

O RISCO DE ARBITRARIEDADES E A NECESSIDADE DE DECISÕES DEMOCRÁTICAS

Jeferson Dytz Marin
Universidade de Caxias do Sul

Augusto Antônio Fontanive Leal
Universidade de Caxias do Sul

RESUMO: Para uma decisão legítima, revela-se fundamental a análise do procedimento democrático que a gestou, bem como seu exame de mérito, considerando-se, especialmente, a responsabilidade política do julgador. A garantia dos meios procedimentais e materiais de fortalecimento da democracia, nesse sentido, contribui de forma decisiva para a adequação da decisão. A arbitrariedade, avessa à democracia, conduz à instabilidade jurídica e à insegurança do sistema jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Direito. Teoria da decisão. Discricionariedade. Arbitrariedade.

Introdução

A pós-modernidade trouxe novas necessidades. Em se tratando de resolução de conflitos, é fundamental uma reavaliação da dogmatização enraizada na arbitrariedade e na discricionariedade do Judiciário.

É dessa forma que surge a necessidade de se dar continuidade à construção do direito, visando a estabelecer soluções a problemas como esses, frequentes no meio jurídico. Com isso, torna-se fundamental a propositura de novas soluções.

Busca-se, nesse sentido, determinar em que aspectos pode a democracia auxiliar no momento de legislar, bem como na interpretação das necessidades da população no momento de julgar.

Objetiva-se, então, dispor acerca do enfrentamento das crises que vitimam o Direito, procurando-se, por meio da democracia, fundamentar os anseios da sociedade na legitimação do ato de legislar e julgar.

Nesse cenário, a arbitrariedade e a discricionariedade merecem atenção especial, pois representam sérios riscos à democracia, essencial à jurisdição.

1 Democracia e crise no Direito

Cita-se a lei, por vezes, como solução de todos os conflitos, dando azo a uma supremacia do Legislativo. Abre-se espaço também para a sua interpretação, a forma como o Judiciário aviventa a decisão, levando ou não em consideração a lei e outras fontes do Direito, ao arbítrio de seu próprio convencimento. A decisão, assim, deixa de alicerçar-se no Direito para fundar-se na livre consciência e no afã arbitrário do juízo.

Essa realidade hoje posta sob a interrogação começa a ser vista a partir da necessidade de uma revolução no processo jurídico. Surgem, então, críticas ao positivismo ortodoxo e à forma não dotada de impessoalidade das decisões proferidas, caracterizadas pelo livre convencimento. Nessa linha, já afirmamos em trabalho precedente:

[...] a sentença é um ato de inteligência do juiz, mais do que isso: trata-se de uma decisão política forjada não só na lei, mas também nos valores morais e na concepção de sociedade adquirida pelo julgador ao longo de sua vida [...] O magistrado decide de acordo com suas convicções - em que pese esteja adstrito aos limites impostos pelo ordenamento -, produzindo, conseqüentemente, uma decisão "direcionada". (MARIN, 2007, p. 196)

Por isso, tratando-se de avaliar julgamentos, faz-se necessário que se leve em conta o cenário político da sociedade para a correta formulação de uma decisão, considerando-se os valores sociais garantidos aos seus indivíduos.

À vista disso, em decorrência do controle excessivo exercido nas pessoas em nosso período histórico antecedente à democratização, a jurisdição estagnou seu aprimoramento democrático. Era a submissão. Como afirma Zygmunt Bauman (2010, p. 26): "Uma vez que os determinantes do destino tenha sido objetificados, e uma vez que se tenha negado à vontade do sujeito o poder de forçar, influenciar ou instigar objetos externos, levando-os à submissão, o único poder de relevância para o anseio primevo de certeza é o conhecimento".

Mas os tempos são outros: vive-se atualmente no Brasil uma democracia. O conhecimento, nesse sentido, é maior e mais amplamente difundido com uma política democrática e sua Constituição.

Essa transformação política que ocorreu no Brasil começou a abrir espaços, permitindo soluções para o Poder Judiciário.

Enxergando pela democracia, deixa-se de ter uma visão absolutista em determinadas estruturas. O juiz passa a não ser mais visto como ser único, de consciência arbitrária decorrente do livre convencimento no momento de decidir. Também o legislador deixa a auréola de poder para tornar-se intérprete da estrutura social, dos anseios e necessidades desta.

A questão é: como pode o processo representar a opinião da massa populacional? Ou: de que forma o processo pode se relacionar com essa idealização democrática em sua estrutura, superando as inconstitucionalidades materiais que permeiam seu andamento?

Ora, é ao considerar a democracia como uma forma de governo que propicia liberdades aos cidadãos em seus direitos fundamentais que se poderá estabelecer uma ligação com o Direito e seu desenvolvimento na sociedade. Com isso, conforme os princípios constituintes da democracia, vale lembrar Aristóteles, para quem:

O princípio fundamental do governo democrático é a liberdade; a liberdade, diz-se, é o objeto de toda a democracia. Ora, um dos característicos essenciais da liberdade é que os cidadãos obedeçam e mandem alternativamente; porque o direito ou a justiça, em um Estado popular, consiste em observar a igualdade em relação ao número, e não ao que se regula pelo mérito. (ARISTÓTELES, 2011, p. 248)

Com efeito, com base na formação política do Estado (estabelecida na Constituição) se terá a concordância quanto ao governante. Na democracia, é o povo como governante que oferece concordância ao sistema que legitima a linha política, por meio de sua escolha individual elevada ao conjunto.

Em uma linha lógica, na democracia, o povo, ao eleger seu governante no âmbito do Poder Executivo ou um legislador para exercer função no Poder Legislativo, deposita no voto a esperança que tem de ver suas vontades realizadas, ou seja, espera que seus candidatos eleitos atuem de acordo com a democracia que o elegeu. Por isso, segundo Aristóteles (2011, p. 102), surge a importância da constituição do Estado como reguladora da democracia e delimitadora da atuação dos representantes do povo: “A constituição de um Estado é a organização regular de todas as magistraturas, principalmente da magistratura que é senhora e soberana de tudo. Em toda a parte o governo do Estado é soberano. A própria constituição é o governo. Quero dizer que nas democracias, por exemplo, é o povo que é soberano”.

Com isso, é o povo, por meio de um chefe de governo eleito, que será o próprio soberano, tomando suas próprias decisões com base em seus próprios interesses, tudo por meio de um representante que, muito importante referir, foi democraticamente (e de acordo com a Constituição) escolhido.

É necessário, na democracia, que o cidadão como indivíduo esteja consciente do ambiente à sua volta, para poder propor soluções novas para conflitos e crises como a que se refere aqui, quanto ao sistema jurídico.

Sabendo disso, o indivíduo deve acreditar em sua capacidade e na pluralidade para uma decisão: diferentemente de outras teorias políticas, na democracia não se deve esperar uma decisão do Estado sem agir, porquanto é justamente o agir do povo que sustenta a decisão do Estado. É assim que assevera Ricoeur quando refere que:

Muitas filosofias do direito natural pressupõem um sujeito completo já carregado de direitos antes da entrada na sociedade. Resulta daí que a participação desse sujeito na vida comum é por princípio contingente e revogável e que o indivíduo - já que é preciso chamar assim a pessoa nesta hipótese - é autorizado a esperar do Estado a proteção de direitos constituídos fora dele, sem que pese sobre ele a obrigação intrínseca de participar dos encargos ligados ao aperfeiçoamento da ligação social. (RICOEUR, 1991, p. 213)

A partir dessa matriz, é possível ponderar que a necessidade do sentimento de inclusão do cidadão é fundamental para a democracia alcançar êxito.

O cidadão é constituinte da democracia, quem lhe dá vida e legitimidade, acompanhado de todos os outros membros, formando uma pluralidade justa. Em se tratando da pluralidade, traz-se a crítica de François Ost (2007, p. 278) à John Rawls, ao considerar que este, “preferindo a racionalidade monológica em vez da deliberação intersubjetiva, não consegue pensar a comunidade política como uma verdadeira pluralidade”.

É dessa forma que a comunidade política vai constituir-se como um todo, democraticamente montada pelos seus integrantes, que, ao fazerem parte dela, passam a ser incluídos na sua forma social e consagrados com direitos e responsabilidades, que irão se formando a partir da linguagem, da tradição e dos valores dessa mesma comunidade.

Além disso, em consenso com Ost, que traz a ideia de comunidade política dotada de pluralidade. Mas o terceiro é, sem jogo de palavras, *terceiro* incluso pela pluralidade constitutiva do poder. Por conseguinte, é imposto um limite a toda tentativa de reconstruir o vínculo social sobre a base única de uma relação diagonal estritamente binária”.

Encontra-se, então, a pluralidade como resposta à problematização criada nos eventuais conflitos da democracia, em que o ser constituinte dessa forma política vai carregar não só a noção de si mesmo e a do próximo, mas também a de um terceiro que está por vir e que talvez nunca venha a ser. Ainda, isso se dá pela igualdade que deve ser esteio central para a democracia em sua forma mais justa e correta.

É possível, dessa forma, solucionar uma eventual crise gerada por algum conflito na democracia por meio do pluralismo, gerador do pensar coletivo da comunidade política, antes retratada como constituinte.

Sob a ótica da pluralidade trazida por François Ost e Paul Ricoeur, é possível trazer à baila as características fundamentais para uma democracia consistente: a igualdade, que para ser firme e sustentável, necessita do cimento da tolerância.

Tomando por diretriz a igualdade - afinal, a democracia distribui em igualdade os direitos aos seus componentes (o povo) -, retorna-se à seara da tolerância. Estabelece Otfried Höffe que:

A tolerância ativa e simultaneamente autêntica baseia-se em uma consciência de seu próprio valor, na apreciação de si mesmo ou na autoestima. Toma por base, portanto, a força individual e a força grupal, que renunciam a qualquer sentimento de superioridade. Tendo como fundamento a dignidade e a liberdade de cada indivíduo, vincula a capacidade idiossincrática de cada indivíduo ao reconhecimento da igualdade de direito dos outros indivíduos. (HÖFFE, 2005, p. 238)

A tolerância é base para a democracia e está embrechada na igualdade (fundamento da democracia). São as peças que formam a decisão na política democrática, isto é: os indivíduos necessitam dela para sua consagração. Com isso, é importante que, na hora de uma decisão, todos sejam iguais para o peso de cada decisão individual valer da mesma forma, gerando uma espécie de decisão gerada pela pluralidade da sociedade.

A democracia que seguir esses preceitos poderá ser tida como legítima. Fundamenta-se, também, a possibilidade de escolha de um representante para o povo, resolvendo quaisquer crises de legitimação pela solução de Ricoeur (1991, p. 306), que explica como as novas atitudes deverão dar lugar ao consenso, como a “reminiscência e o entrecruzamento no espaço público da aparição de tradições que dão um lugar à tolerância e ao pluralismo”. Assim é que se fundamentará a democracia.

Portanto, é pela democracia que se alcança a raiz de uma solução, a sua coluna central, o que sustenta sua existência como representante do que seria justo. Frisa-se que a democracia precisa ter em sua formação a tolerância e o pluralismo, pois só assim poderá ser tratada como correta e só então será possível utilizar-se dela para a transformação jurídica que tanto se faz necessária.

Transformação jurídica que irá necessitar da tolerância na hora de suas decisões, que precisará pensar em um pluralismo na sua justiça, fundamentada completamente na democracia, que está instituída na Constituição Federal.

2 A democracia legislando e julgando

A crise do Judiciário atual deve ser percebida para que se possa aplicar a democracia como solução. É necessário, assim, dar-se conta dos acontecimentos que permeiam o cenário jurídico, mais precisamente no que concerne às crises criadas na arbitrariedade do julgador e na discricionariedade deste ao julgar a partir da lei.

Para Zygmunt Bauman (2010), houve, ao longo do tempo, uma transição da atividade de legislar para a atividade de interpretar. Explica o sociólogo polonês que o legislador não deve simplesmente emitir leis, mas ser um interpretador da necessidade de quem ele representa.

É esse grande passo que precisa ser visto na atualidade líquida da modernidade de Bauman (2010) em constante movimento, usando o conceito para demonstrar um moldar de novas formas na resolução de conflitos que aparecem no ato de legislar. Isso porque pode, na interpretação de um anseio da sociedade feita pelo legislador, existir conflito de interesses. Desse modo, como pode ser resolvida tal disputa?

De que forma poderá uma maioria democraticamente constituída entrar em consonância para resolver o conflito existente na diversidade de interesses? Tendo já sido estabelecida a necessidade da tolerância para os cidadãos que constituírem a minoria, resta verificar sobre como a maioria de um povo chegará a um consenso. Além de se ter uma atividade legislativa legitimada, é preciso saber como vai se dar essa distribuição da justiça por meio da lei, realizada antes de um processo jurídico, mas feita em razão dele e para sua resolução.

Aristóteles (2011, p. 233) dispõe de formas para se estabelecer a decisão democrática na resolução de conflitos no momento de gestão da legislação, pois se o poder de decidir concentrar-se em poucas mãos (apesar de eleitas como representantes), pode-se constituir uma oligarquia. Dentre as formas, estabelece a possibilidade de os cidadãos decidirem sobre a decisão a ser tomada, em uma espécie de plebiscito.

No sentido de ver a atividade de interpretar para legislar como uma das distribuições da justiça feitas pelo Poder Legislativo como instituição social, é importante verificar a concepção de Ricoeur (2008, p. 75). Para ele, deve haver uma escolha racional que represente corretamente as necessidades. Essa escolha deve: “Ser feita em comum, com a perspectiva de um acordo final sobre a melhor maneira de governar a sociedade. Isso explica também em que sentido a justiça como justiça distributiva pode ter como sujeito primário a estrutura básica da sociedade: essa estrutura básica é, por sua vez, um fenômeno de distribuição”.

Ao conciliar as ideias de Aristóteles e Paul Ricoeur acerca da decisão em comum, seja pelo plebiscito que traduz uma situação hipotética de como essa decisão poderia se dar seja por outra forma, tem-se em ambas a ideia de decisão em comum. Com a finalidade de clarear tais conclusões, ainda segundo Ricoeur:

Como há várias maneiras de distribuir, de ratear vantagens e desvantagens, a sociedade é desde o início um fenômeno consensual-conflituoso; por um lado, toda alocação pode ser contestada, especialmente, como veremos, num contexto de repartição desigual; por outro lado, uma distribuição estável exige um consenso sobre os procedimentos para o arbítrio entre reivindicações concorrentes. (RICOEUR, 2008, p. 75)

Com efeito, decisões de cunho consensual entre todos os cidadãos são reais processos democráticos, “nos quais todos os cidadãos são convocados para decidir sobre todos os negócios” (ARISTÓTELES, 2011, p. 243) - desse modo, legitima-se cada decisão. É nesse viés que pode ser incluída a pluralidade como forma de convivência, em respeito à democracia como ordem política maior, pois, segundo Ricoeur (2008, p. 144): “O tema de uma tal filosofia política seria o da *pluralidade* implicada pelo querer conviver, subjacente à política; ora, essa condição de pluralidade apresenta evidente parentesco com a exigência de *comunicabilidade* implicada pelo juízo de gosto”.

Logo, tendo-se a democracia como filosofia política e sendo respeitada a pluralidade na convivência das massas, haveria de se chegar a um consenso de acordo com o juízo de gosto geral.

A questão é que o legislador (e agora também intérprete) já deveria ter suas decisões legitimadas pela sua eleição - afinal, foi eleito pelo povo para isso.

Deixando parcialmente de lado o paradoxo, segue-se para a busca de uma solução ao conflito de interesses interpretado com base na necessidade da sociedade, pela decisão pública acerca da opção do legislador.

O problema da justiça, segundo a concepção de Ricoeur (2008), é de como uma decisão poderá tornar-se justa e igualitária, se desfavorece uns para favorecer outros. Também é preciso encontrar o ponto chave de como as decisões podem ser forjadas de forma independente uma das outras, fugindo a uma padronização frequente no Judiciário.

Para isso, analisando a figura do juiz em sua magistratura, encontram-se em Aristóteles (2011, p. 293) três qualidades necessárias para o exercício da função: “Em primeiro lugar, lealdade ao governo estabelecido, depois grande aptidão para todos os negócios que dirigem, e por último uma virtude e uma justiça que se adaptem à forma de governo; porque não sendo o direito um só para todas as espécies de governo, é lógico que as noções de justiça sejam diferentes”.

Ricoeur (2008, p. 171) trata da discricionariedade do juiz afirmando que “o precedente garante estabilidade, segurança e confiança à tomada de decisão”. Porém, essa explicação que tenta justificar “não resolve o problema da estrutura argumentativa do precedente”, que deve ser desenvolvida a partir de uma interpretação. Tal interpretação pode mostrar-se inadequada para uma decisão relativa a algum fato novo.

Essa supremacia da lei e, por consequência do Legislativo, por sobre as decisões, faz surgir um procedimentalismo que acaba por ferir a democracia, que deveria ser inerente ao Judiciário. O procedimentalismo é assim explicado por Antonio Castanheira Neves quando:

As determinações visadas e obtidas não forem a consequência sustentada por um pressuposto fundamento material - determinações constituídas numa referência fundamentada *a priori* -, mas o resultado produzido ou construído por um processo pelas regras operatórias de um certo e convencionado proceder, e assim de uma construção *a posteriori* obtida só no processo e pelo (pela operatória do) processo. (NEVES, 2003, p. 76-77)

É por meio desse procedimentalismo gerador de padrões no âmbito judiciário - nas jurisprudências que, como fontes de direito, auxiliam no julgamento - que se necessita da renovação, e não de uma standardização: não é aceitável que uma decisão antes proferida, em um caso isolado, de acordo com a concepção de um juiz vá ser a mesma para um novo caso.

Ao fugir da discricionariedade, abre-se a porta para outro problema que cerca a presença da liberdade e da igualdade da democracia: a convicção do juiz ao julgar conforme sua própria consciência. Segundo Streck (2010, p. 25-26), “estar comprometido apenas com sua consciência passa a ser o elemento que sustenta o imaginário de parcela considerável dos magistrados brasileiros”.

Não será com a concepção pessoal e moral do julgador que uma decisão democrática é gestada, mas sim de acordo com os anseios da sociedade pela concepção da Constituição. Exalta-se, desse modo, a democracia do povo que a aprova.

Aqui, nota-se uma evidente ausência de harmonização entre o Legislativo e o Judiciário.

É nessa matriz que Ricoeur (2008, p. 177) refere que o ato de julgar “consiste numa interpretação da lei, uma vez que nenhum caso é simplesmente a exemplificação de uma regra; continuando na linguagem kantiana, podemos dizer que o ato de julgar é da alçada do juízo ‘reflexivo’, o que consiste em buscar uma regra para um caso novo”.

A interpretação da lei aqui referida dá-se pela lei legitimada democraticamente, e não pode ser simplesmente submetida à norma ali disposta, visto que, logicamente, não existe uma lei específica para cada caso.

Por isso, ainda à luz do que determina Ricoeur (2008, p. 181), “o ato de julgar tem como horizonte um equilíbrio frágil entre os dois componentes da partilha: o que aparta minha parte da sua e o que, por outro lado, faz que cada um de nós tome parte da sociedade”.

Em uma decisão democrática, não haverá injustiça a ser reclamada, pois por ela se realiza uma solução que preza pela convivência dentro do regime democrático, por meio do pluralismo.

A democracia deve buscar a igualdade. Se cada fato ocorrido é um fato exclusivo, é impossível que uma lei (mesmo em sentido genérico) abranja cada um deles em seu dispositivo. É assim que se chegará à figura de um julgador não submetido apenas à lei, mas comprometido com a democracia.

Poderia então ser resolvida essa dissintonia entre os poderes Legislativo e Judiciário. Afinal, é pela intenção da lei tomada pela democracia e pelos cidadãos em geral que se legitimam o legislador (e/ou a própria lei) e a decisão do julgador (legitimada pela corrente democrática).

Amparando-se nessa democracia como corrente que une a tomada de decisão, por meio de uma concepção pluralista da comunidade política, “os princípios e as soluções concretas seriam construídas e não impostas ou deduzidas de qualquer pressuposto sistema de valores e princípios, e assim segundo um construtivismo político que excluiria todos os construtivismos morais” (NEVES, 2003, p. 85).

Esse construtivismo moral, em consonância com Castanheira Neves, é o que impediria um “liberalismo político da justiça como equidade”, visto que é necessária toda a liberdade democrática. Isso porque, na democracia, as construções de princípios e soluções devem ser realizadas pelo próprio regime democrático, numa estruturação advinda da pluralidade.

Assim deve ser vista a pluralidade, como forma de decidir no momento de resolver conflitos, seja legislando seja julgando.

Portanto, o auxílio de cada parte de uma sociedade livre e democrática de direito parte das prerrogativas da liberdade e igualdade.

Conforme Castanheira Neves:

Uma sociedade de pessoas, em sentido político, e em que sempre se verificaria um pluralismo (embora pluralismo razoável) de concepções compreensivas, construiria as suas soluções de convivência e de ordenação políticas segundo a justiça ou em termos equitativos, porque as pessoas-cidadãos, não obstante esse pluralismo e os consequentes possíveis conflitos, poderiam convergir num consenso em que todos se reconhecessem e que, por isso, ofereceria a base suficiente para uma solução equitativa também para todos. (NEVES, 2003, p. 85-86)

Encontra-se, dessa forma, o ponto fulcral para a solução de conflitos realizada com base nesse pluralismo disposto, com decisões equitativas para solucionar conflitos.

Toda decisão seria tomada de forma consensual, pois todos os cidadãos estariam conscientes de sua contribuição à democracia. Mesmo que um indivíduo não tivesse sua pretensão deferida, saberia que foi tomada uma decisão igualitária, sendo ele também legitimado como parte da sociedade democraticamente constituída.

Por fim, é importante que seja determinada a estrutura da verdadeira democracia como regime político em uma Constituição, para, em seguida, passar a aplicar essa democracia ao Direito.

Não basta também usar da democracia somente no âmbito judiciário, pois é importante que essa democracia atue como uma coluna vertebral na seara de legislação (e interpretação).

É preciso ter a democracia como livre solucionadora de conflitos, dotada de igualdade, por meio de uma pluralidade da comunidade política e pela compreensão/aceitação de cada cidadão, ressaltando a tolerância inerente a essa constituição.

Assim, poderá ser percebida uma justiça proferida por cada cidadão, que fundamente uma sociedade democrática. É isso que pretendeu dizer Castanheira Neves, ao afirmar que:

A concepção da pessoa tão só como alguém que pode ser cidadão, i. é, um membro e membro cooperante da vida em sociedade, o que, no quadro das tradições democráticas, leva a pensar nos cidadãos como pessoas livres e iguais, ou pessoas que são livres porque detentoras de dois “poderes morais” - a capacidade de um sentido de justiça, e de uma concepção do bem - e ainda do “poder da razão” - poder de juízo, de pensamento e de inferência em função destes poderes. (NEVES, 2003, p. 85)

Para toda essa justiça democrática ocorrer, é fundamental que cada cidadão tome consciência de sua força e capacidade como uma só ao proferir alguma decisão visando a solucionar o conflito, pois é quando essa decisão se agrega a todas as outras que terá força, legitimada pela pluralidade.

E é com base nessa justiça democrática que pode ser encontrada uma nova solução para a atual padronização do Direito, saturada de decisões arbitrárias e discricionárias.

Conclusão

Assim, é com a democracia que se poderá buscar uma nova forma de resolver conflitos, não estando limitado o julgador à norma quando deve, na verdade, incorporar a política democrática vigente para, em consonância, usá-la como sustentáculo em suas decisões.

E assim deve agir também o legislador intérprete, quando escolhido pelo povo, para estabelecer a lei correspondente aos anseios da sociedade, tomando cada necessidade que se dá por cada cidadão em conjunto, fazendo, dessa forma, também parte da sociedade.

É claro que não pode ser excluída a hipótese da ocorrência de uma democracia meramente formal quando o político, em vez de dar azo a uma decisão que corresponda aos interesses do povo, pauta sua conduta por interesse próprio (a própria consciência do Legislativo), o que gera uma não legitimação e conseqüente falha democrática, não correspondendo ao sentido justo formal e material antes retratado pela legitimação do legislador - isso por este ser, de certo modo, o próprio povo, ilustrado por seus anseios e necessidades.

É exatamente dessa forma que a democracia pode contribuir para a solução de crises no Judiciário, pois legitimando legisladores adequados e estando presente nos julgadores tornará mais difícil a ocorrência de leis não democráticas ou julgamentos que não busquem a igualdade nos sentidos da democracia, caracterizados pela tolerância e pelo pluralismo.

Assim, tanto as leis formuladas pelo legislador como as decisões tomadas deverão estar em consonância com as necessidades da população. Nesse último caso, a minoria deve, em prol da democracia, tolerar a lei ou a decisão como fundamentadoras de um equilíbrio necessário na balança de um direito tendente à igualdade. Dessa forma, ter-se-á uma democracia legítima e em conformidade com os seus ideais, no caminho de um direito renovado pela justiça.

THE RISK OF ARBITRARINESS AND THE NECESSITY OF DEMOCRATIC DECISIONS

ABSTRACT: For a legitimate decision, becomes vital the analysis of the democratic process that nurtured it, as like its merit exam, considering especially the politic responsibility of the judge. The guarantee of procedural and material of strengthening democracy in this sense, contribute decisively to an appropriateness of the decision. The arbitrariness averse to democracy leads to the legal instability and uncertainty of the legal system.

KEYWORDS: Democracy. Law. Decision theory. Discretion. Arbitrariness.

Referências

ARISTÓTELES. *A Política*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARIN, Jeferson Dytz. Jurisdição, produção de diferenças e democracia. *Prisma Jurídico*. São Paulo, v. 6, p. 27-44, 2007.

NEVES, Antonio Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Coimbra: Coimbra, 2003.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

RICOEUR, Paul. *O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *O si-mesmo como um outro*. Campinas: Papirus, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Enviado em 23/5, aceito em 17/10/2014.

Jeferson Dytz Marin é professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul; doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul; membro do Instituto de Estudos Municipais; membro honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil; advogado. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: jdmarin@ucs.br.

Augusto Antônio Fontanive Leal é acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Caxias do Sul; membro do grupo de pesquisa Alfajus. Faculdade de Direito, Graduação. Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: augustoafleal@gmail.com.