



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O DISTANCIAMENTO SOCIAL ESTRUTURADO COMO FATOR DE
ENFRAQUECIMENTO DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Fábio Andrade Oliveira Júnior

Rio de Janeiro
2021

FÁBIO ANDRADE OLIVEIRA JÚNIOR

O DISTANCIAMENTO SOCIAL ESTRUTURADO COMO FATOR DE
ENFRAQUECIMENTO DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

O DISTANCIAMENTO SOCIAL ESTRUTURADO COMO FATOR DE ENFRAQUECIMENTO DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Fábio Andrade Oliveira Júnior

Graduado pela Universidade Tiradentes/SE. Advogado. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Damásio Educacional/SP. Pós-Graduado em Advocacia Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica/MG.

Resumo – todo poder emana do povo, o qual, constituiu os atuais três poderes para regular, administrar e formar o próprio Estado Democrático de Direito. A função primeira de todo e qualquer poder constituído deve ser tutelar o próprio povo, formando uma simbiose em que, cíclica e perenemente, o povo mantém a legitimação dos Poderes para que eles exerçam suas respectivas funções. Os Poderes Executivo e Legislativo são legitimados democraticamente pelo voto ao passo que o Poder Judiciário busca supedâneo na fundamentação das decisões. Há um *déficit* democrático gerado por um distanciamento social estruturado no Poder Judiciário. Há uma premente necessidade de fortalecer a legitimação democrática do Poder Judiciário via ações positivas que aproximem este poder do povo que o constituiu. Como conhecedor da ordem jurídica, das mazelas da sociedade e da raiz dos problemas geradores das demandas, o Judiciário tem capacidade e deve tutelar o interesse do povo brasileiro antes que o litígio seja instalado. Uma postura ativa não infringe as funções do Judiciário nem invade as funções típicas dos demais Poderes, em verdade, nada mais se trata do que agir de forma a alcançar e dar concretude aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Legitimação. Democracia. Judiciário. Social.

Sumário – Introdução. 1. O Estado Democrático de Direito. 2. O sustentáculo democrático dos Poderes. 3. O exercício do poder político e a busca das finalidades do Estado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O art. 1º, parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil reconhece que todo poder emana do povo. Partindo dessa premissa, o povo constituiu os atuais três poderes para regular, administrar e formar o próprio Estado Democrático de Direito.

Assim, a função primeira de todo e qualquer poder constituído deve ser tutelar o próprio povo, formando uma simbiose em que, cíclica e perenemente, o povo mantém a legitimação dos Poderes para que eles exerçam suas respectivas funções.

No primeiro capítulo, o trabalho procura fazer uma análise quanto à vinculação entre povo, Estado e democracia para a formação, manutenção e legitimação do Estado Democrático de Direito.

Após, no segundo capítulo, trata da divisão das funções do Estado e do sustentáculo democrático dos Poderes constituídos, de forma que os Poderes Executivo e Legislativo são legitimados democraticamente pelo voto ao passo que o Poder Judiciário busca supedâneo na fundamentação das decisões.

Por fim, no terceiro capítulo, o artigo discorre sobre quem exerce o poder político em nome do Estado para que se busque as finalidades almejadas pelo povo que instituiu o atual Estado Democrático de Direito.

O Judiciário, pela própria formação estrutural, comporta-se de maneira passiva, ou seja, somente age quando acionado. Destarte, o judiciário volta-se mais para o jurisdicionado do que para o povo como um todo.

Em verdade, há um distanciamento social estruturado no Poder Judiciário. Essa realidade aliada ao fato de que o Poder Judiciário não é legitimado democraticamente pelo voto leva a conclusão de que ele sofre um déficit democrático.

Por outro turno, se o Poder Judiciário é o “funil” em que passam todas as demandas sociais e possui como função precípua solucioná-los, torna-se nítido que tem plena capacidade de agir preventivamente.

É notório que a credibilidade do Poder judiciário está fragilizada por diversos motivos. Da mesma forma, é inegável que o distanciamento social nele estruturado só agrava a situação.

Logo, há uma premente necessidade de fortalecer a legitimação democrática do Poder Judiciário via ações positivas que aproximem este poder do povo que o constituiu. Entenda-se postura política como comportamento de um Poder Político Democrático constituído.

Saliente-se que ter uma postura ativa não infringe as funções do Judiciário nem invade as funções típicas dos demais Poderes. Em verdade, nada mais se trata do que agir de forma a alcançar e dar concretude aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil enumerados no art. 3º da CRFB.

Cumprido alertar que o presente artigo é escrito sob a perspectiva do atual Estado Brasileiro. Uma República Federativa formada pela união indissolúvel dos entes federados, constituindo-se um Estado Democrático de Direito composto por três poderes harmônicos e independentes entre si, conforme preconiza o artigo 1º e 2º da CRFB de 1988.

No discorrer da pesquisa é empregado o método hipotético-dedutivo, em que se elege proposições hipotéticas, cujo fim é confirmá-las ou enfrentá-las por meio da argumentação. Tudo isso, com um enfoque qualitativo, ou seja, com análise de livros, artigos, teses e jurisprudência, visando dar base teórica ao estudo.

Pelo exposto, o trabalho apresentado objetiva buscar soluções para diminuir o mencionado *déficit* democrático, fortalecendo o Judiciário como Poder Democrático e restabelecendo a sua credibilidade social.

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado pode ser conceituado sob diferentes óticas, como a filosófica, a política e a jurídica. Sob o ângulo do conceito estritamente jurídico desenvolvido por George Jellinek, Guilherme Peña de Moraes¹, aponta que “o Estado deteria o poder político, constituído sobre determinado território e dirigido a certa população”. Inegável é que sem poder político o Estado não se constitui ou não se mantém, pois lhe faltaria autoridade. Sobre o poder político, o mencionado constitucionalista acrescenta²:

O poder político, na feliz síntese de Celso Ribeiro Bastos, “não é outro senão aquele exercido no Estado e pelo Estado”, singularizando-se por sua *amplitude*, eis que incide sobre todas as pessoas e bens em determinado território, por sua *função*, dado que subordina os interesses dos indivíduos ao interesse da sociedade³, e pelos *meios* de que se pode valer, tal como a coação.

O povo, referência humano-política, é o ponto central da constituição e manutenção de um Estado, pois é dele que se extrai todo o poder soberano que confere legitimidade ao Estado. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁴ afirmam que “a soberania popular, que é, na essência, o poder constituinte do povo, é a fonte única de que procedem todos os poderes públicos do Estado”.

Nesse cenário, Thomaz H. Junqueira de A. Pereira⁵, faz um interessante questionamento: “qual a relação entre o povo-pretérito, que concretamente legitimou a

¹ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 411.

² *Ibid.*, p. 420.

³ FERREIRA FILHO apud *Ibid.*

⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 14. ed. rev., atual. São Paulo: Método, 2015, p. 80.

⁵ PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. Soberania Popular, Representação e Jurisdição Constitucional. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). *Estudos sobre a Jurisdição Constitucional*. V. II. São Paulo: Almedina, 2018, p. 13.

promulgação da Constituição, e o povo-presente, simultaneamente limitado por ela e fonte de “todo o poder”?”. Parece que a resposta está em uma simbiose em que, cíclica e perenemente, o povo mantém a legitimação do poder político ao Estado para que esse alcance as finalidades prospectadas por aquele povo. Luiz Roberto Barroso⁶ destaca:

A legitimidade democrática do poder constituinte e de sua obra, que é a Constituição, recai, portanto, no caráter especial da vontade cívica manifestada em momento de grande mobilização popular. As limitações que impõe às maiorias políticas supervenientes destinam-se a preservar a razão republicana – que se expressa por meio de valores e virtudes – das turbulências das paixões e dos interesses da política cotidiana. A adaptação da Constituição às demandas dos novos tempos e das novas gerações dar-se-á por via da interpretação, da mutação e da reforma constitucionais. Esse esforço de atualização tende a funcionar como uma renovação permanente do pré-compromisso original, uma manifestação de reiterada aceitação da ordem constitucional e dos limites por ela impostos. Nas situações-limite, porém, o poder constituinte originário sairá do seu estado de latência e voltará à cena, rompendo com a ordem anterior que se tenha tornado indesejada e inaugurando uma nova.

Essa é a tônica exalada na primeira parte do parágrafo único do artigo 1º da CRFB⁷, ao dispor que “todo poder emana do povo”. É nítida a vinculação da soberania do povo com a atribuição de poder político ao Estado constituído, para que esse busque e conquiste finalidades. Não por acaso, o preâmbulo da CRFB de 1988⁸, informa que a Assembléia Nacional Constituinte, formada por representantes do povo brasileiro, se reuniu para instituir um Estado Democrático destinado a assegurar os interesses do povo.

Notória também é a vinculação entre povo, democracia e Estado. Frise-se que o termo democracia, de origem grega, é a junção das palavras *demos* (povo) e *kratos* (poder), podendo ser traduzido como o poder do povo⁹. A CRFB/1988¹⁰, faz essa vinculação no seu preâmbulo, o que é fortalecido no *caput* do artigo 1º, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito¹¹. Renato Stanzola Vieira¹² assevera:

O estado de direito democrático é uma “ordem de domínio legitimada pelo povo”. Ou ainda, “O Estado constitucional carece da legitimidade do poder político e da

⁶ BARROSO, op. cit., nota 23, p. 137.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

⁸ Ibid.

⁹ PORFÍRIO, Francisco. *Democracia*. Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/democracia.htm>> 4/10. Acesso em: 04 out. 2020.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 7.

¹¹ Ibid.

¹² VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 8 e 9.

legitimação desse mesmo poder. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder”. Daí que: “o princípio da soberania popular concretizado seguindo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘estado de direito’ e o ‘estado democrático’, possibilitando a compreensão da moderna formula estado de direito democrático¹³.

Historicamente o termo “Estado de Direito” atrelava-se unicamente ao escopo de que todos, incluindo o Estado, estão sujeitos e devem obediência às Leis. Hodiernamente, o “direito” inserido nesse conceito tem forte ligação com a ideia de legitimação do poder, limitação do poder e garantia de direitos pelo poder, logo, não se fala apenas em sujeição e obediência às Leis. Paulo e Alexandrino¹⁴ acrescentam:

Atualmente, a concepção de “Estado de Direito” é indissociável do conceito de “Estado Democrático”, o que faz com que a expressão “Estado Democrático de Direito” traduza a ideia de um Estado em que todas as pessoas e todos os poderes estão sujeitos ao império da lei e do Direito e no qual os poderes públicos sejam exercidos por representantes do povo visando a assegurar a todos uma igualdade material (condições materiais mínimas necessárias a uma existência digna).

Merece nota que a concepção de democracia, única e simplesmente, como vontade da maioria já foi há muito superada. Abraão Luiz Filgueira Lopes¹⁵ aponta que a concepção de democracia está ligada a ideia de coexistência. Coexistência de forças de ação ao autorizar a participação do povo no governo e reação na medida em que há limitação do exercício do poder. O autor explica:

Sim, por intermédio da democracia, as pessoas do povo ou exercerão pessoalmente as faculdades do governo, definindo as políticas públicas, criando as leis e gerindo o Estado, ou autorizarão a terceiros – a quem outorgarão, pelo voto, um mandato - o exercício dessas competências governamentais. Trata-se enfim, de propiciar ao povo a condição de fazer o governo, agindo positivamente, daí a ideia de ação. Como reação, outrossim, a democracia exsurge como limitação do exercício do poder, na medida em que, num ambiente democrático, não há poder absoluto, ilimitado ou inesgotável. E avulta aqui, nesse processo de limitação do poder, o papel do Estado de Direito e da Constituição, que, mais do que promover o controle e instrumentalização do exercício de Governo, implementa direitos mínimos a serem garantidos por parte dos Estados direitos esses que serão um obstáculo ao voluntarismo dos governantes, funcionando como limites e proteção contra arbitrariedade do governo¹⁶.

¹³ CANOTILHO apud ibid.

¹⁴ PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p. 93.

¹⁵ LOPES, Abraão Luiz Filgueira. *Democracia, Cidadania e Inelegibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 8 e 9.

¹⁶ SERGOVIA apud ibid.

Lopes¹⁷ segue discorrendo que a democracia é também a coexistência de ideias, ou seja, reconhecer como legítimos os diversos modos de compreensão da realidade, inclusive com potencial de assumirem a direção política do Estado. Nesse diapasão, em uma democracia deve-se assegurar não só o direito de divergir, como também o de oportunizar que as diferentes perspectivas possam se fazer majoritárias, sem prévias exclusões.

Por derradeiro, o autor¹⁸ acrescenta como concepção de democracia a coexistência de maioria e minorias. Nesse ponto, faz um adendo de que o termo minoria não tem cunho quantitativo e sim qualitativo, o quais, apesar de poderem ser maioria em número, são historicamente excluídos das esferas de decisão ou têm dificuldades para acessar direito fundamentais.

Para que se tenha um Estado verdadeiramente democrático a vontade da maioria deve ser observada em concomitância com a garantia dos direitos da minoria. Em que pese a maioria eleja representantes, esses não podem voltar os olhares unicamente para os que os elegeram. Em verdade o foco deve ser o interesse público, a tutela de todos, independentemente de lado político ou quaisquer outras variáveis e estigmas.

Conclui-se, portanto, que sem limitação do poder do Estado, garantias de direitos, ações políticas voltadas para o interesse público, não há Estado de Direito e que se não há proteção das minorias, não há Estado Democrático. Logo, o Estado Democrático de Direito é constituído pelo poder que emana do povo para que regule, organize e proteja o povo que o constituiu, independentemente se integrante da maioria ou minoria.

2. O SUSTENTÁCULO DEMOCRÁTICO DOS PODERES

Do Povo emana o poder para instituir o Estado, o poder constituinte originário, assim como do povo constantemente é emanado o poder que mantém a ordem política estabelecida pelo constituinte. O artigo 2º, *caput* da CRFB¹⁹ constitui como poderes harmônicos e independentes entre si o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Divisão que retoma ensinamentos de grandes pensadores juspolítico-filosóficos como Aristóteles, Locke e Montesquieu que desenvolveram, cada um ao seu modo de pensar, a tripartição dos poderes.

Em verdade, não se divide o poder propriamente dito, pois o poder político é uno, indivisível, inalienável e imprescritível. O que se divide é o exercício das funções estatais de

¹⁷ Ibid., p 9.

¹⁸ Ibid., p 10.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 7.

elaborar normas, aplicá-las e solucionar os conflitos instalados. Por um critério de divisão funcional, compete precipuamente ao Legislativo a função de positivizar normas; ao Executivo a de executá-las e ao Judiciário a de solucionar lides com apoio nas normas. Tal divisão não é absoluta, pois são atribuídas a cada um dos poderes funções típicas e atípicas que, em última análise, proporcionam o equilíbrio e o controle recíproco entre os poderes.

Barroso²⁰ afirma que a democracia contemporânea é feita de votos, direitos e razões. Nesse cenário, configuram-se três dimensões: a dimensão representativa vinculada ao voto popular; a dimensão constitucional relacionada aos direitos fundamentais que devem ser garantidos inclusive contra a vontade da maioria e dimensão deliberativa vivilizada por debates públicos livres, amplos e abertos, que forneçam, ao final, as razões das opções deliberadas.

É cediço que apenas os poderes Legislativo e Executivo são legitimados democraticamente pelo voto. É o que se extrai dos artigos 14, 27, 28, 29, 45, 46 e 77 da CRFB de 1988²¹, bem como do artigo 1º da Lei nº 9.504/1997²². O voto é um instrumento essencial para um Estado Democrático, caracterizando-se como meio pelo qual o cidadão concretiza o sufrágio, ou seja, o direito de votar. Clarissa Fonseca Maia²³ faz uma interessante conexão entre o voto e a legitimidade do Poder:

Para que haja consenso social, acredita-se, é necessário, primeiro, que o poder que impõe a legalidade seja legítimo; segundo, que a lei observe um processo legislativo racional, capaz de obedecer ao princípio democrático. O poder será legítimo ao passo que ele não se imponha em virtude de uma compulsão pela força, mas sim por intermédio de uma obediência consentida e espontânea. Numa visão democrática, esse consentimento é fruto dos mecanismos por que o agente político alcança o poder, vale dizer, por eleições para as quais possam concorrer, votando e sendo votados, todos do povo quanto aos quais não exista justa razão para o levantamento de restrição à liberdade pública de participar do governo.

Merece nota o fato de que desde a Constituição de 1891 a República é adotada no Brasil como forma de governo. Etimologicamente, o termo República vem do latim *res publica*, que significa “coisa pública” e, na essência, passa a ideia de um governo voltado ao interesse do povo. Paulo e Alexandrino²⁴ ressaltam que “o conceito de República, hoje,

²⁰ BARROSO, Luiz Roberto; OSÓRIO, Aline. *Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte do Brasil*. Disponível em: <<https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/pge/article/view/5>>. Acesso em: 08 out. 2020.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 7.

²² BRASIL. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

²³ MAIA, op. cit., p. 22.

²⁴ PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p 92

encontra-se irremediavelmente imbricado com o princípio democrático e com o princípio da igualdade (ausência de privilégios em razão de estirpe)”.

Além da necessidade de alternância do poder e da responsabilidade dos agentes, a eletividade é uma importante característica de uma República. Moraes²⁵ sustenta que a eletividade significa que a legitimação do poder político se dá pelo voto e que a eleição é a via pela qual se legitima o poder político, ou seja, o batismo do povo é o fator de legitimação.

Os integrantes do Poder Judiciário, por outro turno, não se submetem ao sufrágio universal para ingresso na carreira. Tornam-se membros da Magistratura pela aprovação em concurso público, pelo procedimento do quinto constitucional ou por indicação do Presidente da República com aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, por força dos artigos 93, 94 e 100 da CRFB²⁶, respectivamente. Barroso²⁷ acrescenta:

Legislativo e Executivo são o espaço por excelência do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais, debate público e escolhas discricionárias. Um universo no qual o título principal de acesso é o voto: o que elege, reelege ou deixa de fora. Já ao Poder Judiciário são reservadas atribuições tidas como fundamentalmente técnicas. Ao contrário do chefe do Executivo e dos parlamentares, seus membros não são eleitos. Como regra geral, juízes ingressam na carreira no primeiro grau de jurisdição, mediante concurso público. O acesso aos tribunais de segundo grau se dá por via de promoção, conduzida pelo órgão de cúpula do próprio tribunal. No tocante aos tribunais superiores, a investidura de seus membros sofre maior influência política, mas ainda assim, está sujeita a parâmetros constitucionais.

Como forma de atribuir legitimação ao poder Judiciário e amortizar o déficit democrático pela ausência do voto, a CRFB estabelece no artigo 93, IX²⁸ o princípio da fundamentação das decisões judiciais. Esse princípio ganha força com a exigência de fundamentação expressa no artigo 11 do Código de Processo Civil²⁹ e as hipóteses de decisão não fundamentada exemplificadas no artigo 489, §1º do CPC³⁰.

De certo que a escolha pelo poder constituinte originário da forma pela qual alguém passa a ser representante e de como se atribui legitimação democrática a cada poder tem sua razão de ser e deve ser respeitada, afinal, é quem dá luz à ordem jurídica de um Estado.

²⁵ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Eleitoral*: Aula 1. Disponível em: <<https://www.guilhermepenedemoraes.com.br>> Acesso em: 10 out. 2020.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 441

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 7

²⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

³⁰ Ibid.

Assim, conclui-se que, dentre os três poderes constituídos, o Judiciário é o único que não possui legitimação democrática por meio do voto. Nessa ótica, Peña³¹ leciona:

É possível falar em “voto” em relação aos poderes que têm legitimidade pela via eleitoral (Poder Executivo e Legislativo). Enquanto a legitimação do poder que se elege decorre da eleição, em relação ao Poder Judiciário (poder contramajoritário, que não tem legitimidade do voto, não tem o batismo do povo via eleição) o fator que legitima a sua função é a motivação dos seus atos (art. 93, IX, CRFB/88).

Outrossim, o Judiciário exerce sua função sob o viés de um papel contramajoritário, diferentemente dos demais poderes políticos. Esse caráter contramajoritário pode ser observado em especial ao analisar a competência do Supremo Tribunal Federal – Tribunal de superposição na estrutura do Poder Judiciário – que age com o fito de resguardar direitos e interesses fundamentais das minorias em contraposição ao das majorias. Barroso³²:

O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro é apelidado, na teoria constitucional, de *contramajoritário*: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo *contramajoritário*.

Barroso³³ destaca ainda que muitas vezes o Judiciário representa mais os anseios da sociedade do que as instâncias políticas tradicionais, configurando um papel representativo. O autor atribui esse fato, em especial, à exigência de decisões judiciais fundamentadas pela qual o magistrado deve transparecer as razões que o levaram a tomar a decisão diante daquela demanda instalada. Como mencionado anteriormente, o conceito de democracia simples e unicamente como governo da maioria há muito tempo foi superado. O poder Judiciário tem papel fundamental nessa concepção moderna de democracia justamente por ser o poder incumbido de assegurar direitos às minorias. Clarissa Fonseca Maia³⁴ tece algumas considerações nesse sentido:

De fato, quando se compreende a democracia como governo da maioria, há uma tendência natural a acreditar que tal sistema político conduziria a uma exclusão das

³¹ MORAES, op. cit., nota 25.

³² BARROSO, op. cit., nota 28, p. 13.

³³ BARROSO, Luiz Roberto; OSÓRIO, Aline. *Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte do Brasil*. Disponível em: <<https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/pge/article/view/5>>. Acesso em: 08 out. 2020.

³⁴ MAIA, op. cit., p. 78.

minorias, que então, não seriam adequada e devidamente representadas. Todavia, não é em nome apenas da maioria que a democracia é exercida. A maioria é apenas o instrumento pelo qual alguns do povo são investidos nas funções de deliberação e, mais, pela qual se autorizará a tomada de decisões. As faculdades e os deveres do poder, contudo, são exercidos em nome de todos, integrem a maioria ou as minorias. Inclusive, essa é uma decorrência lógica do princípio da liberdade para exercício dos mandatos, na medida em que os mandatários eleitos representam toda a população, eleitora ou não e independentemente de constituírem ou não a maioria (ou a minoria representativa a depender do sistema eleitoral) que investiram o agente político no mandato. E democracia é também coexistência de ideias, como se viu antes, o que impõe reconhecer como legítimos os diversos modos de compreensão da realidade e, então aceitar as diferentes formas pelas quais os outros podem manifestar a suas compreensões particulares, ou, simplesmente, a forma como os outros se apresentam. Essa coexistência ínsita à democracia e por ela exercida faz com que idealmente as minorias qualitativas encontrem na democracia o seu refúgio. Quer dizer, numa democracia plena, os direitos das minorias seriam observados, porque, do contrário, em democracia não se poderia falar. O desafio, portanto, é assegurar às minorias mecanismos por que possam participar do debate político e das instituições políticas.

Conclui-se, portanto, que não só o Executivo e o Legislativo são poderes legitimamente democráticos, como também o Judiciário o é. O Judiciário exerce papel fundamental no Estado Democrático de Direito brasileiro como poder técnico que possui legitimidade democrática pelo princípio da motivação das decisões, assim como por ser o poder incumbido de garantir a eficácia do princípio da minoria.

3. O EXERCÍCIO DO PODER POLÍTICO E A BUSCA DAS FINALIDADE DO ESTADO

A divisão entre poderes é apenas uma das formas de se dividir o poder político, consubstanciada na distribuição de atividades entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. No entanto, essa divisão não deve servir como forma de gerar conflitos ou competições entre os três poderes, mas sim como um importante sustentáculo do regime democrático, com uma melhor organização estatal. Os poderes do Estado podem exercer um controle recíproco entre eles de forma que um poder controla o outro, o chamado sistema dos freios e contrapesos.

Paulo e Alexandrino³⁵ apontam que, ao sair de uma separação rígida dos poderes, que se mostrou inviável na prática, para uma divisão flexível das funções estatais em típicas e atípicas, a doutrina americana cunhou o mecanismo de controles recíprocos entre os poderes, denominado “sistema de freios e contrapesos”. Os autores acrescentam:

Esse mecanismo visa a garantir o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, por meio do estabelecimento de controles recíprocos, isto é, mediante a previsão de

³⁵ PAULO; ALEXANDRINO, ap. cit., p 446 e 447.

interferências legítimas de um poder sobre o outro, nos limites admitidos na Constituição. Não se trata de subordinação de um poder a outro, mas sim, de mecanismos limitadores específicos impostos pela própria Constituição, de forma a propiciar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um poder em detrimento do outro. (...) Como se vê, adotado o mecanismo de freios e contrapesos, abandona-se a ideia de uma separação rígida entre os poderes, na qual cada um deles teria funções exclusivas, exercidas sem nenhuma possibilidade de interferência dos demais, e passa-se a adotar uma concepção de atuação harmoniosa e equilibrada entre os poderes, sem independência absoluta ou exclusividade de qualquer função. É importante frisar que não se trata de uma permissão genérica para que um poder interfira no funcionamento de outro quando bem entenda, nem de existência de subordinação entre eles, mas sim de procedimento específicos estabelecidos expressamente no próprio texto da Constituição, destinados a assegurar a harmonia e o equilíbrio entre os poderes.

O perigo reside no momento em que ocorre um controle exacerbado de um poder sobre o outro, sob o manto do exercício do mecanismo dos freios e contrapesos, porém de forma equivocada. Ainda, a desarmonia entre os poderes políticos pode advir de uma interpretação constitucional errônea, em desacordo com princípios hermenêuticos, em especial ao princípio da eficácia integradora. Destaca Guilherme Peña de Moraes³⁶: “o princípio da eficácia integradora exterioriza que a Constituição deve ser um instrumento de agregação, e não de desagregação política”³⁷.

A pedra de toque em uma saudável separação dos poderes não é a independência dos poderes, mas sim a harmonia entre eles. Deve-se observar que sendo o poder uno, a exacerbada independência e diminuta harmonia dos poderes instituídos gera uma realidade que se contrapõe ao poder uno. Claro, não é que os poderes não possam divergir um do outro, mas que essa divergência deve ser harmoniosa.

Os poderes constituídos precisam se atentar que separar o poder não é dividir para separar e sim para somar. A separação de poderes, diga-se de passagem, observa critérios de especialidade no que concerne às funções. Nesse toar, diversas teorias são traçadas para abordar a prevalência de um poder sobre o outro e o diálogo institucional. Clarissa Fonseca Maia³⁸ conclui que:

Falar em diálogo institucional é superar o debate adversarial, propondo-se ir além da razão e das justificativas que defendem a prevalência de um poder sobre o outro. É tornar a resposta cíclica ou, caso se opte por uma palavra final, qualifica-la com a argumentação e a troca de opiniões entre os atores envolvidos, e não simplesmente impor uma decisão por suposição de que uma instância *ex ante* é mais preparada ou resguarda valores substanciais de justiça em relação à outra. Por outro lado, fugir do

³⁶ MORAES, op. cit., p. 157.

³⁷ MORA-DONATTO apud Ibid.

³⁸ MAIA, Clarissa Fonseca. *Jurisdição e Soberania Popular: uma abordagem normativa de diálogo institucional entre a Justiça Eleitoral e o Congresso Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 155 e 156

debate adversarial entre instituições não é esperar que as interações sejam sempre amistosas ou complementares. Sem dúvida, a argumentação envolve retórica e defesas extremas. Contudo, pressupõe-se, ao menos *a priori*, a superação de abordagens sobre qualidades de juízes e legisladores, bem como sobre uma concepção rígida da separação dos poderes. Embora se saiba que, quando do enfrentamento da “última palavra”, seja esta definitiva ou provisória, indubitavelmente essas questões serão determinantes, mas, quando então, a decisão já terá mais qualidade e legitimidade pela troca pluralista de opiniões e racionalidades de política e de princípios.

O que não se pode perder de vista é que todo embate e controle de um poder com o outro deve respeitar o equilíbrio atribuído pelo princípio da separação dos poderes e deve visar a um fim único: o amadurecimento e o desenvolvimento daquele Estado. Frise-se que a separação dos poderes não objetiva o isolamento dos poderes constituídos, mas sim um trabalho harmonioso, visando a alcançar os fins do Estado.

Logo, qualquer ação ou medida dos poderes políticos, Executivo, Legislativo e Judiciário, que vá além do limite do controle de um poder perante o outro, legitimado pelo sistema de freios e contrapesos e em desrespeito aos princípios, como o da eficácia integradora, afronta além do princípio da tripartição dos poderes, o próprio Estado Democrático de Direito. Vicente Paulo e Alexandrino³⁹ lecionam:

[...] podemos afirmar que a doutrina da separação dos poderes traduz-se, hodiernamente, em fórmula de organização da estrutura política do Estado, mediante a qual as funções de governo são atribuídas a órgãos autônomos, porém de modo não exclusivo, de sorte que é assegurado mútuo controle e um funcionamento harmoniosos, tendente à realização da vontade política geral.

A segunda parte do artigo 1º da CRFB, por sua vez, atribui o exercício do poder aos representantes eleitos ou diretamente ao povo, nos casos previstos na CRFB. Compete ousar, no entanto, na ampliação desse rol a todos que, direta ou indiretamente, apresentam o Estado. Isso se deve ao fato de que diversos dispositivos constitucionais conferem o exercício de atribuições típicas do Estado não só ao povo e aos representantes eleitos, como também a diversas outras pessoas, físicas e jurídicas, de direito público ou de direito privado que prestem serviços públicos. Logo, não há razão plausível para interpretar restritivamente a mencionada disposição constitucional.

A título de exemplo, citem-se o artigo 37, I da CRFB⁴⁰, que dispõe sobre a investidura em cargo ou emprego público; o §6º também do artigo 37, I da CRFB⁴¹, que preconiza a responsabilidade civil do Estado; o próprio Título IV (Organização dos Poderes),

³⁹ PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p 447.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

Capítulo III, artigos 95 ao 126 da Constituição⁴² que tratam sobre os órgãos do Poder Judiciário.

Ora, um servidor público estatutário ou comissionado do Executivo e do Legislativo apresenta o órgão a que está vinculado e, via de consequência, o próprio Estado. O Estado se responsabiliza civilmente, de forma objetiva, por todos aqueles que prestam serviços públicos em seu nome. Outrossim, os magistrados e demais servidores do Judiciário, ainda que não eleitos pelo povo, fazem com que o Poder Judiciário também presente o Estado.

Clarissa Fonseca Maira⁴³ assevera que, em um Estado Democrático de Direito, o agente público é um mero instrumento de ação para a realização do interesse público, ainda que em detrimento de sua vontade particular. Outrossim, destaca que a existência e a importância da relação entre Estado, Constituição, Democracia e de Direito para a sociedade humana:

De fato, é numa ordem democrática que a ação política se revela apta a realizar o interesse público e não simplesmente a vontade do agente público à frente do Estado. É por essa razão que as relações entre democracia e direito, e entre democracia e Constituição explicam o alcance da ideia de democracia e, mais, a sua importância para as sociedades humanas. Inexiste nesse caminho, como negar o vínculo interno entre Estado de direito e democracia – particularmente a de democracia deliberativa -, que Habermas ensina não ser meramente histórica ou casual, mas resultante do próprio conceito moderno de direito positivo.

O Estado exerce suas vontades por intermédio de órgãos que, por sua vez, exercem as funções de Estado por meio de seus agentes, os quais apresentam o órgão a que pertencem e, em última análise, o próprio Estado. José dos Santos Carvalho Filho⁴⁴ define “órgão público” como o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes que, quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado. Assim, os agentes dos órgãos manifestam a própria vontade do Estado enquanto apresentam o respectivo órgão.

Vale lembrar que a Constituição deve ser interpretada no seu conjunto em homenagem ao princípio da unidade da Constituição. Vicente Paulo e Alexandrino⁴⁵ afirmam que esse princípio “obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.

⁴² Ibid.

⁴³ MAIA, op cit., p. 20.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito Administrativo*. 34. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: GEN, 2020, p. 89.

⁴⁵ PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p 73.

Nesse toar, o parágrafo único do artigo 1º da CRFB expõe um rol meramente exemplificativo daqueles que exercem o poder, pois não se pode impor ao texto da CRFB interpretação que a distancie do restante do corpo da Constituição. Aliado a esse argumento, tenha-se presente que, pelo princípio da máxima efetividade, ao texto constitucional não se deve atribuir interpretações capazes de desviá-la do caminho da efetividade. Logo, tendo a CRFB atribuído o exercício de funções não só ao povo e aos representantes eleitos, conclui-se, observando-se os mencionados princípios, que o poder é exercido por todos que apresentam o Estado.

De passagem pelo artigo 3º da CRFB⁴⁶, nota-se a descrição de objetivos da República Federativa do Brasil que se enquadram dentro das finalidades a que esse Estado busca conquistar. Como mencionado anteriormente, forma-se uma simbiose em que, cíclica e perenemente, o povo mantém a legitimação dos poderes para que eles exerçam funções em prol desse. Nesse toar, cumpre destacar a perspectiva do Ministro Marco Aurélio⁴⁷ que assevera a necessidade de atender aos anseios rotineiros da sociedade:

Nos quatros cantos do mundo, a Justiça sempre se vestiu de preto. As longas e vetustas togas que ainda pesam sobre os ombros dos magistrados durante as sessões de julgamento - em alguns países são exigidos, além de perucas, alguns aparatos e ritos medievais - foram eleitas, desde o início, como símbolo da gravidade de que se deve revestir a missão de julgar. Erigida, assim, à condição de entidade divina, hermética e, portanto, inacessível aos comuns mortais, pouco a pouco a Justiça foi se distanciando da comunidade à qual cumpre servir, como se esse isolamento pudesse garantir o máximo de circunspeção e imparcialidade. Felizmente, esse quadro vem se alterando nos últimos tempos. Hoje em dia é quase consensual o entendimento de que o juiz precisa fazer-se atento aos problemas sociais rotineiros, e não alheio, estar de olhos bens abertos ao cotidiano, retirando quaisquer vendas, mormente as ideológicas, para poder sabiamente decidir. Conquanto os paramentos ainda vigorem, finalmente a magistratura parece haver entendido a necessidade de sair das torres de marfim nas quais se procura resguardar, de onde provém a maioria das sentenças inverossímeis, apartadas da realidade e, por isso mesmo, desacreditadas já no nascedouro.

A função norteadora de todo poder é tutelar o próprio povo que o constituiu e, assim, dar sustentáculo recíproco à legitimação exarada pelo povo para constituição do Estado, conseqüentemente, das instituições dele formadas. Assim, compete a todos os poderes, independentemente de funções típicas ou atípicas, tutelar e lutar pelos fins a que visa o Estado como forma de retribuir a legitimidade que lhes foi atribuída.

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 7.

⁴⁷ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *O Judiciário cada vez mais perto*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100052&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em: 08 out. 2020.

CONCLUSÃO

Existe uma simbiose em que, cíclica e perenemente, o povo mantém a legitimação do poder político ao Estado para que esse alcance as finalidades prospectadas pelo povo. Desse emana o poder para instituir o Estado, o poder constituinte originário, assim como do povo constantemente é emanado o poder que mantém a ordem política estabelecida pelo constituinte.

Não se pode olvidar que a sociedade é volátil e mutável, assim, por meio do poder constituinte derivado reformador, o poder que emana constantemente do povo adequa formalmente a ordem pré-estabelecida ao atual contexto estabelecido. Por óbvio, rupturas naturalmente são passíveis de acontecer quando o povo constata a ausência da sinergia anteriormente estabelecida entre ele e o Estado por ele legitimamente mantido.

O que se percebe da história é que o Estado é constituído pela vontade de um povo e que o povo também tem aptidão para modificá-lo ou desconstituí-lo se não corresponder mais com as finalidades almejadas. Conclui-se, portanto, que do povo emana o poder de constituir, o poder de conservar, o poder de modificar e o poder de romper a ordem política estabelecida para inaugurar uma nova que corresponda à nova realidade.

É cediço que o atualmente no Brasil vigora a tripartição dos poderes em que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário possuem funções típicas e funções atípicas. Em verdade, divide-se as funções do Estado, pois o poder que é uno e indivisível. Ocorre que apenas os Poderes Legislativo e Executivo são legitimados democraticamente pelo voto, ao passo que o Poder Judiciário busca supedâneo democrático na fundamentação das decisões.

Tenha-se presente, ainda, que o Estado exerce suas vontades por intermédio de órgãos que, por sua vez, exercem as funções de Estado por meio de seus agentes, os quais, apresentam o órgão a que pertencem e, em última análise o próprio Estado.

Como conhecedor da ordem jurídica, das mazelas da sociedade e da raiz dos problemas geradores das demandas, o Judiciário tem capacidade e deve tutelar o interesse do povo brasileiro antes que o litígio seja instalado. Ocorre que, o Poder Judiciário possui uma postura passiva, tutelando mais o jurisdicionado que o povo que, em última análise, o constituiu.

Malgrado o Poder Judiciário, via STF e Tribunais Superiores, tenha legitimidade para iniciativa de leis complementares e ordinárias nos termos do art. 61 da CRFB, não há uma efetiva atuação nesse sentido. O judiciário tem em mãos, apesar de pouco utilizar, uma forte ferramenta de qualificação da ordem jurídica e, assim, auxiliar na regulação de

problemas presentes e futuros.

Ademais, o Juiz de direito, como pessoa que tem contato diário com as principais demandas da sociedade e que conhece, fática e estatisticamente, a realidade social daquela comunidade como poucos, pode ter uma maior participação social na comunidade sem ferir o dever de portar-se de forma parcial no processo. Uma participação efetivamente social do juízo na comunidade que atua, partindo-se de estatísticas relacionadas às demandas e concluindo com a propositura de soluções para a instituição que poderá aplicá-las na prática, deveria ser incentivada.

A título de exemplo: a) diversas demandas que envolvem relações de consumo podem ter a mesma origem e o acionamento pelo judiciário de uma atuação da instituição que tutele os interesse do consumidor ou regule o mercado poderá resolver problemas futuros, desafogando o judiciário e, mais importante, dando efetividade social à atuação jurisdicional; b) em uma comunidade em que diversas mulheres sofrem agressões familiares, pode-se realizar projetos educacionais com o objetivo de conscientizar aquele público dos direitos, deveres e consequências correspondentes.

Outrossim, em cooperação com entidades e os demais Poderes, pode realizar projetos educacionais voltados para a população mais atingida pelo problema gerador de demandas. Uma cooperação entre os Poderes, sem interferências indevidas na função típica e precípua do outro, fortalece individual e coletivamente todos os Poderes.

De fato, o ativismo judicial fere a separação dos poderes, mas uma cooperação entre o Poder que recebe o problema e o que pode solucionar no caso concreto apresenta-se como uma um fator de enriquecimento democrático do próprio Estado Democrático de Direito.

A função norteadora dos poderes deve ser tutelar o próprio povo que o constituiu e, assim, dar sustentáculo recíproco à legitimação exarada pelo povo para constituição do Estado. Conclui-se, portanto, que há uma premente necessidade de fortalecer a legitimação democrática do Poder Judiciário via ações positivas que aproximem este poder do povo que o constituiu.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto; OSÓRIO, Aline. *Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte do Brasil*. Disponível em: <<https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/pge/article/view/5>>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito Administrativo*. 34. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: GEN, 2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

_____. *Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

MAIA, Clarissa Fonseca. *Jurisdição e Soberania Popular: uma abordagem normativa de diálogo institucional entre a Just. Eleitoral e o Cong. Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *O Judiciário cada vez mais perto*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100052&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em: 08 out. 2020.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Eleitoral: Aula 1*. Disponível em: <<https://www.guilhermepenademoraes.com.br>> Acesso em: 10 de out. 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 14. ed. rev., atual. São Paulo: Método, 2015.

PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. *Estudos sobre a Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018.

PORFÍRIO, Francisco. *Democracia*. Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/democracia.htm>> 4/10. Acesso em: 04 out. 2020.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.