

O PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI: CONSOLIDANDO A DEMOCRACIA, A CIDADANIA E A JUSTIÇA

Ministro Humberto Martins

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Corregedor Nacional da Corregedoria Nacional de Justiça
do Conselho Nacional de Justiça

*“O que segue a justiça e a bondade
achará a vida, a justiça e a honra”
(Provérbios 21:21).*

1. INTRODUÇÃO

Nessa palestra vou conjugar os três tópicos que nomeiam esse evento. Esses três elementos podem ser entendidos por uma perspectiva jurídica e formal; ou, podem ser compreendidos por um prisma jurídico e substantivo. Entender a existência dessa dicotomia entre uma visão formalista e substantiva de conceitos jurídicos é muito importante para compreender as transformações que ocorrem nos sistemas jurídicos. O direito – tratemos apenas do direito ocidental moderno, sem incorrer em outras experiências históricas e/ou culturais – não é estanque. Ao contrário, os conceitos jurídicos guardam relação com definições históricas, ao mesmo tempo em que ele é reconstruído cotidianamente pelos juristas e pelas sociedades. O direito é um processo social e histórico, portanto. O direito é vivo e está em constante transformação. A perspectiva formalista é muito importante para entender a história do direito ocidental moderno. Até seria melhor falarmos de formalismos, pois existem muitas nuances nos conceitos dos teóricos do direito sobre esse tema. Porém, vamos considerar que o formalismo jurídico se refere à tentativa de estabilizar conceitos e institutos jurídicos de forma unívoca, clara e

lógico. O maior exemplo histórico desse formalismo teórico, transformado em prática, pode ser dado com o Código Napoleônico, de 1804. Ele não foi a primeira tentativa, em França, de estabelecer um código civil. Nem tampouco é o primeiro código civil de um país europeu. Mas, dada a importância da França no período e o espírito da 3ª República francesa, de extirpar da sociedade os resquícios sociais e culturais do feudalismo, o Código Napoleônico pode ser considerado como uma marca histórica no direito ocidental moderno. A ideia republicana daqueles juristas se traduzia na tentativa de organizar toda vida civil sob uma legislação nacional clara e lógica, sendo, portanto, acessível para qualquer pessoa letrada. Para tanto, a univocidade dos conceitos e institutos jurídicos se fazia necessária. A falta de coerência, ou a ambiguidade, era inimiga da lógica jurídica que postulava erguer. A visão formalista buscava precisão, portanto, combinada com isonomia. O direito deveria ser aplicado a todos da mesma forma. Esse espírito pode ser entendido na dimensão republicana radical, pois os sistemas sociais monárquicos conviviam com uma pluralidade de ordens normativas. Em termos simples, sob a monarquia havia diversos direitos, aplicáveis de formas diferentes para diversas pessoas e bens. O republicanismo postulava um direito uniforme para a nação, que fosse aplicado de forma igual. Vejam que não falo de **isonomia** e, sim, de **igualdade**. O princípio basilar da igualdade pode ser retirado do Artigo 1º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos; as distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. Um mesmo direito para todos.

A visão jurídica substantiva diverge do formalismo, pois se compreende que o direito, apesar de requerer igualdade, também precisa reconhecer as diferenças. Dessa forma, apesar de não se romper com a necessidade da noção de um único sistema jurídico, tem-se a concepção de que os conceitos e institutos jurídicos precisam incorporar as diferenças, que permeiam a própria existência das pessoas. É dizer que não se pode deixar de dar um tratamento jurídico diferenciado para alguns conjuntos de pessoas. O mais evidente exemplo disso, no campo do direito civil, se encontra nas relações de consumo. Elas são efetivamente, relações jurídicas de compra e venda. Por uma visão formalista, não seria necessária a

existência de um contrato de compra e venda de consumo, como uma exceção jurídica aos contratos de compra e venda regulados pelo Código Civil. O mesmo pode ser dito aos contratos de trabalho, que são relações contratuais, cujas regras eram subsumidas ao Código Civil de 1916, redigido pelo grande Clóvis Beviláqua. A grande crítica que Orlando Gomes fazia ao Código Civil de 1916 se referia exatamente à omissão no que se referia aos contratos de trabalho. Um dos traços da visão substantiva se refere à incorporação de valores sociais no direito e na regulação jurídica. O sistema jurídico é entendido como ausente de neutralidade axiológica. Assim, os institutos jurídicos precisam ser construídos de modo a que sejam atingidos objetivos. Vou apresentar, portanto, os três tópicos jurídicos com base na sua modificação ao longo dos tempos. O primeiro deles é a democracia. Esse conceito pode ser tão vago e amplo quanto os dois conceitos seguintes: a cidadania; e a justiça. Porém, é muito importante começar por ele, para que possamos entender que a democracia não é uma palavra ausente de valor. Para se ter uma ideia do problema, um grande cientista político – Robert Dahl – produziu uma pesquisa teórica para tentar avaliar, de modo comparado, as democracias. Como não existe uma democracia ideal, ele foi obrigado a criar o conceito de poliarquia, para nele definir o conteúdo de uma democracia ideal. Para não ter que detalhar a obra desse autor, a qual recomendo, basta frisar que o ponto central de um regime poliárquico se refere ao aumento de competição e ao aumento de condições de competição, do ponto de vista político, é claro. O nosso primeiro exemplo será o conceito de democracia.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E VALORES

Para enfrentar o desafio de expor uma visão formalista, ao lado de uma visão substantiva de um conceito jurídico, nada melhor do que utilizar o conceito de democracia. Existe o costume de definir que a democracia se relaciona ao modo de governo. Eu irei indicar que a memoráveis palavras de Abraham Lincoln no discurso de Gettysburg, em 1865, quando ele lamentava a perda de vidas dos

cidadãos dos Estados Unidos da América, na Guerra Civil. Vou ler um pequeno trecho:

Há quatro vintenas e sete anos nossos pais criaram neste continente a uma nova nação, concebida na liberdade e consagrada ao princípio de que todos os homens nascem iguais. (...). Em vez disso, é para nós estarmos aqui dedicados à grande tarefa que resta ante a nós — de que esses mortos honrados inspirem maior devoção àquela causa pela qual eles deram a última medida transbordante de devoção — que nós aqui afirmemos que esses mortos não morreram em vão — que esta nação, sob Deus, haja um renascimento de liberdade — e que o governo do povo, pelo povo, para o povo, não pereça na Terra¹.

Faço um agradecimento ao Blog de Leonardo Alves, do qual retirei esse trecho. Note que Abraham Lincoln estava se referindo ao “governo do povo, pelo povo, para o povo”. A noção de participação popular estava clara, mesmo sendo o sistema eleitoral dos Estados Unidos fortemente representativo. O problema nos Estados Unidos do século XVIII era definir o colégio eleitoral. Lembrem que havia escravidão. A matéria eleitoral era reservada para os Estados e não para o Poder Legislativo federal. Os Estados, de uma forma geral, não permitiam o voto às mulheres. Também, uma condição para votar era ser proprietário de terras e/ou outras posses. A Constituição dos Estados Unidos da América teve que ser emendada ao longo das décadas seguintes, em razão da ampliação do colégio eleitoral. Libertos da condição de escravidão, em 1870. Mulheres, em 1920. O mesmo problema acometia a nação brasileira emancipada de Portugal. A nossa Constituição de 1824 também exige propriedades e rendas para votar, bem como também vedava o voto feminino, que só foi liberado após muita mobilização, em 1932. Para além do conceito de democracia, vamos compreender que a democracia atual, além de demandar o voto universal, exige a participação dos cidadãos nos

¹ <https://ensaiosnotas.com/2018/06/15/lincoln-o-discurso-de-gettysburg/>

rumos diários do país. Há todo um conjunto de liberdades cidadãs que é essencial para que possamos considerar a existência de uma democracia. Essas liberdades são direitos subjetivos que incorporam valores sociais. Desse ponto, é fácil passar para o próximo conceito, ou seja, para a cidadania.

3. A CIDADANIA SUBSTANTIVA

A evolução substantiva do conceito de cidadania também é uma evidência forte da transformação do direito, a partir de processos sociais. Um pouco antes, eu mencionei as restrições nos sistemas eleitorais do passado, dos Estados Unidos da América e do Brasil. O direito de votar e ser votado é abrangido pelos direitos políticos e pelas liberdades civis, de caráter tipicamente liberal. A expansão do conceito de direito político do cidadão, para abranger conjuntos de pessoas que estavam excluídos dos sistemas eleitorais é uma mudança evidente da democracia e da própria cidadania. Porém, as transformações no campo da cidadania não se resumem à expansão dos colégios eleitorais. Desde o início do século XX, existe uma lenta expansão da cidadania para abranger direitos econômicos, sociais e culturais. Essa mudança é crucial, pois é ela determina que os Estados tenham responsabilidade na oferta de bens coletivos como saúde e educação. Assim, o conceito de cidadão passa pela fruição desses direitos sociais. O equilíbrio no potencial de oferta desses direitos é complexo, uma vez que os orçamentos dos Estados são limitados. Mesmo em países ricos e desenvolvidos, ocorrem debates importantes sobre o limite de investimento estatal, uma vez que o endividamento público em excesso pode levar uma economia nacional para a situação de penúria. Para além da expansão de um catálogo de direitos, também é possível ver o aumento da importância dos deveres políticos dos cidadãos. Em países como a Itália, há um uso muito frequente dos referendos. Desde 1946, a Itália já realizou 72 referendos, por exemplo. O aumento dos meios de participação direta dos cidadãos na vida política é uma clara demonstração dessa transformação do conceito de cidadania. O último elemento, mais complexo, se refere ao difícil encaixe entre o conceito de cidadão e de indivíduo nacional. A globalização nos

trouxe a expansão da migração como fenômeno mundial. A Organização das Nações Unidas estima, em 2019, que 3,5% da população mundial está em situação de migração². Um grande desafio global é lidar com essa situação para, por um lado, não marginalizar essas pessoas, bem como, por outro lado, não sobrecarregar os Estados que recebem contingentes de migrantes. A solução dessa equação é muito complexa. Como pensar em uma cidadania global, sem avaliar com cautela os direitos desses migrantes?

4. A JUSTIÇA COMO FINALIDADE E COMO MEIO

O último tópico dessa palestra se refere ao conceito de justiça. Não vou invocar a complexa discussão da Filosofia Política para debater o tema. A minha opção será discutir as transformações processuais havidas nos sistemas jurídicos do mundo ocidental moderno. O conceito de ação judicial, nas suas origens, estava enraizado na postulação individual de direitos subjetivos por meio processuais em aparatos estatais de solução de conflitos. O direito de postular direitos era, assim, entendido como um direito individual. É claro que já podíamos ver as projeções desses direitos individuais em entidades mais amplas, tal como associações civis, empresas e o próprio Estado. Não obstante, a expansão dos meios coletivos de solução de conflitos era um lado pouco incorporado pelos sistemas judiciários. O processo civil moderno experimentou uma enorme transformação, com as ações coletivas. No Brasil, a ação civil pública tem sido um meio eficiente para lidar com demandas que postulam direitos abrangentes, como os afetos aos consumidores e ao meio ambiente. A ação popular também tem sido usada como um meio de exercício de controle das ações estatais. Essas mudanças, portanto, são muito importantes para se compreender o novo papel tanto de um conceito de justiça, quanto do funcionamento do sistema de justiça e do Poder Judiciário. A atribuição e o reconhecimento de direitos, nesse novo momento da vida social e política, passa por meios coletivos de resolução de conflitos.

² https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/wmr_2020.pdf

Há, ainda, dois outros elementos para se entender esse novo momento de transformação do direito processual. O primeiro é a expansão, no meio processual, dos direitos substantivos. O segundo é o reconhecimento legal – e o uso cotidiano – de meios alternativos à jurisdição estatal. Para exemplificar, irei expor um caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1963: *Gideon versus Wainwright*. Esse caso deu nova roupagem ao texto da Sexta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que leio, em minha tradução livre:

Em todos os processos criminais, o réu deve fruir do direito a um julgamento rápido e público, dado por um júri imparcial do Estado e distrito no qual o suposto crime tenha sido cometido, sendo que cada distrito deve ser previamente definido pelo direito; e deve ser informado da natureza e do motivo da acusação; para ser confrontado com testemunhas contra si; para ter procedimentos obrigatórios para obter testemunhas a seu favor, e obter assistência jurídica em sua defesa.

Esse caso versa sobre o direito fundamental à assistência jurídica por um advogado, nos processos criminais. O autor do recurso constitucional à Suprema Corte, Clarence E. Gideon, estava preso pelo cometimento de um crime no Estado da Flórida. No seu processo criminal, ele pediu que a corte do distrito judicial lhe fornecesse um advogado, já que ele careceria de meio. Isso lhe foi negado, com base na jurisprudência da Suprema Corte, fixada no caso *Betts versus Brady*, de 1942. Em sede de apelação, sua condenação foi mantida, assim como seu recurso à Suprema Corte do Estado da Flórida não perseverou. Esse caso é um bom exemplo do aparecimento da igualdade substantiva, em termos processuais, como explica James Boyle: “em *Gideon versus Wainwright*, igualdade significa igualdade substantiva: o réu tem o direito a um advogado efetivo e não apenas a um possível advogado, se ele puder custear seus serviços”³.

³ James Boyle. A theory (...). *California Law Review*, 1992, p. 1435.

O segundo elemento de mudança no conceito de justiça é a expansão da arbitragem nos vários sistemas jurídicos ocidentais. Em um passado não muito distante, considerar a existência de um sistema privado de soluções de disputas jurídicas poderia parecer uma privatização do sentido da justiça. No entanto, não há como negar que é muito importante haver mecanismos não-estatais para que as partes possam debater seus direitos disponíveis de uma forma imparcial e mais célere. Após algumas dezenas de anos, recheados de debates, o Brasil incorporou a arbitragem como um meio regular de soluções de controvérsias jurídicas, sem negar o direito fundamental da oitiva da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

5. CONCLUSÃO

Após a análise das transformações substantivas no campo da democracia, da cidadania e da justiça, é importante frisar um último ponto, à guisa de conclusão. O Poder Judiciário também tem passado por transformações notáveis nas últimas décadas, no Brasil. A inserção do direito fundamental à duração razoável dos processos tem sido acompanhada por um esforço evidente para mitigar a demora no julgamento de ações. O Conselho Nacional de Justiça tem sido um órgão de grande importância para coordenar esses esforços, seja fixando metas para os tribunais e para os magistrados, seja realizando verificações e inspeções em prol de estimular o atingir desses objetivos. Além disso, diversas reformas processuais têm sido feitas nas últimas décadas com o objetivo de melhorar o fluxo dos feitos, sempre com o olhar atento para se evitar a redução do direito de participação das partes no processo judicial.

Confio nos juízes e no direito.

Poder Judiciário forte, cidadania respeitada.

Fiquem com Deus.

Muito obrigado.