meramente “fiscalizatório”, professado pela escola positivista.

Para Barroso (2022, p. 25), a escola pós-positivista esforçou-se em minimizar o aspecto volitivo da decisão judicial, com base na necessidade de uma fundamentação racional acerca da escolha realizada. Não se trata de uma opção do julgador, mas de uma conclusão lógica/racional de hermenêutica jurídica. Na mesma linha, resume as teorias que buscam, na atualidade, fundamentar a legitimidade da decisão judicial:

- o acolhimento generalizado da jurisdição constitucional representa uma ampliação da atuação do Judiciário, correspondente à busca de um novo equilíbrio por força da expansão das funções dos outros dois Poderes no âmbito do Estado moderno;
- a jurisdição constitucional é um instrumento valioso na superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo;
- juízes e tribunais constitucionais são insubstituíveis na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democracia;
- a jurisdição constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequada das minorias no processo decisório. (Barroso, 2022, p. 25)

Barroso, na obra que trata do Controle de Constitucionalidade, procura evitar o embate filosófico sobre o tema, mas conclui que a decisão judicial tem sua legitimidade justificada pela confluência de dois elementos: “o dogma da vontade da maioria e a separação de Poderes”. (Barroso, 2022, p. 25)

Para Barroso, a adequação das decisões políticas pelo Poder Judiciário encontra-se justificada porque a democracia não se baseia apenas no critério demográfico, mas sim na liberdade e defesa dos direitos de todos, mesmo que sejam uma minoria. Assim, justifica-se a ferramenta de controle das decisões em benefício de direitos minimamente eleitos como fundamentais, de todos, inclusive de minorias contra eventuais correntes majoritárias ocasionais que desrespeitem esses direitos fundamentais mínimos. Porque a Carta Política “não pode abdicar da salvaguarda de valores essenciais e da promoção de direitos fundamentais, mas não deve ter, por outro lado, a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária e juridicizar além da conta o espaço próprio da política”. (Barroso, 2022, p. 25)

Seguindo o raciocínio de Barroso, ainda se justifica a legitimidade do Poder Judiciário, porque tem assumido novo, mas importante, papel na separação dos poderes, servindo de cenário de discussão jurídica das decisões políticas, como ferramenta de necessária discussão acerca da conformidade sem natureza religiosa, ideológica, filosófica, moral ou econômica. Um cenário de diálogo racional, com participação ampla e equilibrada, inclusive das minorias, acerca das decisões políticas. Não no objetivo de suplantando a deliberação política democrática clássica, mas com foco em oportunizar uma discussão racional acerca de opções políticas que nem sempre são adequadamente deliberadas na esfera política. Ele diz que as instâncias de decisões judiciais devem se subsidiar de “argumentos que possam ser reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco e aberto, ainda que venham a discordar dos resultados obtidos em concreto” (Barroso, 2022, p. 26).

Para Barroso (2022, p. 26), vive-se uma era de *democracia deliberativa*. Estimula-se o amplo debate sobre as decisões políticas, com viés racional e pautado pela defesa de direitos fundamentais mínimos, admitindo-se que a democracia “não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes”, onde a “legitimidade de uma decisão judicial, como a do poder em geral, situa-se na confluência entre o consentimento e o respeito.

4 DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Para os gregos, as deliberações sobre o futuro da comunidade eram livremente discutidas por todos. A democracia se funda no conceito de liberdade positiva:

De acordo com a clássica distinção de Benjamin Constant entre a liberdade dos modernos e a liberdade dos antigos, o aporte liberal é fundado na ideia de liberdade como liberdade negativa, enquanto o elemento democrático se funda na concepção dos antigos* sobre liberdade, ou liberdade positiva. Liberdade

negativa seria a ausência de interferência, por parte do Estado ou dos “outros”, na esfera de atuação dos indivíduos, esfera privada. Nela estariam compreendidas a liberdade religiosa, liberdade de consciência, pensamento e expressão, bem como os direitos da pessoa e de propriedade. Já a liberdade dos antigos se liga a uma concepção positiva de liberdade, fundada nos ideais de participação política e gerenciamento da coisa pública, implicando liberdades políticas, exercitadas no âmbito público. O elemento democrático implica a realização do ideal de liberdade positiva, significada pela possibilidade da participação política, do atuar no sentido de algo, liberdade para. Estes dois elementos vão sempre estar se opondo um ao outro, não havendo jamais a possibilidade da erradicação desta tensão, do estabelecimento de um equilíbrio perfeito entre os ideais democráticos e liberais, consubstanciados nos princípios da igualdade e da liberdade. Esta ideia da democracia liberal é o pano de fundo sobre o qual trabalha a teoria da democracia deliberativa. (Kozicki, 2004, p. 43-44)

Segundo as teorias sobre a democracia deliberativa, esta podia ser entendida como um método para tomada de decisões (políticas), “assenta-se na ideia de um livre debate, ou discussão, a ser realizado entre cidadãos livres, iguais e racionais, com vistas na obtenção de um resultado com o qual todos possam concordar, uma vez que todos serão por ele afetados. (Kozicki, 2004, p. 45)

John Rawls e Jürgen Habermas (*apud* Kozicki, 2004, p. 43-44), ao articular seus pensamentos para justificar uma teoria da democracia deliberativa, através da qual, diferente da democracia representativa, se retoma características e conceitos da antiguidade.

Os gregos, em Atenas, já exercitavam uma liberdade positiva, na qual a participação dos cidadãos na tomada de decisões públicas não só era um direito como também um dever.

Não é necessário dizer que, na atualidade, em sociedades tão grandes e complexas, é inimaginável e provavelmente impossível, a participação de todos em uma grande deliberação comunitária. Basta considerar que o Brasil tem mais de duzentos milhões de habitantes. Se cada um utilizar dois segundo para dizer “sim ou não”, estamos falando de 400 milhões de segundos (sem considerar interrupções), ou seja, seriam necessários quase 13 anos, apenas para aguardar todos se manifestarem por dois segundos. O que torna absolutamente impossível qualquer perspectiva Ateniense de deliberação democrática integral.

No entanto, o espírito da democracia deliberativa, em que pese a divergência entre Habermas e Rawls, quanto às perspectivas procedimentais ou substantivas, não perde sua importância conceitual.

A democracia representativa, considerando os números acima apontados, resulta em expressiva vantagem, uma vez que reduz o número de participantes da deliberação, tornando-a mais objetiva e factível. Porém, temos acompanhado diuturnamente, nem sempre resultam nas

melhores escolhas, ou nas escolhas das maiorias. Algumas vezes, nem racionalmente justificáveis, são os resultados da democracia representativa.

Mas então, se democracia representativa e deliberativa, possuem ambas, vantagens e desvantagens, não seria mais inteligente a utilização de uma combinação das duas? Ora! Não existe qualquer impedimento. Uma não exclui integralmente a outra.

É relativamente simples. A democracia representativa continua a vigor, e os representantes eleitos continuam a exercer as escolhas democráticas. No entanto, aqueles que, considerados iguais perante a lei, livres quanto ao exercício da democracia deliberativa, tem legitimidade e direito de postular a revisão, ou a discussão a respeito das escolhas dos representantes eleitos. Assim, mesclando a democracia representativa (leis) e a democracia deliberativa (revisão).

Analisando por esta perspectiva, a atividade jurisdicional e, em especial, o exemplo do controle de constitucionalidade exercido pelas Cortes Constitucionais, são exatamente como sustenta Barroso, um campo de exercício da democracia deliberativa. Não pela totalidade da população, mas que todos que se sintam lesados, podem e devem questionar as decisões tomadas pelos representantes de democracia representativa. Com isso, o juiz se torna apenas o árbitro do jogo, mas não o jogador. Quem efetivamente joga neste campo, é o povo (o que se sente lesado ou pretende revisão).

É importante destacar que não é inteligente exigir a participação de toda a grande massa da população, quando uma parte desta está satisfeita com a escolha feita pelos representantes. Apenas os que se sentem lesados, pela lógica, é que necessitam discutir tais opções, o que reduz bastante a quantidade de participantes, e otimiza a deliberação.

No Brasil, a exemplos das ADCs e ADINs, a participação da sociedade, como um todo, ainda se dá por meio de entidades que atuam como *Amicus Curiae*, que ampliam o aspecto deliberativo da participação democrática. Como se percebe, todos, de alguma forma, se quiserem, podem participar da discussão da decisão política.

Ora, se o ator principal deste jogo é o povo, e se o povo aqui considerado, personifica qualquer pessoa, de forma livre e igualitária, é inegável que o exercício da atividade jurisdicional, neste caso, não sofre de ilegitimidade. Pelo contrário, é a ferramenta para que o povo, na sua totalidade, participe da deliberação democrática das decisões políticas tomadas na seara da democracia representativa.

Ainda que se admita uma carga valorativa na decisão do juiz, acerca do tema discutido, é livre de dúvidas que esta carga valorativa está limitada e vinculada aos argumentos que foram discutidos durante o processo que pôs em julgamento determinada decisão política. Ou seja, o

elemento valorativo do juiz é limitado e influenciado diretamente pelos atores processuais, no contexto, “o povo”.

Influencia, vale salientar, que na maioria das vezes não se encontra tão presente nas decisões dos representantes eleitos. Os representantes eleitos também atuam com carga valorativa nas decisões que tomam. Não fosse o processo eleitoral (no Brasil, deveras questionável quanto à sua eficácia), que se exerce em longínquas ocasiões de quatro em quatro anos, não estariam sujeitos a nenhum sistema de controle de legitimidade.

Não é demais argumentar que a legitimidade tem mais conexão com decidir de acordo com o que o eleitor espera, do que decidir porque foi eleito. E neste aspecto, a decisão do juiz tem muito mais chance de ser legítima, considerando os limites subjetivos da lide (artigo 492 do CPC), que não encontra par na legislação brasileira, como forma de controle das decisões dos representantes eleitos.

Enfim, se está falando de uma ferramenta de legitimação da participação política. Logo, nem sequer resta coerente o questionamento acerca da legitimidade da atividade jurisdicional. A decisão judicial é o ponto culminante da própria voz do povo.

5 CONCLUSÃO

Assim como inúmeros autores, Sieyès, quando destacou a problemática francesa do Terceiro Estado, defendia a participação democrática daqueles que estão sujeitos à lei, no seu processo criativo e deliberativo.

Montesquieu foi precursor na defesa da divisão dos poderes do Estado, sem com isso, pretender retirar a legitimidade de qualquer um deles.

A democracia, não significa direta e obrigatoriamente, a decisão da maioria. Antes, significa a decisão de todos, entre eles, inclusive as minorias.

O poder legislativo, embora eleito pelo povo, no Brasil, não representa garantia de participação democrática, na medida em que está vinculado meramente ao critério demográfico, sem qualquer vinculação à participação totalitária.

Porém, a Constituição Federal do Brasil, defende a dignidade da pessoa humana de forma igualitária, o que pressupõe a participação totalitária nas decisões políticas. Do contrário, poder-se ia legislar em benefício da simples “maioria”, e não com foco na “melhoria”, assim considerado o benefício de todos, independentemente da densidade demográfica.

Como o poder legislativo está mais vinculado ao critério demográfico, há que se complementar democraticamente suas opções, através de ferramentas que garantam a participação popular integral defendida por Sieyès.

Complementando, sob as consistentes justificativas de Montesquieu, há necessária divisão dos poderes, para evitar a tirania, o que se poderia chamar de “tirania da maioria”.

Guardando as devidas proporções e adequações, merece atenção a participação popular desenvolvida em Atenas, arguidas como “democracia deliberativa”, por Rawls e Habermas.

Assim como faz Barroso, a instrumentalização da participação popular nas decisões políticas através do Poder Judiciário, longe de carecer de legitimidade, não é outra coisa senão uma forma eficiente de promover a realização de democracia, como participação de todos, independente do critério demográfico.

O Poder Judiciário é ferramenta legítima de democracia deliberativa, estimula e permite a efetiva participação popular totalitária e, ainda que possua nuances negativas e melhorias indispensáveis ao seu aprimoramento, não pode jamais, ser chamada de ilegítima.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Disponível em: Minha Biblioteca, (9th edição). Editora Saraiva, 2022.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Florianópolis: Revista Sequência, dez. 2008.

CASTELS, Manuel. **Ruptura**: A crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014.

KOZICKI, Katia. **Democracia Deliberativa**: a Recuperação do Componente Moral na Esfera Pública. Passo Fundo: Revista UPF, 2004.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das leis**. Trad.: Heitor Afonso de Gusmão Sobrinho. Rio de Janeiro: Editora Pimenta de Mello, 1919.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad.: Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005.

PAIM, Antônio. **Breve História do Pensamento Político**: Capítulo 7 – Montesquieu e a difusão da nova forma de governo na Europa. Disponível em: <https://espacodemocratico.org.br/pensamento-politico/capitulo-7-montesquieu-e-a-difusao-da-nova-forma-de-governo-na-europa/>. Acessado em: 10 jan. 2023.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. 5ª edição. Org. e Intr.: Aurélio Wander Bastos. Pref.: José Ribas Vieira. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. Título original: *Qu'est-ce que le Tiers État?*