

## A ESSÊNCIA DA INDEPENDÊNCIA E DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA ATIVIDADE JUDICIAL

Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto\*

Atualmente, observa-se, que aos tribunais, em geral, compete, além do controle da constitucionalidade, a garantia direta contra lesões dos direitos fundamentais, a defesa de interesses difusos e o enfrentamento da obscuridade e ambigüidade dos textos legislativos, por vezes deliberada, em face dos difíceis processos de negociação.

Em decorrência, o Judiciário enfrenta a articulação de um direito positivo, conjuntural, evasivo, transitório, complexo e contraditório, numa sociedade de conflitos crescentes, por isso, impõe-se a diversificação do Judiciário para atender às necessidades de controle da norma positiva.<sup>1</sup>

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social modificou as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, desenvolvendo uma postura mais ativa, na prestação de serviços públicos, em oposição ao Estado ausente, liberalista. Este fato explica o aumento da competência normativa e da área de autonomia do Poder Executivo, a quem a lei concedeu maior discricionariedade. O uso abusivo de tal ampliação da autonomia daqueles Poderes e a ofensa aos direitos fundamentais, no Estado Social, levaram a uma reação do Poder Judiciário contra os abusos dos administradores e dos legisladores.<sup>2</sup>

Foi o crescimento e diversificação das necessidades da sociedade no tocante à regulação legislativa que tornou insustentável o seu monopólio parlamentar; a partilha da competência legislativa com o Executivo vai implicar a extensão das competências próprias do órgão de controle da lei – o poder Judicial. Assim, onde se insinua essa

---

\* Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.  
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino* (UMSA).

<sup>1</sup> VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996.

<sup>2</sup> MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996.

mudança substancial de forma mais sensível nas tarefas judiciais e nos diversos relacionamentos que os tribunais são chamados a ter com os outros Poderes, é na consideração do estatuto do juiz-intérprete, de uma revisão do sentido da sua vinculação à lei, aliás, uma herança do Absolutismo; doravante esse estatuto significará, uma vinculação à constituição. Basicamente, abandona-se a crença na auto-suficiência de um processo lógico-dedutivo que reduzira a interpretação a uma exegese do texto, para destacar a importância decisiva da *applicatio* pela qual todo o ato de interpretação constitui um aditamento de sentido.

As alterações produzidas no exercício da função jurisdicional não só denunciam um crescimento inédito da sua influência social como, decididamente, arrancam os juízes do elenco de figurantes do Estado moderno, atribuindo-lhes um protagonismo a que, relutantes, acabaram por aceder. O Poder Judicial, que advém do liberalismo, justifica-se e legitima-se como um poder neutralizador de todo o poder. Entretanto, tais juízes têm ou não legitimação democrática?

É um equívoco afirmar que a jurisdição não conta com o apoio democrático. Segundo Luigi Ferrajoli, “a legitimação democrática do Poder Judiciário é estruturalmente diversa da dos demais poderes do Estado, não tendo nada que ver com a vontade nem com a opinião da maioria.”<sup>3</sup> Destaca, ainda, o mencionado autor, que as fontes de legitimação democrática do Poder Judiciário são duas: 1) legitimação formal, que fica assegurada pelo princípio da estrita legalidade; 2) legitimação substancial, que consiste na tutela, pela função jurisdicional, dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Para Luiz Flávio Gomes, uma vez que a jurisdição é uma atividade cuja validade ou legitimidade de seus atos está vinculada ao princípio e à busca da verdade (processual), ela diferentemente de qualquer outro poder público, não admite uma legitimação de tipo representativo ou consensual, mas uma legitimação de tipo racional e legal.<sup>4</sup>

O debate proposto acerca da legitimidade da atividade jurisdicional é próprio do paradigma do Estado Democrático de Direito. No paradigma liberal, o isolamento político-social do Poder Judiciário reduzia a legitimidade de suas decisões a um momento que antecedia a própria atividade jurisdicional. Cabia ao Judiciário aplicar

---

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia. *Jueces para la Democracia*, n. 4, Madrid, set. 1988, p. 5.

<sup>4</sup> GOMES, Luís Flávio, *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 120-121.

normas já previamente dotadas de uma legitimidade advinda do processo legislativo. Tal legitimidade era transferida diretamente para a decisão judicial, na medida de seu vínculo à lei. Entretanto, a atividade jurisdicional, como aponta Baracho, não está reduzida a uma legitimação derivada, mas tem o seu próprio momento de legitimação, que se identifica no grau de adequação do comportamento judicial aos princípios constitucionais. Esse tema, também presente na obra de Dworkin e Habermas, indica para o juiz a necessidade de solucionar o caso de forma adequada, considerando a norma positiva, os aspectos morais e éticos, bem como os pragmáticos.<sup>5</sup>

A legitimidade dos juízes deve ser orientada para o grau de adequação do comportamento judicial aos princípios e valores que a soberania nacional considera como fundamentais. Sua legitimidade democrática encontra-se assentada na exclusiva sujeição dos juízes às leis emanadas da vontade popular. Expressa-se nas decisões judiciais, enquanto amparadas nas aspirações da comunidade, plasmadas no ordenamento constitucional e legal.<sup>6</sup>

No que tange à legitimação democrática da jurisdição no controle de constitucionalidade das leis, verifica-se que Mauro Cappelletti desenvolveu o mais completo decálogo legitimante, destacando:

- 1) o controle de constitucionalidade das leis é necessário, se se deseja pôr um limite ao poder do moderno *big government*;
- 2) esse controle é necessário se se pretende que a Constituição não seja uma mera proclamação político-filosófica, senão uma verdadeira e própria norma suprema, *Grundnorm*;
- 3) esse controle judicial concretiza, ademais, a repartição vertical de competências (*vertical sharing of powers*) que é típica dos sistemas federais ou transnacionais (é dizer, a *lex superior* deve prevalecer sobre as normas conflitantes);
- 4) é essencial que os direitos fundamentais (os *Bills of Rights* contidos nas modernas Constituições) sejam aplicados “inclusive contra a vontade das maiorias”;
- 5) o “processo judicial” (diferentemente do que ocorre com os processos legislativos e administrativos) é nuclearmente democrático, porque é

---

<sup>5</sup> BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 157-158.

<sup>6</sup> BARACHO, José Alfredo. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 27.

- “participativo”; não se desenvolve, de outro lado, *ex officio*, sempre depende da iniciativa e impulso do interessado;
- 6) os juízes, se bem que independentes, possuem responsabilidade (penal, civil, administrativa, político-constitucional), devem motivar suas decisões e publicá-las;
  - 7) o processo judicial (*judicial process*), comparado com os processos legislativos e administrativos, surge como o menos inacessível ao cidadão comum;
  - 8) já não se pode negar que na atividade jurisdicional existe “criatividade normativa” (adequação da lei à Constituição), de qualquer modo, impõe-se notar que o *judicial law-making* é lento, gradual e indutivo (emerge de casos concretos); é um processo experimental, um *trial-and-error process of law-making*, e, por isso mesmo, mais flexível e adaptável às necessidades concretas da sociedade;
  - 9) as decisões constitucionais dos juízes, impõe-se acrescentar, não são a última palavra sobre o assunto; o Legislador pode modificar o direito em qualquer momento;
  - 10) resta mencionar a lição histórica no sentido de que nenhum regime ditatorial ou opressivo jamais aceitou um sistema eficaz de justiça constitucional. A jurisdição constitucional, em suma, possui plena legitimidade e é absolutamente necessária num regime de liberdade e democracia.<sup>7</sup>

Os pressupostos constitucionais da independência dos juízes, em termos da Constituição, estão assentados na independência funcional, política, orgânica, na inamovibilidade, na responsabilidade e na imparcialidade. Com efeito, a essência da independência e da legitimação democrática da atividade judicial está na sujeição do juiz à Constituição e no seu papel de “garante” dos direitos fundamentais.

## Conclusão

O Poder Judiciário recolhe sua legitimação do povo, ao mesmo tempo fonte e destinatário único do poder do Estado. Dentre os poderes da República, é aquele que trabalha mais próximo do povo e da sociedade, pois não lida com o conflito descarnado,

---

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bolonha: Il Mulino, 1994. p. 66 e ss.

na abstrata universalidade do legislador. Os juízes tratam das questões concretas, da vida dos seres humanos e a realidade que bate à porta do Judiciário supera qualquer abstração. Recebe-se da sociedade o conflito humano mais doloroso e, com ele, homens e mulheres divididos pela disputa com seus semelhantes.

É de se observar que inúmeras críticas têm sido feitas recentemente à atuação do Poder Judiciário no Brasil. Contudo, carece o Judiciário de melhores instrumentos de trabalho. A legislação nacional, além da técnica deficiente, é hoje de produção verdadeiramente caótica. Deficientes são os instrumentos disponíveis ao Judiciário, porque já não se aceita a verdadeira liturgia do processo, o amor desmedido pelos ritos, que quase passaram a ter fim em si mesmos, numa inversão de valores.

É certo que a entrega da prestação jurisdicional não pode deixar de transitar por um processo, previamente regrado, no qual os interessados possam ser ouvidos. Trata-se de elemento essencial para a legitimação da atividade do juiz. Mas, este processo deve ser caminho de realização da Justiça desejada pelos cidadãos, não estorvo incompreensível e inaceitável.

Estamos passando por uma revolução na forma de fazer justiça, caminhando, com a reengenharia do processo, para uma modificação estrutural e funcional do Judiciário em si. Procura-se remodelar o seu perfil no sentido de adequá-lo ao da Justiça que se espera na nova era pós-industrial, que vem sendo constituída principalmente nas três últimas décadas, na qual a informática transforma o conhecimento no instrumento de satisfação das necessidades da sociedade e é ferramenta de trabalho hábil para encurtar o tempo e a distância.

Esses fatores, em uma sociedade que anda à velocidade da luz e em constante competição globalizada, assumem destaque como a espinha dorsal da qualidade de todo e qualquer serviço. A Justiça, como serviço e instrumento de pacificação social, precisa comungar das idéias que estão modificando a civilização, sob pena de perder-se no tempo e no espaço.

A necessidade de adaptar o Poder Judiciário às múltiplas demandas do mundo moderno, a premência de torná-lo mais eficiente, de definir suas reais funções, sua exata dimensão dentro do Estado Constitucional e Democrático de Direito, a incessante busca de um modelo de Judiciário que cumpra seus variados papéis de modo a atender às expectativas dos seus usuários, tudo isso tem contribuído para que a tão esperada reforma do Judiciário ganhe efetiva prioridade.

O Estado Constitucional de Direito caracteriza-se por ser direito e limite, direito e garantia. Cabe ao juiz assegurar o seu reconhecimento e a sua eficácia. Deve concretizar o significado dos enunciados constitucionais para julgar, a partir deles, a validade ou invalidade da obra do legislador. Para tanto, urge que o juiz investigue a constitucionalidade da lei. Já não tem sentido a sua aplicação automática e asséptica. Não existe lei que não envolva valores.

O juiz deve questionar o seu significado, bem como sua coerência com as normas e princípios básicos da Lei Magna. O Estado Constitucional de Direito permite o confronto direto entre a sentença e a Constituição. É na observância estrita da Constituição, assim como na sua função de garante do Estado Constitucional de Direito, que assenta, o fundamento da legitimação e da independência do Poder Judiciário.

Dentro do sistema jurídico-constitucional vigente, deve a Magistratura desempenhar as seguintes funções básicas: solução de litígios, controle da constitucionalidade das leis, tutela dos direitos fundamentais e garante da preservação e desenvolvimento do Estado Constitucional e Democrático de Direito contemplado na Constituição de 1988. Mas para que cumpra suas funções a Magistratura deve ser independente e responsável.

O Poder Judiciário brasileiro depara-se, nos últimos tempos, com o desafio da concretização dos direitos de cidadania. Para tamanho desafio, não há fórmula pronta. É preciso estar sempre disposto para essa luta. É importante não esmorecer ante a adversidade do volume de serviço crescente, mas recusar-se a entregar uma jurisdição de papel, alienada, sem a necessária e profunda reflexão sobre os valores em litígio, em que as partes sejam vistas somente como números. É preciso que os juízes tenham o propósito de realizar uma jurisdição que proporcione pacificação social. É preciso reconhecer que a maior parte dos brasileiros ainda não tem acesso à Justiça e que é preciso reverter esse débito de cidadania.

O juiz contemporâneo, seja porque só está vinculado à lei constitucionalmente válida, seja porque enfrenta freqüentemente conceitos jurídicos indeterminados, principalmente quando deve solucionar conflitos modernos relacionados com relações de consumo, com o meio ambiente, interesses difusos etc., é integrante do centro de produção normativa, logo, é um juiz politizado (o que não se confunde com politização partidária).

O Juiz, no nosso sistema judicial, sem extrapolar o marco jurídico-constitucional, pode e deve desempenhar sua tarefa de dirimir litígios de modo

socialmente mais justo cumprindo papel inteiramente distinto do juiz legalista-positivista, criado pela Revolução Francesa para ser *la bouche de la loi*.

A prestação jurisdicional deve ser exercida como instrumento de pacificação social e afirmação da cidadania, o que é facilmente verificado quando da ocorrência de sua aplicação célere e justa, consubstanciando-se, dessa forma, como um poderoso instrumento a serviço da população. Como se observa, esta sim, é a razão primordial da existência do Poder Judiciário.

O Judiciário, nos tempos atuais não pode se propor a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, visto que é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude.

#### Referências

BARACHO, José Alfredo. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bolonha: Il Mulino, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Justicia penal y democracia. Jueces para la Democracia*, n. 4, Madrid, set. 1988.

GOMES, Luís Flávio, *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.