

FACULDADE MERIDIONAL – IMED
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO

Gustavo Wentz

AS RESPONSABILIDADES DO MAGISTRADO À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO

Passo Fundo, RS

2017

Gustavo Wentz

AS RESPONSABILIDADES DO MAGISTRADO À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – da Faculdade Meridional – IMED, em sua área de concentração em Direito Democracia e Sustentabilidade, Linha de Pesquisa Fundamentos do Direito e da Democracia, como requisito à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Passo Fundo, RS
2017

CIP – Catalogação na Publicação

W477r WENTZ, Gustavo
As responsabilidades do magistrado à luz do sistema jurídico brasileiro
/ Gustavo Wentz. – 2017.
91 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade IMED, Passo Fundo,
2017.

Orientador: Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella.

1. Magistrado. 2. Juízes – Brasil. 3. Democracia – Brasil. I. Cella, José
Renato Gaziero, orientador. II. Título.

CDU: 347.962(81)

Catalogação: Bibliotecária Angela Saadi Machado - CRB 10/1857

Autor: GUSTAVO WENTZ

Título: AS RESPONSABILIDADES DO MAGISTRADO À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – da Faculdade Meridional – IMED, em sua área de concentração em Direito Democracia e Sustentabilidade, Linha de Pesquisa Fundamentos do Direito e da Democracia, e aprovada pela banca examinadora.

Passo Fundo, RS, 27 de junho de 2017.



PROF. DR. MÁRCIO RICARDO STAFFEN (PPGD-IMED) - Coordenador



PROF. DR. JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA (PPGD-IMED) - Presidente



PROF. DR. DANILO CESAR MAGANHOTO DONEDA (PPGD-IDP) - Membro



PROF. DR. VINÍCIUS BORGES FORTES (PPGD-IMED) - Membro

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que, direta ou indiretamente, me auxiliaram e motivaram na busca do meu melhor. Dedico ainda a minha família e a minha esposa, Andrieli, que sempre este ao lado. Dedico ao meu filho(a) que ainda não nasceu, mas pode acompanhar, da barriga da sua mãe, os últimos instantes do árduo trabalho investido para concluir mais este ciclo de minha formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradecer, palavra tão singela, mas tão esquecida. Agradeço, de coração a minha esposa Andrieli, por ter sido a minha fiel companheira, e porque não dizer escudeira, nesta jornada. Agradeço a minha família que, mesmo à distância, sempre me incentivou a buscar este objetivo. Agradeço aos Professores do PPGD IMED pelo apoio e auxílio incondicionais. Agradeço ao meu Orientador, Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella pela paciência e compreensão. Agradeço a CAPES pelo auxílio financeiro recebido durante o Mestrado (Taxa PROSUP/CAPES). Por fim, mas não por último, agradeço a Deus.

RESUMO

O protagonismo judicial é uma realidade. Muito do seu desenvolvimento é atribuído aos descrédito e as crises institucionais vividas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, este verdadeiro movimento ideológico deve encontrar limitações, provindas tanto da sociedade quanto do direito posto. Nesse contexto, a análise da responsabilidade social, política e jurídica do magistrado, fornece elementos válidos, claros e suficientes para se contrapor ao protagonismo dos magistrados. Mais do que isso, a correta conjugação das três teorias da responsabilidade da magistratura é capaz de demonstrar quais são as adequadas função e responsabilidade do juiz dentro da complexa engrenagem social. Para tanto, faz-se necessário a busca pela fundamentação teórica que espelhe estas responsabilidades e as suas consequências para o desenvolvimento da democracia. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo a fim de, a partir do enquadramento conceitual dos temas a serem estudados, aliados à legislação existente, confirmar a hipótese de que a possibilidade de responsabilização dos magistrados é uma importante ferramenta no controle do seu protagonismo.

Palavras-chave: Magistrado; Estado; Responsabilidade; Democracia.

ABSTRACT

Judicial protagonism is a reality. Much of its development is attributed to the discredit and institutional crises experienced by the Executive and Legislative Powers. However, this true ideological movement must find limitations, stemming from both society and the law. In this context, the analysis of the social, political and legal responsibility of the magistrate provides valid, clear and sufficient elements to counter the role of the magistrates. More than that, the correct combination of the three theories of the responsibility of the judiciary is able to demonstrate what the proper function and responsibility of the judge within the complex social gear is. Therefore, it is necessary to search for the theoretical foundation that mirrors these responsibilities and their consequences for the development of democracy. The hypothetical-deductive method was used to confirm the hypothesis that the possibility of judges' accountability is an important tool in the control of their protagonism, based on the conceptual framework of the subjects to be studied, together with the existing legislation.

Keywords: Judge; State; Responsibility; Democracy

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF - Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CC – Código Civil

CPP – Código de Processo Penal

CP – Código Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

CUT – Central Única dos Trabalhadores

MST – Movimento dos Sem Terra

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A FUNÇÃO E A CONDUTA DO MAGISTRADO: CONDUZINDO A CRIAÇÃO DE UMA RESPONSABILIDADE SOCIAL	15
2.1 A FUNÇÃO DO MAGISTRADO	15
2.2 O PROTAGONISMO DO MAGISTRADO	19
2.3 A CONDUTA DO MAGISTRADO AO DECIDIR	29
2.4 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DO MAGISTRADO	32
2.5 A RESPONSABILIDADE SOCIAL, A CONDUTA DO MAGISTRADO, O PROTAGONISMO JUDICIAL E A DEMOCRACIA: A ÍNTIMA RELAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS - À GUIA DE CONCLUSÕES	37
3 A RESPONSABILIDADE POLÍTICA DO MAGISTRADO	44
3.1 O DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES	44
3.2 AS DIRETRIZES PARA A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES INSCULPIDAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CPC	49
3.3 A ATUAÇÃO POLÍTICA DO MAGISTRADO. UMA ANÁLISE A PARTIR DE DWORKIN	54
3.4 A RAZÃO PÚBLICA DE RAWLS	60
4 A RESPONSABILIDADE JURÍDICA DO MAGISTRADO	66
4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL (JUDICIAL) DO MAGISTRADO	67
4.1.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS DOS MAGISTRADOS, A PARTIR DO ENTENDIMENTO DO ARTIGO 37, §6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL	70
4.1.2 A RESPONSABILIDADE REGRESSIVA DO ESTADO CONTRA O AGENTE	74
4.1.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MAGISTRADO (PESSOAL) PERANTE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	76
5 CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	88

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira tem experimentado um processo de acelerada transformação, o que acentua o número de conflitos, grande parte dos quais necessita da intervenção do Poder Judiciário para serem resolvidos, fazendo com que as atribuições desse Poder se elevem em termos de expectativas e alcem a figura do magistrado a um novo patamar de exigências e responsabilidades.

Nesse momento ímpar de desenvolvimento social, o magistrado não é responsável tão somente por sentenciar (em caráter formal, dando fim ao processo) as demandas que lhes são postas a apreciação, mas também se vê obrigado a distribuir a paz social, a segurança jurídica e, não raras vezes, é obrigado a corrigir falhas ou vazios deixados pelo legislador.

Mais do que isso, a atuação política e social do magistrado pode tanto ser promotora quanto detratora da democracia, dado que é muito grande o poder de mando e decisão que está concentrado em suas mãos. Por meio de suas decisões, o magistrado torna-se um dos responsáveis (e, porque não dizer, um dos principais) pela escolha dos caminhos a serem seguidos por toda a população.

Contudo, este verdadeiro poder, que é democrático em sua origem, deveria sempre ser exercido de forma a proteger e desenvolver a democracia, bem como para incentivar o desenvolvimento da nação, tendo em vista os preceitos básicos da separação e do respeito entre os três Poderes e o grande dever de prestar contas para a sociedade organizada, que são dois dos pilares centrais que sustentam a democracia brasileira.

A ênfase que se dá na atuação do magistrado é a que se refere às suas decisões, em especial à fundamentação dessas decisões, dado que é por esse meio que o magistrado comunica-se com a sociedade e por onde poderá influir nos caminhos a serem seguidos.

Assim, é de grande importância que se analise, primeiramente, a postura e a conduta do juiz, tanto em relação à sociedade quanto ao processo, de forma a traçar linhas básicas daquilo que se espera de um magistrado, para então analisar o seu dever constitucional de fundamentação das decisões, tendo em vista a existência de sua tripla responsabilidade: a social, a política e a jurídica. Tal análise

possibilitará a fixação de alguns critérios válidos para pautar e limitar a sua atuação, o que, certamente, colaborará para a pacificação da sociedade, trazendo segurança jurídica e estabilidade democrática.

Mas, infelizmente, o que se vem presenciando, em especial nas últimas décadas, é uma busca questionável por mais poder e pelo protagonismo das ações sociais em clara usurpação da competência dos outros dois Poderes (Executivo e Legislativo).

Alguns magistrados acabam tomando para si o papel de heróis sociais, protegidos por seus escudos constitucionais e aproveitando-se dos vazios criados tanto pela profunda crise de confiança por que passam os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil quanto pelos imprecisos, vagos e ambíguos atos normativos que acabam por abrir espaço excessivo para a adoção de posturas hermenêuticas exageradamente imbuídas de criação legislativa.

Por conta desse crescente empoderamento do Judiciário cresce, em igual medida, a necessidade de imposição de regras específicas para melhor controlar a atuação dos magistrados, de forma a garantir que eles não ultrapassem os limites de suas funções no exercício de suas atribuições democráticas.

Assim, a análise do dever de fundamentação das decisões, perpassando pelas novas regras esculpidas pelo Código de Processo Civil promulgado no ano de 2015 e em vigor há menos de dois anos, é de crucial importância para ser entendida a função democrática do ato de decidir no Direito brasileiro.

Nesse contexto, faz-se necessário que se aprofundem, ainda, os estudos a respeito da responsabilidade política do magistrado, não diretamente ligada aos crimes políticos, mas sim vista a partir de uma obrigatoriedade de fundamentação das decisões e de respeito aos demais Poderes, de forma não apenas a garantir a continuidade democrática nacional, como também a sobrevivência dos Poderes Executivo e Legislativo e o devido balanceamento entre a divisão dos seus poderes e atribuições.

Por fim, é ainda importante destacar a terceira dimensão da responsabilidade do magistrado – para além da social e da política – e que ganha cada vez mais espaço nos debates políticos e sociais, que é a sua responsabilização jurídica.

A Constituição Federal prevê a responsabilização do Estado pelos atos cometidos pelos magistrados, assim como por qualquer outro agente público, bem como pelos erros cometidos pelo Poder Judiciário, independentemente a aferição do dolo ou da culpa na conduta.

Porém, há grande dificuldade de aceitação, especialmente em razão do espírito corporativo da magistratura, da possibilidade de responsabilização pessoal do magistrado que tenha dado causa a erros, apesar de se ter, por exemplo no Código de Processo Civil, a possibilidade de expressa responsabilização jurídica e pessoal do magistrado por atos cometidos com dolo ou fraude, ou, ainda, quando venha a procrastinar injustificadamente o andamento do processo.

Posta a discussão proposta, resta uma importante pergunta a ser respondida: a correta análise das três dimensões distintas da responsabilidade da magistratura fornecem elementos capazes de limitar o protagonismo judicial?

Responder a essa pergunta de forma positiva poderá conduzir à redução de muitos dos problemas decorrentes da má atuação de alguns de nossos magistrados. A correta análise da responsabilidade do magistrado (em suas três dimensões), poderá balizar não só a conduta do magistrado, reduzindo o espaço para o exercício do seu protagonismo, como também auxiliar a sociedade a aferir a qualidade e a seriedade do trabalho dos juízes.

Faz-se importante um último destaque: o presente trabalho não tocará ao Projeto de Lei de Abuso de Autoridade (Projeto de Lei do Senado nº. 85/2017), pois este deporia contra a sua fundamentação. Não propriamente pelo seu conteúdo, mas sim por sua formatação. A tramitação deste PL apresenta-se como uma disputa de forças entre os Poderes. Uma destrutiva batalha, sem regras e sem limites, justamente o que se combate nesta dissertação.

Para tanto, elege-se o método hipotético-dedutivo a fim de, a partir do enquadramento conceitual dos temas a serem estudados, aliados à legislação existente, confirmar a hipótese de que a possibilidade de responsabilização pessoal dos magistrados que tenham agido com dolo ou culpa é um caminho possível para a redução dos problemas daí decorrentes, o que, em última análise, permite um incremento qualitativo à democracia brasileira.

Por fim, destaca-se que a presente dissertação é requisito obrigatório para a conclusão do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional – Mestrado Acadêmico em Direito (PPGD/IMED), estando ligado a linha de pesquisa Fundamentos do Direito e da Democracia, que busca compreender as bases sobre as quais se estruturam os sistemas jurídicos contemporâneos, os estados constitucionais e os regimes democráticos. Discute ainda o modo de produção das normas, a atuação dos estados nacionais e atores transnacionais, as esferas de deliberação política, a proteção dos direitos fundamentais, a construção de modelos sustentáveis e o conhecimento na sociedade da informação. Propõe uma reflexão acerca da legitimidade do direito vigente e da expansão da democracia.

2 A FUNÇÃO E A CONDUTA DO MAGISTRADO: CONDUZINDO A CRIAÇÃO DE UMA RESPONSABILIDADE SOCIAL

Para que seja possível a compreensão das responsabilidades social, política e jurídica da magistratura nacional, é fundamental que, primeiramente, seja definido o que a sociedade deveria (pelo em menos em tese) esperar de um bom magistrado. Ou seja, compreender qual deveria ser o seu papel, a sua postura perante a sociedade e perante o processo, dada a relevância das suas funções na promoção da democracia.

Também é importante a compreensão quanto à função do magistrado e a influência da sua conduta no desenvolvimento social, diante do grande poder que concentra em seu cargo. Nesse contexto, tem-se aquilo que pode ser denominado como Responsabilidade Social do magistrado e que será explorado ao longo deste capítulo.

2.1 A FUNÇÃO DO MAGISTRADO

A figura central do Poder Judiciário é, sem sombra de dúvidas, o magistrado, que toma para si a voz do Estado ao sentenciar as causas que lhe são postas a apreciação. Quando assim o faz, assume a figura cogente do Estado, passando então a ser a voz que proclama as sentenças e, ao mesmo tempo, mão punitiva do Estado.

Dessa forma, o Juiz não pode ser visto como mero cargo do Poder Judiciário, pois ele também é uma espécie de político, pois participa ativamente do processo de determinação e de imposição de comportamentos socialmente aceitáveis ou repreensíveis.

Contudo, não se pode confundir essa peculiar atuação política com a atuação político-partidária (o que é vetado aos membros da magistratura, conforme

determina o Estatuto da Magistratura Nacional (BRASIL, Lei Complementar 35, 1979)¹. Ao contrário, A sua participação visa muito mais influenciar a comunidade na qual está inserido, pois, em tese, deveria representar o cidadão modelo, um estereótipo de bom cidadão, civilizado, educado e politicamente comprometido com o estar social. (BENETI, 2003, p. 151)

Assim, o que se espera de um magistrado, além de uma postura exemplar e de um necessário zelo pela comunidade, é a demonstração de que está preparado para o desempenho de suas atividades. Não é possível admitir a existência de magistrados despreparados ou displicentes. A própria forma de ingresso na magistratura (por meio de concurso público, aliás, um dos mais concorridos e criteriosos do País) é fundamental para estabelecer um padrão mínimo de conhecimento e de comportamento, bem como para averiguar se o magistrado se encontra apto para exercer a função.

Aliás, a forma de ingresso na magistratura é assunto muito importante, tanto é que ganhou tratamento constitucional², restando estabelecido, como critérios mínimos para a investidura na função, ter o candidato no mínimo três anos de experiência em atividades jurídicas e a prestação de concurso público de provas, títulos, avaliações psicológicas e estudo da vida pregressa, tudo regulamentado por Lei Complementar (Estatuto da Magistratura).

E, mesmo que se espere que o Magistrado esteja intelectualmente bem preparado para o exercício de suas funções, não será apenas a eloquência das suas palavras em despachos ou sentenças, ou a sua erudição ao falar para a sociedade

¹ Art. 26 - O magistrado vitalício somente perderá o cargo (vetado):

[...]

II - em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses seguintes:

[...]

c) exercício de atividade político-partidária.

² Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

[...]

que determinarão o que se deve esperar, fundamentalmente, de um juiz no cumprimento das suas funções (CALAMANDREI, 1995, p. 171).

Mas sim, se deve esperar do magistrado é que ele seja justo e correto. Assim sendo, será brilhante. Isso porque a função que carrega consigo tem um objetivo prático e intangível: o de perpetrar a paz social, a justiça e a segurança jurídica entre os homens. Será passível de elogios aquela decisão que, por mais simples que se apresente, consiga realmente alcançar esse objetivo (CALAMANDREI, 1995, p. 171).

As considerações feitas por Beneti quanto à função do juiz e o objetivo da sentença são importantes para a construção da responsabilidade social da magistratura, especialmente quando afirma que:

O juiz não é o profissional instituído para tecer brilhantes considerações literárias, doutrinárias ou de erudição. Pode ele ter também conhecimentos que o alce à condição de doutrinador, mas para isso, em princípio, deverá procurar outros campos de atividade, que não o jurisdicional. Fará concursos, defenderá teses, exercerá atividade docente permitida. O processo, entretanto, não é destinado a esse tipo de preocupação, conquanto a fundamentação seja sempre necessária. No processo, a tônica deve ser decidir e executar, razão pela qual, aliás, é preciso pensar, a cada decisão, já na maneira de execução segura. (BENETI, 2003, p. 13)

Toda essa questão quanto à erudição ou ao conhecimento dos magistrados cresce de importância quando se está diante de casos em que o autoritarismo do julgador toma conta da sua atuação, deixando de apreciar o caso que lhe está posto sob a ótica legal, ou seja, deixa de julgá-lo a partir das normas estatuídas (e previamente determinada pelo processo legislativo devidamente instituído), passando a julgá-lo tão somente a seu contento, impondo as suas convicções como se fossem verdades absolutas.

São aqueles casos extremos em que o julgador literalmente abandona o seu papel imparcial de voz de Estado e passa a 'advogar' em prol de uma causa que entende devida ou que melhor lhe convém. Ou seja, são os casos em que ocorre o famigerado protagonismo judicial, criado para justificar esta conduta e que será adiante explorado e combalido.

Por outro lado, isso não quer dizer que a sociedade poderá exigir do magistrado uma postura como a do juiz Hércules desenhado por Dworkin em sua

obra *O império do direito* (2014, p. 286), em que é descrita a figura de um juiz metódico, criterioso, de capacidades infinitas e de paciência além da humana, que, ao julgar, perpassa por uma série de questionamentos, pondo à prova cada uma das suas interpretações antes de julgar em caráter definitivo o caso que lhe é posto a apreciação, afastando de seu convencimento todos os elementos que possam desvirtuar a sua função ou desestabilizar o sistema normativo.

Essa postura é impossível, seja pela quantidade de demandas sob sua responsabilidade (que só crescem em número e em complexidade), seja pela necessidade de tornar o processo de julgamento mais célere e efetivo. Mas o mínimo que se espera do magistrado é que este respeite as normas vigentes, aplicando o direito de forma célere, justo e eficaz.

Mas, na outra extremidade desse pensamento, é impossível mensurar se realmente existem juízes que se julguem infalíveis, ou, que julguem os seus conhecimentos como supremos e infindáveis; porém, se assim existem, deve-se reconhecer que o próprio sistema, os costumes forenses e a consciência social o induzem a essa crença. Essa tentação é alimentada pelo próprio Poder Judiciário, que é responsável por inflar o seu orgulho e muitas vezes o elevar acima do próprio sistema (CALAMANDREI, 1995. p. 61).

Todos esses fatores fazem com que os juízes sintam-se como verdadeiros “heróis sociais”, como “paladinos da justiça” quando na verdade, são eles, assim como qualquer outro funcionário público, meros instrumentos para a execução de um serviço público essencial a continuidade da democracia no Brasil.

A junção destas posturas autoritárias conduzem a magistratura, muitas vezes, a tomar decisões ao arrepio da lei. E o que é pior, conduz a uma diversidade de interpretações para casos idênticos, criando entre jurisdicionados uma aura de desconfiança e incerteza, pois em casos idênticos o direito reconhecido para um é negado para o próximo, criando perplexidades entre os cidadãos, que ficam à mercê das convicções do julgador. E, aparentemente, os magistrados ainda não compreenderam que essa falta de unidade jurisprudencial é que os torna desacreditados e desgasta não apenas o seu papel, mas também todo o Poder Judiciário, perante a sociedade (BENETI, 2003, p. 204).

A mesma comunidade que 'endeusa' o magistrado desconfia e desacredita da sua conduta toda vez que não lhe é dado um tratamento ao menos semelhante aos dos demais cidadãos.

Garapon dá vários nomes a essa atuação dos juízes: governo de juízes, ativismo judicial, protagonismo judicial ou mesmo justiça redentora (1996, p. 54), mas independentemente da denominação que lhe é atribuída, essa conduta põe em risco a própria democracia e muitas vezes a soberania do Estado, pois nesses casos um funcionário público (o magistrado), diante da sua pretensa irresponsabilidade (aparentemente concedida pelo próprio sistema social, mesmo que prevista na legislação), está a agir de modo a usurpar a função e as competências dos demais poderes.

Assim, o que se espera de um magistrado é que ele, ao julgar, respeite a democracia, a separação dos Poderes e que tenha uma conduta exemplar na sociedade em que está inserido. Tudo o que vá além disso pode e deve ser considerado como ato volitivo do ser humano juiz e jamais como vontade do Estado, e toda conduta que fique aquém desse padrão deve ser vista como desídia na execução das suas funções, e portanto, em ambos os casos, e ao menos em tese, ser passível de responsabilização.

2.2 O PROTAGONISMO DO MAGISTRADO

Dentre as diversas denominações apresentadas por Garapon (1996, p. 54) para descrever o atual estágio de atuação voluntariosa e liberta dos magistrados, o termo 'protagonismo judicial' aparenta ser aquele que melhor descreve o fenômeno e as suas consequências negativas para a sociedade, para o Direito e para a democracia, motivo pelo qual foi escolhido para guiar as considerações no presente estudo.

Posta e definida a questão terminológica, deve inaugurar esta análise a consideração de que o magistrado não está totalmente liberto quando exerce a sua função, ao contrário, encontra uma série de restrições à sua atuação, não provinda diretamente da lei, com a cominação de sanções, mas sim, decorrente da sua

obrigação moral para com a sociedade, interessada no bom desempenho da sua função. Nesse contexto, é importante examinar o fenômeno do protagonismo judicial, que vem cada vez mais ganhando espaço no Poder Judiciário e nos noticiários nacionais, não para fazer-lhe críticas rasas, mas sim, para elucidar as suas consequências tanto no processo de tomada de decisão pelos magistrados, quanto para a democracia.

O termo 'protagonismo' é utilizado nos escritos literários para designar a personagem principal de uma narrativa ou de um drama, seja ela um herói ou um anti-herói. Ademais, é ao redor da personagem principal, do protagonista, que se desenrola toda a trama, e também é de suas ações que, direta ou indiretamente, encadeiam-se todos os acontecimentos e o destino das demais personagens na trama literária (TRINDADE. 2012. p. 109).

O cenário jurídico brasileiro apropriou-se desse termo mantendo o seu significado originário, mas acrescentando o sufixo ismo (que pode indicar tanto a intoxicação de um agente quanto um movimento social ou ideológico) e o adjetivo judicial, para então criar a expressão protagonismo judicial, utilizado para indicar um sistema, ou melhor, um movimento ideológico, em que a personagem principal é o magistrado (TRINDADE. 2012. p. 109).

Ao contrário de uma romance, em que o autor elege quem é a sua personagem principal de acordo com a história por ele criada e para atender aos fins da própria história, no contexto do protagonismo judicial o magistrado toma para si a responsabilidade de ser, ele próprio, o protagonista dos atos, o herói da sociedade e o criador da história. Não é a sociedade – a autora por excelência desse romance social – que lhe delega esse papel, mas sim a própria personagem – no caso, o juiz – que toma de assalto o lugar do autor e assume a tarefa de ser o protagonista. Esse fenômeno não é imposto ao magistrado, mas este, em razão de inúmeros fatores, acaba por assumir a dupla posição de ser, ao mesmo tempo, senhor e protagonista do enredo.

Ao explicar e contextualizar a origem desse movimento ideológico, que resultou na condução da figura do magistrados para o centro do poder, Toscano e Streck afirmam que:

[...] na figura do magistrado, a aposta no novo redentor que resgataria as promessas perdidas de uma modernidade que só ocorreu nos Estados centrais. Seria a toga o manto mágico do “salvador da pátria”, do guardião da moralidade. É o Messias. Mas fundamentado em quê? Eis o grande problema. (2016, p. 398)

Para compreender esse fenômeno, é necessário que sejam investigadas as suas causas e as suas consequências para o Direito, para a sociedade e para a democracia. Primeiramente, há de se considerar que o velho jargão jurídico de que a lei é a expressão máxima da soberania de um povo, expresso especialmente pelo conhecido Sistema Francês, já não se sustenta firme. Por esse sistema o magistrado não poderia exercer nenhuma influência sobre a Lei, mas tão somente se limitar a aplicá-la, na forma determinada pelo Poder Estatal Competente (GARAPON, 2001, p. 40).

Essa concepção, também conhecida como ‘legicêntrica’ do direito (que tem a lei com o cerne da sociedade organizada), vem sendo dizimada, em especial pela ocorrência de dois fenômenos diferentes, mas que guardam certas semelhanças. O primeiro deles é a crescente edição de textos legais mal redigidos e com péssimo conteúdo, o que permite a criação de amplos espaços para a interpretação (GARAPON, 2001, p. 40).

O segundo, é a opção pela formação de comunidades supranacionais, que põe em cheque não apenas a clássica soberania dos Estados, mas também alguns de seus textos legais. O colapso da visão novecentista do Direito, aliado às garantias dadas aos magistrados para que interpretem as leis, mediante a eleição de princípios considerados por eles superiores, oferecidos tanto pelos textos legais imprecisos e abertos, como é o caso da Constituição Brasileira, quanto pela proliferação de tratados internacionais, trazem um ar de permissividade à atuação dos magistrados, que se sentem não apenas libertos, mas também imbuídos de uma obrigação que constitucionalmente não lhes cabe, justamente a de protagonistas dos atos judiciais (GARAPON, 2001, p. 40).

Saliente-se que, de fato, o magistrado não está totalmente adstrito ao texto legal, pelo contrário, ele deve buscar formas de fazer cumprir a lei, contornando os pontos de discordância e de incongruência, invariavelmente presentes no texto legal, valendo-se, para tanto, de outros argumentos advindos de

dentro do próprio sistema legislativo nacional (fontes do direito) (BENETI, 2003, p. 41).

Tem-se, por exemplo, o caso do processo civil, em que o magistrado está autorizado por lei a percorrer caminhos diversos, desde que não vedados pela legislação, sempre que entender que este novo caminho irá encurtar a duração do processo, sem que isso traga prejuízos às partes (BENETI, 2003, p. 20). Tal afirmação deixa claro que há um espaço para que o magistrado exerça o seu papel, de forma livre, mas, sempre que assim o fizer, deve ter em mente o bem da sociedade, o respeito às normas e a proteção aos direitos dos litigantes e jamais os seus interesses, vontades ou concepções pessoais.

Aliás, o protagonismo judicial tem posto em crise a própria separação entre os Poderes do Estado, e a sua consequência mais expressiva tem sido a acentuada transferência das funções originárias exercidas pelo Poder Legislativo, em direção a Justiça Constitucional, a ponto de autores como Alexy falarem de uma 'onipotência dos Tribunais' (do alemão omnipotenz der Gerichte). Esse processo de deslocamento de poderes e de protagonismo dos magistrados pode ser considerado como uma severa lesão aos princípios democráticos (STRECK, 2013, p. 114).

Já Mendes destaca as influências negativas do protagonismo judicial para os jurisdicionados e para a própria credibilidade do Poder Judiciário, quando afirma que:

As decisões judiciais, dada a variação de entendimentos relativos ao livre convencimento, geralmente provocam a distribuição desigual de justiça para jurisdicionados, que experimentam conflitos semelhantes em suas vidas cotidianas. Tal situação, ainda que não afete internamente o campo jurídico brasileiro, não contribui para a credibilidade do Judiciário na nossa sociedade. A fragilidade do reconhecimento atribuído aos tribunais contribui para aumentar o afastamento entre o direito, a Justiça e a sociedade no Brasil. (MENDES, 2008, p. 197)

Aqui entra em discussão uma questão muito importante: o magistrado não pode deixar de julgar um caso posto à sua apreciação sob a alegação de que exista alguma lacuna na lei ou mesmo que de exista algum conflito entre leis vigentes. Mesmo nesses casos complexos e sem resolução aparente, o magistrado é obrigado a resolver o conflito (CYRILLO, 2007, p. 92).

E mais, ao julgar, o magistrado é obrigado a fundamentar a sua decisão, removendo tais incompatibilidades e as contradições encontradas no sistema. A fundamentação deve ser clara, fazendo com que a sociedade a tome como válida e legítima, cumprindo assim com as suas responsabilidades política e social, que serão trabalhadas adiante (CYRILLO, 2007, p. 92).

Nesse momento, os holofotes são necessariamente voltados ao magistrado, que deve, sim, resolver o caso, porém, jamais impondo as suas concepções pessoais e sim aplicando ao vazio legislativo as premissas sociais mais abrangentes, por meio da ponderação de princípios e de outras regras que possam suplantar o vazio ou resolver a contradição.

Como protagonista, o magistrado passa a ser o novo anjo da democracia, e toma para si um status privilegiado, do qual antes expulsou os políticos tradicionais, responsáveis pela prática da política partidária (GARAPON, 2001, p. 73).

Ou seja, o magistrado inverte as posições na missão salvadora da democracia, coloca-se em posição de domínio, e de intocado pela crítica popular. Para tanto, usa como combustível a própria crise e o descrédito dos demais Poderes e de seus integrantes. Não cresce por seus méritos, mas sim, ocupa o espaço que restou vago pelo descrédito nos políticos. Dessa forma, a justiça cumpre a sua premissa de despolitizar a democracia ao afastar dela os interesses político-partidários, o que nem sempre é valioso (GARAPON. 2001. p. 74).

Como já referido, esse movimento ideológico (protagonismo judicial) não surge necessariamente da qualidade do trabalho dos magistrados e nem mesmo decorre automaticamente de seu cargo, mas, sim, nasce e cresce diante da crise vivenciada pelas demais instâncias públicas e pelo descrédito de seus representantes, em especial, do Poder Legislativo.

Oliveira (1997) ao tratar do protagonismo judicial e da aparente irresponsabilidade dos magistrados, questiona a postura dele próprio enquanto juiz, questionando:

Seria fácil atribuir a culpa pelos males brasileiros ao Executivo e ao Legislativo e esconder-nos sob a capa da irresponsabilidade, uma vez que nada administramos, nada legislamos. Mas, volto a indagar,

será essa a postura correta de alguém que tem privilegiada posição social e status de intelectual no Brasil de hoje?

A questão é que a sociedade espera do magistrado uma postura serena, sem vícios, dotado de elevadíssimo nível de saber, do que decorre a conjectura de que em um juiz se traduz uma figura quase mítica, cuja aura quase sagrada, mas que entretanto, tem perdendo espaço e sido revista, ao menos perante os segmentos sociais com maior nível de desenvolvimento político e intelectual (ANDRADE, 1992, p. 46).

Em contrapartida, nos estratos sociais menos favorecidos e, especialmente, nas áreas rurais, essa visão mitificada da magistratura ainda encontra espaço considerável no imaginário popular (ANDRADE, 1992, p. 46).

A par disso, a magistratura nacional ainda luta pela manutenção de seus vencimentos superiores ao limite do teto legal dos salários do servidores públicos, por entenderem que “os juízes não podem ser tratados como meros servidores públicos, porquanto são servidores públicos especiais, uma vez que encarnam o exercício do poder jurisdicional do Estado” (RIBEIRO, 1997, p. 42), ou mesmo, de verbas ilegais (como é o caso do auxílio moradia ou do auxílio transporte por exemplo), que restaram excluídas do teto legal, por força do disposto no art. 4º da Resolução 42/07 do CNJ³, e que afrontam o disposto no art. 37, XI e XII da Constituição⁴.

³ Art. 4º Ficam excluídas da incidência do teto remuneratório constitucional as seguintes verbas:

I - de caráter indenizatório, previstas em lei:

- a) ajuda de custo para mudança e transporte;
- b) auxílio-alimentação;
- c) auxílio-moradia;
- d) diárias;
- e) auxílio-funeral;
- f) auxílio-reclusão;
- g) auxílio-transporte;
- h) indenização de férias não gozadas;
- i) indenização de transporte;
- j) licença-prêmio convertida em pecúnia;
- k) outras parcelas indenizatórias previstas em lei e, para os magistrados, as previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional de que trata o art. 93 da Constituição Federal.

Ademais disso, alguns magistrados buscam a aprovação social por meio de julgamentos duvidosos e populistas em casos emblemáticos e midiáticos, e não em razão do seu trabalho cotidiano, que não lhes traz mídia e visibilidade social, mas apenas a satisfação do dever cumprido.

Paradoxalmente, é justamente a camada da sociedade com elevados índices de desenvolvimento social, econômico, político e cultural, que tem incentivado o Poder Judiciário a tomar para si o protagonismo das ações, sendo que é justamente esse o segmento que não enxerga no magistrado um dom sagrado. Isto porque vêm a posição do magistrado como estratégica para alcançarem os seus objetivos particulares. O magistrado que se vislumbra diante do poder econômico e/ou político, acaba por utilizar o seu cargo em desacordo com a sua função.

Tal protagonismo pode ser exercido seja tomando decisões neutras e distantes dos reais problemas sociais, o que se pode chamar de respostas processuais surgidas a partir da simples aplicação do deducionismo lógico-formal, decorrentes do próprio sistema jurídico (LEAL, 2007, p. 21), seja, ao contrário, pela tomada de decisões nascidas no extremo oposto do deducionismo lógico-formal, por meio de atos ativistas e voluntariosos, na tentativa de resolver alguns dos problemas da sociedade ou de parte da sociedade (LEAL, 2007, p. 21).

⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

XII - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;

Nessa posição de protagonistas, os magistrados passam a usar o seu poder – jurídico, político e social – para alcançar, por meio de suas decisões, determinados resultados em consonância com seus propósitos políticos, morais ou ideológicos individuais, os quais não coincidem, necessariamente, com os propósitos democraticamente estabelecidos pela vontade popular e que, tradicionalmente, deveria ter como porta-vozes os representantes eleitos para o Poder Legislativo, jamais os funcionários encarregados de interpretar e aplicar as leis previamente estabelecidas pela representação democrática popular.

Eis o grande problema decorrente desse protagonismo, tendo em vista a proliferação de decisões judiciais que em nada, ou em quase nada, refletem as legislações democraticamente aprovadas pelos Poderes Legislativos Federal, Estadual ou Municipal e que não contribuem para o desenvolvimento da sociedade e ainda ofendem a segurança jurídica.

E, para além disso, em muitos casos não se tem sequer uma fundamentação correta e coerente das decisões judiciais, conforme já alertara Calamandrei:

Mais do que os virtuosismos cerebrais da dialética, os juízes fiam-se na sua sensibilidade moral e quando são obrigados a encher de argumentos jurídicos as razões das suas sentenças, consideram essa tarefa como um luxo de intelectuais desempregados, visto estarem convencidos de que, desde que aquela sua íntima voz da consciência tenha falado, já não são precisos argumentos racionais. (CALAMANDREI, 2013, p. 127)

Ao proferir uma decisão, o magistrado está efetivamente exercitando a sua função pública, agindo em nome do Estado e para o Estado, de forma a cumprir com a sua obrigação dentro da complexa engrenagem social, tendo como finalidade a manutenção e o desenvolvimento da soberania e da democracia nacional. Ao decidir, o magistrado jamais poderá desqualificar e preterir as convicções de toda uma nação, pois fala em nome de seu Estado, de seu povo, e jamais em seu próprio nome (ALEXY, 2005, p. 41).

Não há dúvida de que o magistrado pode ser visto como um exemplo, como o profissional encarregado de fazer justiça (mesmo que esta concepção tenha sido praticamente abandonada, diante do tecnicismo e formalismo processual, que obrigam os magistrados a proferirem sentenças em linha de produção). Também

pode ser visto como o 'guardião das garantias constitucionais', como um cidadão atuante, como um aplicar ou como crítico das leis que aplica, ou ainda como uma pessoa capaz de resolver as iniquidades que a aplicação desidiosa poderia acarretar, ou simplesmente como o agente que pugna pela melhoria dos sistemas jurídicos e sociais. Cada pessoa, ou grupos de pessoas, elege uma forma de ver o magistrado, mas o importante é entender que cada um desses pontos de vista pode conduzir a uma forma diversa de ver a magistratura, as suas funções e a suas responsabilidades (BENETI, 2003, p. 9).

Mas, independentemente da forma que seja visto o magistrado, não há dúvida de que a sua atuação deva ser efetivamente limitada, tanto pelas normas vigentes quanto pelos interesses da sociedade, último controlador da atividade dos magistrados.

Aqui é possível observar um paradoxo do protagonismo do magistrado. Ao proferir a sua decisão, o magistrado deveria ter em mente a possibilidade de que seus familiares, amigos, leigos ou técnicos, pudessem compreendê-la quando divulgada na íntegra em telejornais, ou transcrita em jornais ou revistas, sem que isso lhe causasse qualquer tipo de constrangimento ou mesmo gerasse reprovação de ordem técnica. Se, ao terminar de redigir a sentença, o magistrado imaginar ter conseguido alcançar esse objetivo, poderá considerar o seu trabalho finalizado, e mais, estará diante de uma boa sentença, ainda que redigida com simplicidade, e destinada apenas a encerrar-se nos autos do processo, e permanecer nos arquivos judiciários, tendo para si apenas tão apenas o orgulho do dever cumprido (BENETI, 2003, p. 114).

O magistrado jamais deve ter a pretensão de que uma decisão alcance as páginas dos noticiários por ser diferente, inovadora, ou mesmo que o leve a se pronunciar em cadeia nacional midiática, pois este não é o objetivo da sua função. O magistrado, assim como qualquer outro funcionário público, deve pautar a sua conduta tendo em vista o bem da sociedade que paga o seu salário e o Estado a quem representa.

O mais intrigante nesse fenômeno, e que merece novo destaque, é o fato de que o protagonismo judicial não cresce por mérito próprio dos magistrados, mas sobretudo por demérito das instituições políticas clássicas, gerado tanto pelo aumento do desinteresse da população pela política tradicional quanto pelos

constantes escândalos de corrupção que tomam a sociedade de assalto (GARAPON. 2001. p. 48).

Neste cenário, o magistrado é tido como um herói, imparcial e descompromissado partidariamente, cuja atuação se torna uma forma de compensar o déficit democrático nacional, e suas decisões surgem diante da necessidade de uma nova referência democrática simbólica, antes ocupada pelos políticos, mas que foi perdida ao longo dos anos. De outro lado os Poderes Legislativo e Executivo se encontram enfraquecidos, sempre preocupados com as próximas eleições e com projetos políticos de curto prazo, submissos à opinião pública, aos meios de comunicação e ao próprio Poder Judiciário (GARAPON. 2001. p. 48).

E, por fim, ainda há por destacar, como causa desse protagonismo, a existência de uma população indiferente aos problemas nacionais, preocupada tão somente com as suas questões particulares, mas exigentes quanto à atuação das instituições públicas, sempre na expectativa de receber do agente político aquilo de que necessita (GARAPON, 2001. p. 48).

Contudo, observando a necessidade de certa independência da magistratura, Dalari destaca a importância de se questionar até onde ela pode ir e a sua importância para o desenvolvimento da democracia, afirmando que:

A discussão sobre a independência da magistratura aparece com frequência ligada às questões da liberdade, da justiça social e da democracia. Isso faz pressupor a existência de um papel político da magistratura e torna importante uma reflexão sobre sua independência, as razões pelas quais se deseja que ela seja independente e para que objetivos ela deve utilizar a independência que lhe for assegurada. A par disso, é igualmente importante não perder de vista as circunstâncias sociais e políticas que caracterizam este momento da história brasileira e latino-americana em especial, porque nesse contexto existem peculiaridades de extrema importância, que devem ser consideradas no exame da exigência de independência da magistratura e das dificuldades que aí estão implicadas. Além disso, é importante identificar e enfatizar os obstáculos à independência da magistratura: que se opõe a ela, como e por quê? (DALLARI, 2007, p. 47)

A magistratura jamais deveria ter buscado essa posição de protagonista social, deveria sim, reconhecendo a importância da sua função, proporcionar segurança e estabilidade jurídica para que os jurisdicionados (verdadeiros protagonistas da história social) pudessem se desenvolver, sempre visando à

proteção e a promoção da democracia. Em uma sociedade segura e estável, o número de processos judiciais tende a diminuir o que, por sua vez, favoreceria o próprio trabalho dos magistrados. Nesse contexto, é fundamental que se prossiga o presente estudo, agora, analisando a conduta do magistrado ao decidir.

2.3 A CONDUTA DO MAGISTRADO AO DECIDIR.

A observação do fenômeno do protagonismo judicial exige uma análise profunda da conduta do magistrado ao decidir os casos postos à sua apreciação. Isso por que a decisão é o escopo da atuação do magistrado e a sua principal forma de comunicação com os jurisdicionados.

Importante considerar que o magistrado não exaure o seu dever sem antes fazer justiça (seja ela formal ou material), bem como o seu trabalho não se encerra com o ato de decidir o caso concreto. Deve ele decidir de forma a garantir a correta execução do seu julgado, a definitiva resolução da contenda, e o posterior arquivamento do feito, pois é isso que os jurisdicionados busca e esperam e é esse o motivo pelo qual o Estado exerce a função jurisdicional e aparelha o Poder Judiciário (BENETI, 2003, p. 13).

Além do mais, sempre se espera que o magistrado, ao agir, faça-o com o intuito de zelar pela dignidade do Poder Judiciário, jamais deixando-se tomar pelo comodismo, pela indiferença ou ainda pela soberba (BENETI. 2003. p. 24). Nesse contexto, a atuação do magistrado confunde-se com a atuação do próprio Estado, intervindo para solucionar os litígios dos jurisdicionados, que dificilmente os conseguiriam resolver sem que sobreviessem desfechos dramáticos.

Essa representação do Estado pela figura do magistrado, e a importância de que o próprio juiz consiga entender essa tênue linha que divide a sua ação particular daquela realizada em nome do Estado, são destacadas por Dalari, quando afirma:

Mas o juiz não decide nem ordena como indivíduo e sim na condição de agente público, que tem uma parcela de poder discricionário, bem como de responsabilidade e de poder de coação, para a consecução de certos objetivos sociais. Daí vem sua força. Além de tudo, é o

povo, de que, ele é delegado, que remunera o trabalho do juiz, o que acentua sua condição de agente do povo. Esse conjunto de elementos já seria suficiente para o reconhecimento do caráter político da magistratura, mas existem outros fatores que reforçam essa conclusão. (DALLARI, 2007, p. 92.)

Porém, a acelerada transformação das relações sociais, que não mais conseguem ser acompanhadas pelo burocrático e lento processo legislativo nacional, faz com que os magistrados se deparem com casos complexos, em que a lei vigente já não é mais suficiente para resolvê-los. Nesses casos os magistrados são obrigados a encontrar amparo em outros elementos que não a lei nacional (leis estrangeiras, costumes, princípios gerais do direito entre outros), o que nem sempre é feito da forma adequada.

Isso por que, como já antes ressaltado, não podem os juízes se negarem a julgar os processos postos à sua apreciação, como também não podem, na medida do possível, decidirem de forma displicente, o que só traria ainda mais instabilidade social e deporia contra a segurança jurídica, pilar central de sustentação de qualquer sociedade democrática.

Talvez resida aqui o grande debate sobre a responsabilidade do magistrado ao decidir. Se, por um lado é legalmente determinada a sua obrigação de decisão, de outro, muitas vezes não encontra a devida sustentação da decisão nas normas. E este é o momento no qual o magistrado deveria, ao menos em tese, refletir sobre quais princípios, normas ou convicções deve respeitar.

A lei constitui o elo principal entre o positivismo, uma vez que supostamente deveria assegurar a ligação entre o ofício do juiz e a soberania popular. O juiz deveria ser apenas 'a boca da lei', segundo a célebre expressão de Montesquieu. Ora, esta lei tão essencial para a separação de poderes não é mais suficiente para guiar o juiz em suas decisões. Ele deve apelar para fontes externas antes de proferir as suas sentenças. A lei não se confunde mais com o direito: ela ainda guarda, certamente, uma importância essencial, mas não pode mais pretender fundamentar, sozinha, todo o sistema jurídico. (GARAPON, 2001, p. 40)

Diante desse novo paradigma da decisão, o que se espera do magistrado é que ele tenha ao menos segurança ao decidir, e que, portanto, não cometa erros decorrentes da sua desídia ou do seu desinteresse em buscar a correta fundamentação.

Jamais se deve esperar que o juiz detenha conhecimento universal, como quis Dworkin com o seu Juiz Hércules, mas se deve supor que, ao se deparar com uma situação que revele sua ignorância, ele busque estudar e compreender o direito envolvido, antes de decidir. Ora, a sociedade exige do magistrado responsabilidade e discernimento ao julgar, e exige também que sua decisão decorra e se fundamente em seus estudos, mas que jamais decorra de uma mera e leviana suposição, descompromissada e desprovida de uma fundamentação substancial (BENETI. 2003. p. 27).

Isso porque, quando o magistrado é posto diante dessas causas complexas, não respondidas pela simples aplicação da lei, ele se vê obrigado a criar “regras pessoais” (surgidas a partir de seus conhecimentos e estudos), e por isso é prudente que o magistrado estude muito antes de chegar à sua “própria regra”. É necessário que ele ouça juízes mais antigos (e com mais experiência), que consulte a doutrina especializada, a jurisprudência e também que observe o comportamento social da comarca onde está lotado (BENETI, 2003, p. 34).

É igualmente necessário que tenha humildade para perguntar a quem domine o assunto sempre que lhe surjam dúvidas. Enfim, é sempre melhor que o magistrado confesse a sua ignorância a alguém com mais experiência ou conhecimento do que arrisque o direito alheio, por meio de uma decisão ignorante ou presunçosa (BENETI. 2003. p. 34).

Contudo, mesmo que tecnicamente viável e que atendida pela grande maioria dos magistrados (o que é inegável), especialmente por aqueles que entendem a importância da sua função para o desenvolvimento da democracia, para outros tantos essa conduta proativa não é adotada, especialmente diante da mecanização dos julgamentos em decorrência do grande número de processos que superlotam o Poder Judiciário. Mesmo assim, deve ser destacada a importância da análise desse tema, pois somente a partir da criação de um *modus operandi* coletivo é que esses ideais poderão ser socialmente difundidos, e massivamente exigidos.

Aqui deve-se retornar a um assunto recorrente neste estudo: a influência das decisões dos magistrados para a sociedade. A sociedade exerce sobre o magistrado uma forma específica de controle, que decorre da sua responsabilidade social, ao mesmo tempo em que o magistrado deve ter claro que tem um dever para com a sociedade, pautada pelo respeito à democracia e a legislação nacional. Esta

intrínseca e não raras vezes espinhosa relação deve ser identificada e analisada de forma ampla, considerando não apenas a conduta do magistrado, mas também as formas com as quais a sociedade pode interagir e exigir o cumprimento das mais básicas funções do Estado.

2.4 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DO MAGISTRADO

O protagonismo judicial é, conforme se demonstrou anteriormente, uma realidade intangível, até porque a tradicional separação e o respeito entre os Poderes já não se sustenta firme como antes, razão por que, agora, passa-se a analisar a atuação do magistrado nesse contexto.

Para tanto, um específico ramo da responsabilidade do magistrado merecerá maior atenção e um maior aprofundamento de seus estudos: a responsabilidade social dos magistrados. Esta análise deve vir acompanhada de uma nova abordagem sobre as suas consequências – positivas ou negativas – para o desenvolvimento da democracia nacional.

O tradicional controle dos atos do Poder Judiciário, feito pelos Tribunais de Contas e Órgãos de Controle Interno já não são suficientes, até mesmo pelo fato de que, em última análise, as impropriedades cometidas serão julgadas por seus pares juízes (DALLARI, 2007, p. 77). Ou seja, não basta apenas o controle dos atos jurisdicionais da magistratura pela magistratura, é também necessário o exercício da fiscalização dos atos administrativos, praticados pelo Poder Judiciário, no exercício da tarefa de gestão.

Ministério Público e Advogados também fracassam nessa função fiscalizadora, pois não têm nenhum tipo de interferência nas decisões administrativas, sendo apenas ‘comunicados’ dessas decisões, quando já nada podem fazer. Portanto, é necessário o desenvolvimento de uma forma mais efetiva de controle das ações tomadas pelo Poder Judiciário e pelos próprios magistrados, para que não se sintam imunes (DALLARI, 2007, p. 77). Um controle que não seja exercido por certas ordens sociais, mas sim, que seja realizado por toda a sociedade, de forma esclarecida e organizada.

A responsabilidade social do juiz engloba todos aqueles casos em que o magistrado acaba por empregar os seus poderes de forma inadequada, bem como quando se mantém inerte quando deveria necessariamente agir (omissão). Porém, são casos específicos em que não é possível a aplicação de sanções de natureza jurídica, previstas na legislação (AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 12).

São casos em que o magistrado, ao agir, ou ao deixar de agir, acaba não observando os mínimos preceitos de ética, de moralidade ou de respeito para com a própria sociedade. Age com abuso de autoridade ou desvio de função, colocando-se acima da sociedade e da própria legislação, em afronta à democracia e muitas vezes depondo contra a segurança jurídica.

Nesses casos, a única punição imposta ao magistrado é a própria reprovação social de seus atos. Nessa modalidade de responsabilização, a atuação do magistrado é verificada pela crítica da sociedade, sem que haja qualquer tipo de punição, sem que haja prejuízo a sanções penais, civis ou administrativas, as quais não são da alçada social.

Não se trata de pressão popular para a tomada de decisões em determinado sentido ou privilegiando determinado movimento social ou político, mas sim, de uma verdadeira fiscalização popular quanto ao cumprimento de horários, boa administração do patrimônio e das finanças públicas, respeito às leis e a ordem pública, dentre outros exemplos.

Tais considerações levam à conclusão de que a responsabilização social do magistrado também pode ser caracterizada pela falta ou pela desatenção a qualidade na gestão dos serviços judiciais, ou seja, pela ineficácia na organização e na gestão das funções atinentes ao seu cargo. Nesse contexto, tornam-se pertinentes as lições de Nalini quando aponta a necessidade da formação dos magistrados para além do direito, tornando-os verdadeiros administradores das suas serventias:

É urgente intensificar o treino dos julgadores para ser também um bom gestor. Todos se dão conta de que a gestão é a maior deficiência do Judiciário. O juiz mais operoso, se não conseguir administrar a sua unidade e gerir fluxos e seu pessoal para a obtenção do melhor resultado, comprometerá a atividade-fim da Justiça. A incapacidade de absorver novas estratégias de gestão é a responsável imediata pela disfuncionalidade da justiça convencional.

Lamentavelmente, pouco ainda se faz para afastar a miopia administrativa de muitos dos responsáveis pelo comando dos inúmeros Tribunais. As Escolas da Magistratura já produziram bastante em termos de aperfeiçoamento jurídico. Necessitam abrir-se para as novas urgências. O juiz que só conhece direito será um profissional incompleto, de evidente insuficiência para bem cumprir a sua missão. (2011, p. 450)

A passagem acima salienta um elemento essencial para o entendimento do presente trabalho: a função do magistrado é central no Poder Judiciário, porém não é exclusiva, ou seja, o Poder Judiciário não existe (ou deixa de existir) tão somente pela existência da figura do juiz, mas sim, tem nele o seu ponto central e de expressão máxima.

Um juiz, ao mesmo tempo em que tem de ser um excepcional jurista, também deve ser um líder para a sua equipe, um gestor e um administrador, pois, não só dele depende o desempenho das funções jurisdicionais, como também tem a responsabilidade de exigir o cumprimento das obrigações de seus assessores, estagiários e serventuários. Há, ainda, uma outra faceta da responsabilidade social do magistrado, que pode ser considerada uma obrigação reversa, caracterizada pela sua obrigação, por meio das suas decisões e atos, de instruir a população quanto às leis e suas aplicações. Mais do que isso, a correta fundamentação das decisões é a única forma de elidir a arbitrariedade dos julgadores e de corrigir eventuais distorções das leis e de suas interpretações (CYRILLO DA SILVA, 2007, p. 85).

Nesta linha de raciocínio, deve ser reconhecido o caráter pedagógico que o magistrado exerce ao decidir. Toda vez que julga um caso e fundamenta os seus motivos de forma clara e substancial, acaba por auxiliar na educação da sociedade. “Cada julgamento, mas também cada conduta, é uma lição. Servidor do povo, sim. Mas, servidor qualificado, do juiz se espera um comportamento exemplar” (NALINI, 2011, p. 446). Esta função pedagógica inerente ao magistrado, tanto que não apenas as suas decisões tem função educativa, mas também as suas condutas são (ou deveriam ser) lições de cidadania e de respeito. (NALINI, 2011, p. 445)

O modelo democrático nacional, baseado na liberdade de expressão e na livre informação, favorece o desenvolvimento desse controle social da atuação do magistrado, permitindo que a população conheça e fiscalize a atuação dos juizes e dos tribunais (CAPPELLETTI, 1989, p. 47). Nesse mesmo sentido, DALLARI afirma que:

Nos últimos tempos a grande imprensa brasileira começou a se preocupar com as deficiências e mazelas do Poder Judiciário, passando a ficar mais atenta ao que nele ocorre, procurando conhecê-lo melhor e modificando sua tradicional postura de omissão e de temor reverencial quanto aos juízes. Passou-se a ter, então, farto noticiário, revelando o desperdício de recursos financeiros, gastando-se em coisas luxuosas e supérfluas quantias consideráveis, ao mesmo tempo em que faltam recursos para a ampliação dos serviços essenciais e a melhoria das instalações da primeira instância, a modernização do equipamento e outras coisas verdadeiramente relevantes para o aperfeiçoamento dos serviços judiciários. (2007, p. 78.)

A sociedade também deve estar atenta a outras falhas comuns cometidas pelo Poder Judiciário, como a prática do nepotismo, especialmente a figura do nepotismo cruzado, a utilização do cargo para fins de política partidária, a demora excessiva do magistrado em executar o seu trabalho e mesmo o desrespeito aos prazos legais e regimentais, sem que nada disso acarrete qualquer punição, cabendo a sociedade cobrá-la (DALLARI, 2007, p. 28).

Outra falha comum observável na magistratura é a falta de comprometimento dos magistrados com o horário de trabalho. Como já destacado, o juiz é um servidor público como qualquer outro. Contudo, como não há um controle rigoroso sobre as horas trabalhadas, e, em decorrência do aprimoramento dos processos eletrônicos, muitos magistrados deixam de comparecer aos fóruns diariamente, executando os serviços de suas casas, ou os delegando a um assessor, serventuário ou mesmo para um estagiário, o que não é só um descumprimento das suas funções, como acarreta prejuízos aos jurisdicionados.

Nesse contexto, a sociedade toma posse de sua função democrática de fiscalização da atuação do Poder Judiciário e da própria Magistratura. Cobrar efetividade, assiduidade, respeito aos direitos e garantias constitucionais e o bom uso do dinheiro e do patrimônio público, são bons exemplos do exercício desse poder social. Quando o magistrado compreende a importância dessa fiscalização, como a exigência de cumprimento de seus deveres, tem-se esculpida a responsabilidade social do magistrado.

Mesmo reconhecida a importância do tema, e o papel fundamental do magistrado na promoção da democracia, ainda há um grande embate a ser travado sob a perspectiva dos princípios constitucionais: de um lado se tem o dever de

prestar contas, dever este de cunho democrático e imposto a todos aqueles que detêm em suas mãos *múnus* de autoridade pública; e de outro lado se tem todo um meandro, no caso específico do Poder Judiciário, de garantias de independência de seus órgãos, com ênfase nos magistrados (CAPPELLETTI, 1989, p. 49).

Diante dessa dicotomia, a possibilidade de crítica à atividade judiciária, em especial em relação à conduta do juiz, fica sujeita a restrições sob o pretexto de que é necessário evitar pressões direcionadas à pessoa do magistrado que possam comprometer sua independência, que assim poderia ver-se coagido a julgar conforme essas pressões. Isso ocorre até mesmo em países em que a liberdade de expressão e de opinião encontra-se em um alto patamar dentro da escala de valores fundamentais e democráticos (CAPPELLETTI, 1989, p. 49).

E aqui se vê mais uma característica muito importante para a efetividade da responsabilidade social dos atos do magistrado, que se inicia pela liberdade de expressão, mas passa também pela criação de uma cultura democrática tanto para os magistrados, que devem aprender a prestar contas e a ouvir as críticas da sociedade, de forma a aprimorar o seu trabalho, quanto da própria população, que deve aprender a analisar, fiscalizar e criticar a atuação do Poder Judiciário de forma construtiva e fundamentada, pois de nada adianta o aprimoramento democrático do instituto da responsabilidade social da magistratura se a sua finalidade for desvirtuada pelo seu mau uso ou pela descrença da população na sua efetividade.

Essa responsabilidade decorre da relação direta entre o magistrado e a sociedade, e que se manifesta de várias maneiras, constituindo-se em verdadeiro modelo de controle difuso da atuação do Poder Judiciário. Mas para que realmente ocorra esse controle, é necessário que se garanta a publicidade das decisões e dos atos organizacionais dos Tribunais, que a sociedade se mantenha organizada e disposta a participar e promover o debate, seja ele técnico ou não, e que tenha condições de avaliar as condutas dos agentes públicos, mesmo que de forma leiga, tentando entender quais serão as consequências para o seu cotidiano (AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 13).

Esse é certamente o viés mais democrático do controle de atuação da magistratura, pois possibilita o exercício, pela sociedade, de um controle externo sobre a atuação do Poder Judiciário. Importante mencionar que esse controle jamais será capaz de mudar um comando sentencial, mas pode sim impor ao magistrado

um maior cuidado ao julgar, evitando-se assim a displicência ou mesmo o desrespeito à legislação e aos preceitos democráticos.

Mais do que isso, converte-se em uma garantia de que o magistrado não se valerá de seu poder de forma arbitrária, fazendo-o entender que o cargo que ocupa é dotado de responsabilidades intangíveis, as quais, quando não observadas, reverterem em prejuízos incalculáveis à sociedade, à democracia e ao próprio Poder Judiciário.

2.5 A RESPONSABILIDADE SOCIAL, A CONDUTA DO MAGISTRADO, O PROTAGONISMO JUDICIAL E A DEMOCRACIA: A ÍNTIMA RELAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS - À GUIA DE CONCLUSÕES.

Há uma profunda crise no processo legislativo de formação da legislação nacional, pois este já não consegue acompanhar a evolução da sociedade, seja diante das amarras impostas pelo processo de criação e a aprovação da lei (burocracia), seja pela ineficiência e incompetência de seus atores (vereadores, deputados e senadores), preocupados não só com o desenvolvimento do Estado, mas também com seus projetos pessoais.

Tal crise estende-se ao Poder Executivo e prossegue até o conturbado e superlotado Poder Judiciário, onde se encontra o magistrado, que, tomando para si o protagonismo das ações sociais, dada a inércia dos demais Poderes, passa a querer substituí-los na tarefa de ocupar o posto para solução de todos esses problemas.

Esta verdadeira crise, também é diagnosticada por Bobbio, quando o Autor trata das promessas não cumpridas da democracia (2000, p.34). Ao tratar das possíveis causas para que não fossem cumpridas, Bobbio atribui que “[...]as promessas não foram cumpridas por causa de obstáculos que não estavam previstos ou que surgiram em decorrência das ‘transformações’ da sociedade civil [...]” (2000, p. 46)

Isso porque a forma pela qual se estrutura organismos dentro do Estado foi concebida ainda no século dezoito, onde imaginava-se um ‘Estado mínimo’, ou seja, um Estado que seria pouco solicitado pelos cidadãos, até porque, apenas uma

pequena parte da população tinha reconhecido a garantia e a proteção dos seus direitos. (DALLARI, 2007, p. 1)

Bobbio ainda destaca 3 obstáculos que obstruem o desenvolvimento das Democracias. O primeiro, que o Autor denomina como “o governo dos técnicos”, decorre da necessidade da substituição do cidadão comum pelos especialistas, o que leva a substituição dos legisladores, pelos especialistas. (BOBBIO, 2000, p. 46)

O segundo obstáculo apontado é o “aumento do aparato”, caracterizado pelo crescimento do aparato burocrático do Estado, imposto do vértice da pirâmide para a sua base e, portanto, contrário a democracia. Mas, alerta o Autor que o surgimento deste ‘estado burocrático’, decorre da própria democracia e da evolução do estado mínimo, para o estado social. (BOBBIO, 2000, p. 47)

Por fim, o terceiro entrave apontado por Bobbio é o ‘baixo rendimento’, que está ligado ao aumento das demandas sociais, também decorrente do próprio processo democrático e a impossibilidade do Estado em dar as devidas respostas a estas demandas. (BOBBIO, 2000, p. 48)

E a tendência é a de que essa inadequação venha a se tornar ainda mais aguda diante do cada vez mais acentuado dinamismo social, não acompanhado pela organização política formal e pela burocracia dos órgãos públicos. É necessário um olhar reformador sobre os três Poderes, de forma que se tornem verdadeiramente democráticos, eficientes e consigam responder às demandas sociais atuais (DALLARI, 2007, p. 1).

Para que uma sociedade realmente seja democrática, é necessário que exista e seja respeitado um espaço político limitado por regras claras e procedimentos pré-determinados, capazes de garantir um verdadeiro e livre espaço de participação e de discussão entre todos os cidadãos. Também é necessário que a nação possa ser alcançada pelas ações governamentais de forma eficaz (LEAL, 2007, p. 37).

E é justamente nesse contexto, de existência de pressupostos mínimos democráticos, é que ganha importância a discussão entre a responsabilidade social e o protagonismo dos magistrados, pois, somente se poderá considerar a atuação do magistrado democrático após um amplo debate interno, primeiramente do próprio magistrado que deve, antes de qualquer coisa, conhecer a si mesmo, entender

verdadeiramente qual é a sua função dentro de uma sociedade democrática, e o caráter ideológico do seu trabalho, para só então se transformar em um operador jurídico orgânico, capaz de auxiliar no desenvolvimento da sociedade onde vive (ANDRADE, 1992, p. 41).

E, em um segundo momento, com toda a população, de forma a efetivamente expor o comportamento (efetividade, comprometimento e assiduidade, por exemplo) à crítica pública, fazendo assim um controle externo de seus atos. Veja-se o que diz Lyra a esse respeito:

A integração do juiz no seu verdadeiro papel não resulta somente do sistema de garantias, mas, sobretudo, da independência em relação a si mesmo. Como responsável pelo julgamento, precisa de segurança moral e não somente de irredutibilidade de vencimentos e de inamovibilidade. (19--., p. 9)

Aqui se retoma o que antes se afirmou no sentido de que a decisão do Poder Judiciária é sempre imposta, dado que “norma” criada por meio de decisão do magistrado, e, portanto, não tem origem verdadeiramente democrática, pois é criada por uma pessoa (magistrado) ou grupo de pessoas (tribunais), a partir de interpretações pessoais quanto às normas democraticamente criadas, estas sim, decorrentes do devido processo de discussão e aprovação e que devem sempre prevalecer.

Sarmiento destaca os perigos destas normas criadas pelo Poder Judiciário, decorrentes do sentimento de liberdade imposto pelo protagonismo judicial, afirmando que:

[...] é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico”. (2006, p. 200)

Torrano, em seus estudos sobre a relação estreita entre o respeito às normas e a democracia, coaduna com esta linha de raciocínio, especialmente quando afirma que:

Seguir o texto da lei é o único modo verdadeiro de honrar o pluralismo, a complexidade das relações sociais e a filosofia da possibilidade para utilizar expressão de Peter Habermas. Os resultados advindos do respeito aos limites semânticos e aos objetivos normativos implícitos podem agradar ou ferir o instinto de justiça tanto de conservadores quanto de progressistas: o comprometimento é com o texto da Constituição e das leis que passam no controle de constitucionalidade, e, especialmente diante de um documento jurídico supremo exaustivo como o nosso, nada garante que o texto trará, sempre, uma única visão de mundo predeterminada. O respeito à Constituição, em contextos democráticos, é o respeito ao texto legal elaborado pelos representantes do povo após debates públicos procedimentalmente regulados. (2015, p. 257)

Assim, revela-se flagrante a dicotomia entre o movimento do 'protagonismo judicial' e o respeito à democracia, pois, quando o magistrado toma para si a função de salvador social, acaba por usurpar os demais Poderes e as suas próprias competências constitucionais, pondo em risco a própria sociedade.

Não sobram dúvidas quanto ao fato de que o magistrado, ao julgar os processos postos a sua apreciação e ao administrar a estrutura do Poder Judiciário deve ajustar os seus valores aos valores da coletividade, mesmo diante da resistência e das objeções levantadas como a alegação de que é praticamente impossível apontar com exatidão a valoração dada pela coletividade quanto aos direitos postos em discussão, ou mesmo diante da baixa concretização dessas valorações, o que enfraqueceria a fundamentação das decisões (ALEXY, 2005, p. 41).

Nesses casos cabe ao magistrado, a partir das premissas sociais já impostas – normas em sentido amplo – fundamentar a sua decisão, apontado quais as premissas que desestabilizaram a balança para um lado ou para o outro e decidir de forma a contemplar os pressupostos que lhe são ofertados pela sociedade (ALEXY, 2005, p. 41).

Tudo isso apenas destaca ainda mais a importância da atuação do magistrado para o desenvolvimento da democracia, bem como do seu importante papel ao decidir e ao gerir o Poder Judiciário, de forma a contemplar a sua responsabilidade social.

A discussão entre a sua atuação, o protagonismo do seu papel, a fundamentação das decisões, as suas responsabilidades jurídica, política, social e o

desenvolvimento da democracia, não se encerra somente com a fixação de requisitos essenciais à sua conduta, mas também passa pela criteriosa análise dos fundamentos das suas decisões, da sua postura enquanto cidadão e, em especial, do cumprimento dos seus deveres enquanto agente público.

Em sentido análogo e destacando o processo de legitimação da figura do magistrado, ou melhor, de seu cargo pela sociedade, Nalini afirma:

Ao fundamentar toda e qualquer decisão, o juiz estará a 'prestar contas' à sociedade que o remunera, quanto aos fatores que formam o seu convencimento. Permitirá a qualquer pessoa acompanhar o seu raciocínio, aferir se ele se fundamenta no ordenamento e se não conflita com a intuição do justo que é imanente à comunidade nacional. Essa é uma efetiva forma de legitimação. Mas, ao cumprir sua missão com observância de todos os deveres impostos a uma prestação estatal revestida de simbolismo e de sensível expectativa de conduta, o juiz também auferirá o consentimento da comunidade a que serve. (2011, p. 445)

As decisões devem ser claras e plenamente exequíveis, pois pouco adianta às partes uma sentença complexa e bela, ornada com citações em diversas línguas, acompanhada de teatrais passagens doutrinárias que pouco ou quase nada dizem a elas, pelo contrário, o que importa às partes é saber de forma clara o seu direito ou a sua obrigação (BENETI, 2013, p. 13). Tudo isso respeitando a duração razoável do processo – o que só pode ocorrer se o magistrado, efetivamente, for assíduo e responsável em sua função – e observando as necessidades de conhecimento e justiça das partes envolvidas.

Ainda tem-se muito a evoluir na discussão sobre a atuação do Poder Judiciário, isso porque grande parte da crítica é de corte raso, limitando-se à discussão entre aqueles que, simplesmente aceitam o ativismo, contra aqueles que o abominam, independentemente do seu conteúdo. É necessário ir além nessa discussão, de forma a questionar os fatores ideológicos que envolvem a prestação jurisdicional e de se descobrir a real função do Poder Judiciário, bem como quem realmente está se beneficiando de sua atuação. (ANDRADE, 1992. p. 49).

O bom julgado é aquele que encontra um harmônico equilíbrio, expondo a sensibilidade do magistrado ao caso em discussão, mas também o tornando compreensível a todos que porventura venham a ler o seu escrito, sejam eles técnicos ou leigos. Mas também é necessário que consiga influenciar no retorno de

credibilidade do magistrado, de forma a compor um ser difuso e etéreo, mas conhecido como a consciência jurídica da sociedade afetada pela decisão (BENETI, 2003, p. 114).

Essa também é a posição adotada por Oliveira quando expõe o conflito moral sofrido durante o período em que exerceu a magistratura, afirmando:

Há muito tempo tenho estado em luta comigo mesmo e tenho estado em – digamos assim – crise funcional sobre qual a finalidade de meu serviço, de minha atividade, de minha responsabilidade como juiz, homem e cidadão. Pensei que por algum tempo ficaria divorciado de meu compromisso de cidadão. Pensei que, como juiz, não me devida importar com o povo. Simplesmente, entendia que tinha um só compromisso – com minha consciência e com a lei que devia aplicar. Você, povo, não tinha importância. Você era indiferente. Se você aplaudisse ou reprovasse, isso era irrelevante. Eu queria saber se aplicara a lei. Isso era fundamental. Pensei, então, que o juiz nazista, o fascista, o da África do Sul e o da União Soviética anterior à separação também procediam como eu. Isso porque você não contava. (1997, p. 73)

Posta toda esta discussão, é possível afirmar que o Poder Judiciário é um espaço privilegiado em que os cidadãos podem exigir o devido respeito à democracia, uma vez que oferta aos cidadãos a possibilidade de demandar contra os seus governantes, exigindo que esses respeitem as premissas legais, especialmente as constitucionais, em pé de igualdade (GARAPON, 2001, p. 49).

De outro lado, quando eleitos os magistrados como novos heróis da democracia, e a eles são submetidos todos os conflitos da vida moderna, a consequência é uma desvalorização do próprio papel do cidadão enquanto agente político, o tornando um mero consumidor, um telespectador ou simplesmente um litigante. Esse processo pode encaminhar a sociedade a ser dependente de uma nova ordem clerical de poder, agora comandada pelos magistrados, que podem, invariavelmente, confiscar a soberania para si, e distribuí-la somente aqueles mais hábeis na negociação e em conseguir os seus direitos (GARAPON, 2001, p. 62).

A efetivação da responsabilização social da magistratura, por meio do controle dos seus atos pela sociedade, influenciará até mesmo no desenvolvimento das responsabilidades políticas e jurídicas que serão tratadas no capítulo seguinte. Os magistrados, ao sentirem-se fiscalizados, certamente terão mais zelo ao agir, e entenderão que o Poder Judiciário não lhes pertence, mas sim que são apenas

funcionários e que devem zelar pelo bom andamento dos trabalhos e pelo cumprimento das suas funções constitucionais.

Assim, a responsabilidade social do magistrado não se encerra, simplesmente, na sentença, mas é integrada também com o bom cumprimento das suas funções enquanto funcionário público e gestor da sua unidade judiciária, do cumprimento da sua obrigação de educador social e do abandono da sua posição de protagonista que, como visto, é contraditória com o próprio sistema democrático.

O entendimento desses conceitos básicos conduzirão os próximos capítulos, em especial para a compreensão da responsabilidade jurídica dos magistrados sempre que a sua conduta vier a causar injustificados prejuízos aos jurisdicionados, o que será explorado no último capítulo deste trabalho.

3 A RESPONSABILIDADE POLÍTICA DO MAGISTRADO

Já analisadas as implicações e os benefícios da responsabilidade social dos magistrados para a proteção e o desenvolvimento da sociedade e da democracia, uma vez que se pretende, efetivamente, limitar, fiscalizar e conscientizar a atuação dos magistrados, através da efetiva participação dos cidadãos enquanto fiscais da sua atuação, cabe agora uma análise mais profunda da sua atuação, em especial, das suas decisões, expressão maior da atuação da magistratura. Em especial, este estudo pretende analisar a fundamentação das decisões, o seu viés democrático e constitucional, para conduzir a estruturação da responsabilidade política dos magistrados.

Isto porque o magistrado é um importante agente político, detentor que é de um amplo poder social. Tão amplo que a sua atuação pode determinar os rumos de toda uma sociedade, conduzindo-a ao desenvolvimento social e econômico, como também subjugá-la ao um sistema autoritarista (um dos grandes riscos decorrentes do protagonismo judicial e da falta de controle da atuação da magistratura), o que justifica a necessidade da sua análise e discussão.

Não se pretende fazer a discussão da responsabilidade política tradicionalmente conhecida, qual seja a que tenha por objeto delitos administrativos e as suas conseqüentes penalizações administrativas, mas sim, a partir dos escritos de Dworkin, entender essa responsabilidade política como sendo a obrigação que o magistrado tem de bem julgar os casos postos à sua apreciação, aplicando corretamente as normas instituídas e respeitando os limites impostos pela separação constitucional entre os Poderes.

3.1 O DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES.

Antes de se adentrar propriamente no exame da responsabilidade política da magistratura, é necessário que sejam devidamente analisadas as questões pertinentes à fundamentação das decisões. As considerações feitas no capítulo anterior quanto à conduta do magistrado ao decidir e o seu protagonismo são importantes para situar o leitor de que não basta que o magistrado meramente

julgue o caso posto à sua apreciação, dando uma solução favorável ou desfavorável à parte suplicante.

É necessário, mais que isso, que ele fundamente as suas decisões, tanto para possibilitar que a parte sucumbente possa interpor o seu recurso de forma fundamentada, apto a reformular a decisão, quanto para que a parte vencedora saiba efetivamente o porquê de sua vitória, restabelecendo a segurança e a estabilidade das relações sociais, perdida no curso da demanda.

Como destacado no capítulo anterior, é por meio da fundamentação das decisões que o magistrado poderá cumprir o seu papel enquanto educador social (um dos pressupostos da responsabilidade social da magistratura), esclarecendo à sociedade quais os padrões de conduta que deve seguir, tornando compreensível a aplicação dos direitos.

Não é diferente o posicionamento adotado por USTARROZ, ao destacar a importância democrática da função do juiz para o desenvolvimento do estado democrático de direito:

Ao conduzir o processo, o magistrado, como participante do poder estatal, exerce jurisdição. Por isso, no momento em que uma sentença é prolatada, mais do que a vontade da pessoa-juiz, naquele ato está presente um interesse público. Para constatar a importância desse fenômeno, basta observar que, caso a decisão não seja atacada por recurso competente, ela transitará em julgado, tornando-se imperativa e indiscutível em relação processual futura. Por conseguinte, uma decisão somente realizará o ideal de um Estado democrático, através da legitimidade de sua prolação, verificada concretamente por sua fundamentação. (USTARROZ, 2003, p. 135)

No Brasil, o dever de fundamentar as decisões é imposto tanto aos magistrados quanto a todos os demais órgãos da administração pública, direta ou indireta, e foi firmado como norma pela Constituição Federal de 1988, pois, até então, sempre havia sido exigido apenas pelos códigos de processo.

Em especial, o artigo 93, incisos IX e X⁵, da Constituição Federal, buscaram estabelecer um sistema de garantias às partes envolvidas no litígio, para

⁵ Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

que possam ter um verdadeiro conhecimento sobre quais os fundamentos que efetivamente levaram o magistrado a decidir daquela maneira. O texto constitucional é claro ao afirmar que todas as sentenças desprovidas de fundamentação são nula, uma vez que não é aceito o julgamento por convicção íntima ou por razões não públicas (como será visto adiante).

Além de ser uma fundamental e indiscutível garantia constitucional, a obrigação de fundamentação das decisões é também uma garantia de cunho processual, que permite que as partes analisem, a partir de critérios específicos, se realmente será eficaz a interposição de recurso, ou, ainda, permite que os próprios juízos coletivos possam mais facilmente entender os fundamentos pelos quais lastreou-se o julgador singular.

Sérgio Nojiri, ao enfrentar o tema do dever de fundamentação das decisões, afirma-o como sendo uma função inafastável do Estado e também como uma garantia aos jurisdicionados:

O dever de fundamentar as decisões judiciais, ao mesmo tempo em que é um consectário de um Estado Democrático de Direito, é também uma garantia. Quando o jurisdicionado suspeitar que o magistrado decidiu contra a lei, desrespeitando direitos fundamentais ou extrapolando as suas funções institucionais, deverá buscar na fundamentação da decisão subsídios para aferir a qualidade da atividade jurisdicional prestada. E a inserção desta garantia no texto constitucional é da maior relevância. (2000, p. 70)

A previsão constitucional da matéria transparece certeza em sua aplicação, seja diante da clareza do texto constitucional ou mesmo, diante da simples consideração da eleição de tal regra como matéria constitucional, o que já denota a sua importância para o Estado Democrático de Direitos, mas pode haver espaço para a discussão entre esse verdadeiro e constitucional dever de

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

fundamentar a decisão e o poder que detém o magistrado, suscitando os mais diversos conflitos, sob os mais diversos argumentos.

Ora, se de um lado o juiz detém certa liberdade para analisar a prova e o direito envolvidos na demanda, diante da sua reconhecida independência funcional; de outro, ele é obrigado a efetivamente fundamentar a sua decisão de forma substancial, apontando com precisão e riqueza de detalhes os motivos de fato e de direito que o levaram a tomar a decisão, em detrimento de outra igualmente possível e justificável.

É intuitivo o fato de que o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais impõe limitações à esta própria liberdade de decisões e de apreciação das provas pelos magistrados, até mesmo pelo fato de ser a fundamentação um direito inerente as partes e uma obrigação imposta ao juiz, a qual, se não observada no momento da sentença, ocasionará a sua nulidade (NOJIRI, 2000, p. 32).

Jamais o magistrado poderá invocar qualquer tipo de legislação ou princípio, ou mesmo deixar de apreciar ou valorar alguma prova carreada aos autos de um processo, sem que efetivamente justifique o porquê o fez. Esse é o verdadeiro valor por traz da obrigatoriedade da fundamentação das decisões.

Isso não importa dizer que o julgador não deve avaliar livremente (ou com autonomia, sem que ocorram pressões externas) a carga probatória dos autos, seja aquela carreada pelas partes ou produzida de ofício, porém, deve sempre, antes de expressar as suas vontades e concepções, respeitar a legislação pátria vigente e decidir com esteio nela. Deve, ainda, embasar o seu convencimento – seja na própria lei, nos precedentes ou na doutrina jurídica especializada – para que não ocorra um retrocesso ao arcaico Sistema de Arbítrios⁶, tão combalido ao longo da história e motivador de revoluções (ARONNE, 1996, p. 17).

⁶ Nesse sentido, são importantes as palavras do Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, quando afirma: “Não deve ser olvidado, no entanto, o risco de não ser de todo afastada a onipotência judicial com o emprego dessas técnicas e até mesmo respeitando -se os princípios e garantias antes mencionados. O problema revela -se muito mais complexo e mostra-se bem possível que, mesmo com uma autêntica proclamação de princípios, o órgão judicial ao justificar determinada visão dos fatos lance mão de

Não só é importante a devida fundamentação das decisões diante da valoração das provas, como também diante da edição de legislações cada vez mais imprecisas e abertas, o que as tornam passíveis das mais diversas interpretações – decorrência da própria interpretação equivocada do princípio do livre convencimento motivado das decisões – fazendo com que o magistrado sinta-se detentor de amplos poderes de decisão, tão amplos e irrestritos que poderia dispensar os constrangimentos legais, jurisprudenciais e doutrinários no momento de decidir (MENDES, 2008, p. 197).

Sendo assim, inarredável a conclusão de que muitas dessas decisões “voluntariosas”, decorrente do movimento sociológico caracterizado pelo protagonismo judicial, não estão mais baseadas no direito construído ao longo dos séculos, mas sim, apenas no uso não democrático do poder e na vontade íntima do magistrado (MENDES, 2008, p. 197).

Vale dizer que já há muito tempo o direito não é mais o sinônimo direto de lei, conforme já antes enfrentado, bem como que as normas legais não mais se distinguem facilmente dos princípios. Assim, em nome de pretensos princípios generalistas, que muitas vezes não se sabe se existem realmente e nem de onde exatamente foram extraídos, cria-se todo um clima de permissividade para o operador do direito (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 129).

Assim, por estar totalmente descompromissado com a lei ditada pelo Poder Legiferante, constitucionalmente instituído, o aplicador do direito (magistrado) procura a regra a aplicar no caso concreto onde bem lhe convier, pois fora do preceito explícito da lei sempre haverá algum raciocínio, algum argumento, alguma justificação para explicar qualquer tipo de decisão, até mesmo aquela contrária a legislação e aberrante com as tradições histórico-culturais de uma nação, as quais,

critérios vagos e indefinidos, empregando fórmulas puramente retóricas, despidas de conteúdo, aludindo por exemplo à “verdade material”, “prova moral”, “certeza moral”, “prudente apreciação”, “íntima convicção”. Essas e outras expressões similares representam autênticos sinônimos de arbítrio, subjetivismo e manipulação semântica, por não assegurarem nenhuma racionalidade na valorização da prova, implicar falsa motivação da decisão e ainda impedir o controle da atividade judicial por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior.” (p.7)

aliás, pouco ou nada valem para a mentalidade emergente do século XX (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 129).

Ou seja, o magistrado deixou de proferir os seus julgados a partir dos conhecimentos prévios e do próprio sistema normativo, mas, ao contrário. Primeiro, formata mentalmente o seu convencimento, baseado tão somente na suas concepções pessoais, para então buscar, nas vastidões legislativa, principiológica ou jurisprudencial, algum elemento capaz de sustentar a sua vontade, mesmo que não diretamente e mesmo que contrariando outras normas de direito ou mesmo a segurança jurídica.

Todo esse contexto de permissividade quanto a atuação do magistrado tem por característica conduzir e fomentar um sistema no qual o protagonismo judicial passa a ser aceito e até mesmo incentivado pela sociedade, contudo, o que deve estar sempre em discussão é a necessidade de que ela deve ser controlada por meio e mecanismos idôneos que não permitam a proliferação de juízos decisionistas ou arbitrários, algozes dos ideias norteadores das sociedades democráticas modernas (TRINDADE, 2012, p. 129).

A legislação é um (e talvez o mais seguro) mecanismo eficaz para controlar tanto o protagonismo judicial quanto a proliferação de decisões infundadas, motivadas tão somente pelos interesses e sentimentos dos julgadores. Por tais motivos, ainda antes de adentrar efetivamente nas questões que envolvem a responsabilidade política da magistratura, mostra-se de fundamental importância a análise das diretrizes impostas pelo Código de Processo Civil quanto a fundamentação das decisões.

3.2 AS DIRETRIZES PARA A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES INSCULPIDAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CPC.

Ao contrário do que comumente se imagina, as decisões dos magistrados não são imunes ao contraditório, contudo, este contraditório não se dá de forma 'horizontal', como é usualmente caracterizado, diante da igualdade entre as partes, mas sim de forma 'vertical'. Isso porque os comandos sentenciais não são apenas direcionados às partes, que podem, caso sintam-se insatisfeitas com o desfecho da

demanda, recorrer da decisão, mas também para os Tribunais das Instâncias Superiores, que podem ser considerados, neste contexto, como destinatários finais das decisões, tendo em vista o princípio do duplo grau de jurisdição e a necessidade de uniformização da aplicação das leis (BENETI, 2003, p. 109).

Essa situação traduz não apenas um dever do magistrado de se comunicar corretamente com as partes, mas também de se fazer suficientemente claro para que os Tribunais Superiores possam percorrer o caminho interpretativo seguido por ele e avaliar se a decisão realmente espelha a realidade jurisprudencial nacional e se atende aos anseios dos litigantes. Uma decisão de Primeira Instância bem fundamentada é garantia de um julgamento recursal mais célere e justo.

Dessa forma, a fundamentação não pode limitar-se a simples explicações rasas, deve ir além, deve ser suficientemente esclarecedora, deve, por exemplo, deixar claro o porquê da aplicação de certos institutos ou da sua refutação, deve indicar os institutos jurídicos – e não apenas os sociais ou pessoais – que o levaram à tomada da decisão. A fundamentação tem de ser substancial, tem de ser palpável, relevante e nunca contrária à Lei sem que se esclareça as razões do eventual motivo de sua inaplicabilidade ao caso concreto.

E, diante da necessidade de que as sentenças sejam devidamente fundamentadas e claras, o Código de Processo Civil em vigor arrola uma série de requisitos básicos que devem necessariamente constar das decisões, bem como cuida de determinar também quais pontos não devidamente enfrentados pelo magistrado farão com que a sentença seja considerada carente de fundamentação, e, por esse motivo, passível de ataque por meios recursais próprios.

Essa preocupação tem vertente flagrantemente processual, ou seja, busca trazer maior certeza e segurança aos litigantes, dentro de uma lógica positivista, como também tem por função servir de *'checklist'* para o magistrado ao proferir a sua sentença.

Dentro dessa lógica imposta pelo Código de Processo Civil (CPC), o artigo 489, caput e incisos I a III, aponta como elementos fundamentais da sentença o relatório (verdadeiro resumo dos fatos e do processo), os fundamentos (espaço no qual o magistrado deverá efetivamente analisar e fundamentar todas as questões de direito e de fato articuladas e comprovadas pelas partes e que possam influenciar no

juízo) e o dispositivo (em que o magistrado julga o processo, geralmente expresso pelo “do exposto”)⁷.

Essa estrutura básica das sentenças pouco, ou quase nada, difere da forma tradicional com a qual se estrutura uma decisão judicial, forma essa que tem por objetivo trazer segurança para as partes, que podem exigir tal formalidade do julgador. Por outro lado, a positivação dessa estrutura do julgado é um reconhecimento legal de que as decisões não são livres criações dos julgadores (quanto a sua forma) e que, necessariamente, deverão seguir um mínimo formalismo em suas decisões.

O parágrafo 1º do referido artigo foi um pouco além dos diplomas anteriores e trouxe uma inovação de considerável importância para estruturação do julgado quando estipulou critérios obrigatórios e minimamente aceitáveis para que a decisão seja considerada fundamentada.⁸ É um primeiro passo no caminho para se buscar também um rigorismo (ou um mínimo rigorismo) também quanto a fundamentação das decisões, sem que isto implique em quebra de liberdades ou mesmo da autonomia dos magistrados.

⁷ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

⁸ § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Pela redação do referido artigo, agora não basta ao magistrado meramente apontar o artigo de lei, a jurisprudência ou conceito jurídico que influenciou o seu julgamento, mas deve sim realizar a devida adequação do dispositivo ao caso, como também não pode mais fazer citações genéricas ou que não guardem relação específica com o caso sem a devida adequação aos fatos e fundamentos apontados pelas partes.

Exige também que, ao deixar de aplicar súmula ou jurisprudência já consolidada pelos Tribunais Superiores, o magistrado deva fundamentar de maneira suficientemente convincente o motivo que o levou a tal decisão, não bastando mais explicações genéricas ou simples menção de que deixou de aplicar em detrimento de outro posicionamento, como se fez comum nas últimas décadas. São requisitos específicos e orientados por concepções processualistas que têm por objetivo tornar as decisões cada vez mais claras.

Mas, mesmo tendo vocação processual, estas inovações certamente influenciarão de forma positiva na consecução do dever de fundamentação das decisões o que, por consequência direta, também será promotor da responsabilidade social do magistrado, em especial de seu caráter pedagógico, pois obriga o julgador a explicar, com detalhes, quais os motivos que o levaram a afastar a norma ou mesmo, quais os fundamentos que tornam o caso em apreço comparável a um outro determinado caso paradigma.

Dessa forma, decisões de cunho generalistas passam a não mais serem admitidas no Poder Judiciário Nacional. Todos os fundamentos sentenciais devem ser adequados ao caso concreto e fundamentados de forma clara e substancial, sempre guardando relação com as alegações das partes. A sentença torna-se, efetivamente, a resolução do caso específico, útil e entendível aos litigantes.

Ainda merece destaque o disposto no parágrafo 2º do mesmo artigo 489 do CPC⁹, que trata da resolução de conflitos de normas e de ponderação. Pela

⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

redação do CPC, o magistrado é obrigado a apontar quais foram os critérios de ponderação aplicados, bem como os motivos que o levaram a afastar uma norma em favor de outra. Novamente destaca-se que a preocupação do Código de Processo Civil foi a de resolver questões processuais relacionadas à fundamentação das decisões, de forma a atender as exigências do dever constitucional de fundamentar as decisões, mas que por consequência lógica, podem vir a se constituir em importantes ferramentas para limitar o protagonismo judicial e a proliferação de decisões solipsistas.

Esse dispositivo, certamente, não irá resolver a questão do protagonismo judicial, mas, certamente, trará subsídios formais e legais para que os operadores jurídicos possam exigir que o magistrado demonstre, de forma fundamentada, o caminho lógico percorrido para chegar a uma determinada decisão. Também servirá para averiguação dos conhecimentos empreendidos pelo magistrado em suas decisões, pois, agora, não basta apenas o embasamento do porquê aplicar, é necessário também explicar o motivo que levou ao afastamento da aplicação de lei, princípio, jurisprudência ou precedente suscitados pelas partes envolvidas em uma disputa processual.

Da leitura do artigo 489 (caput, incisos e parágrafos), resta clara a preocupação do legislador em estabelecer critérios claros e lógicos, os quais devem, necessariamente, ser observados pelos magistrados no momento de tomarem qualquer decisão dentro do processo. Não têm por objetivo efetivamente conduzir o magistrado a um determinado caminho de interpretação e aplicação da norma, mas, tão somente, orientá-lo para que o faça da maneira mais clara possível.

Em outras palavras, a redação do Código de Processo Civil que recentemente entrou em vigor não é capaz de criar, por si só, uma consciência da necessidade de decisões que respeitem a democracia, ou seja, não será pela inserção legal desses requisitos de validade da sentença que serão resolvidas questões como as do protagonismo judicial e da irresponsabilidade dos magistrados, mas a inovação legal havida fornece importantes subsídios para o seu combate.

Analisada estruturalmente a decisão, pelos pressupostos estabelecidos pelo Código de Processo Civil, faz-se necessário o avanço desse estudo, agora voltado diretamente à substância da decisão, ou seja, buscar compreender os fundamentos decisórios, ou, pelo menos, quais deveriam ser os fundamentos

decisórios promotores da democracia e capazes de combater o protagonismo dos juízes. Essa análise conduzirá à fixação da responsabilidade política do magistrado, no sentido proposto por este trabalho.

3.3 A ATUAÇÃO POLÍTICA DO MAGISTRADO. UMA ANÁLISE A PARTIR DE DWORKIN

Já considerada a importância da atuação do magistrado ao tomar qualquer decisão dentro do processo, o seu dever constitucional de fundamentar as suas decisões e a imposição de alguns critérios específicos pelo Código de Processo Civil para que a decisão possa ser considerada efetivamente como fundamentada, ainda há de se enfrentar um grande problema, qual seja o de se obter realmente uma fundamentação que atenda não apenas aos interesses dos litigantes, mas que seja capaz de respeitar as leis e princípios vigentes e que também respeite e promova a democracia, especialmente naqueles casos considerados complexos e que não se resolvem pela mera aplicação do dispositivo normativo ao caso em concreto.

O povo concede aos magistrados a legitimação das suas funções e, por consequência, das suas decisões, as quais podem vir a afetar a liberdade, a segurança, a situação familiar, o patrimônio, as relações sociais e mesmo a defesa ou modificação de outros tantos direitos fundamentais. Contudo, esta legitimação necessita ser periodicamente renovada, revitalizada. Isso ocorre toda a vez que for possível identificar que os magistrados estão realmente cumprindo o seu papel constitucional de proteger os direitos, a democracia e decidindo com justiça (DALLARI, 2007, p. 91).

Assim, fica claro que, ao julgar, o magistrado deve buscar o melhor resultado para a sociedade, defendendo os seus interesses já concretizados na legislação. O Poder Judiciário só tem razão de existir em decorrência da sociedade e as decisões judiciais devem reconhecer isso. “Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais” (DALLARI, 2007, p. 91).

Dworkin, ao tratar da atuação dos magistrados, afirma que estes devem decidir casos complexos valendo-se do que ele cunhou como ‘fundamentos políticos’, de forma que a decisão não represente apenas o interesse de certos grupos políticos, mas que possa refletir alguns dos princípios da moralidade política e, portanto, social (2000, p. 3).

Mas o autor faz uma importante distinção que deve ser plenamente explorada e entendida: esses fundamentos políticos são totalmente distintos de fundamentos de política partidária, afirmado que:

Um juiz decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária. Não decide a favor da interpretação buscada pelos sindicatos porque é (ou foi) um membro do Partido Trabalhista, por exemplo. Mas os princípios políticos em que acredita, como, por exemplo, a crença de que a igualdade é um objetivo político importante, podem ser mais característicos de um partido político que de outros. (DWORKIN. 2000. p. 4)

Essa distinção é especialmente importante no contexto atual brasileiro, em que a crise política vivenciada especialmente pelos Poderes Legislativo e Executivo faz com o termo ‘político’ seja confundido com partidarismo, o que é um reducionismo perigoso. A política é um fator social importantíssimo, mas política partidária é algo totalmente diverso e esta sim deve sofrer as críticas pela sua má condução nos dias atuais.

E mais, o correto entendimento do que vem a ser “concepções políticas” e a sua distinção em relação às “concepções político-partidárias” é crucial, até mesmo para que o magistrado possa entender qual o caminho deve, necessariamente, seguir, conforme já antes explorado. Neste sentido, afirma Dallari que:

Por diversos motivos, muito juízes – a maioria deles, sem dúvida – afirmam que são apolíticos, considerando que isso é indispensável para o reconhecimento de sua imparcialidade e independência. Essa atitude é produto, na melhor das hipóteses, de um equívoco, que é atribuir à palavra ‘política’ o sentido estreito de ‘política partidária’. É evidente que o juiz não deve ser ligado a qualquer organização de fins políticos, que busque a conquista e o uso dos órgãos do poder do Estado para a implementação de seus ideais ou a promoção de seus interesses. Mas isto significa, essencialmente, que o juiz deve ser apartidário, não bastando, entretanto, que ele não tenha ligações formais com algum partido político. O juiz não deve

manifestar, direta ou indiretamente, preferência por qualquer entidade dessa natureza, mas além disso precisa estar sempre de consciência alerta para que suas preferências político-partidárias ou eleitorais, ou simplesmente suas convicções políticas, não influam sobre suas decisões, prejudicando o direito e a justiça. (DALLARI, 2007, p. 89)

Ao posicionar-se no sentido de que, nos casos difíceis, o julgador deve buscar o seu fundamento nos fundamentos políticos, sustenta Dworkin que todas as vezes que a resposta para casos complexos não estiver na construção normativa convencional, deve o magistrado voltar-se para uma construção principiológica, já que não apenas de regras¹⁰ são formados os sistemas jurídicos modernos (como o brasileiro, por exemplo), contudo, sempre comprometido com padrões ético-morais provindos da própria sociedade para a qual a decisão é direcionada, mas também orientado pela ordem política e jurídica vigente (HOFFMAM, CAVALHEIRO, NASCIMENTO, 2011, p. 85).

É um complexo balanço, de forma que a decisão seja capaz de atender às necessidades dos jurisdicionados, mas também que respeite o sistema jurídico vigente por meio de uma fundamentação racional e substancial, que consiga fazer transparecer aos jurisdicionados os verdadeiros motivos da sua decisão e ainda seja eficaz na proteção e na promoção da democracia.

Ou seja, é necessário que o magistrado reconheça a politicidade do direito e das suas decisões, bem como que isso não possui nenhuma ligação com ideologias político-partidárias. Consciente disso, o juiz deve conhecer e interpretar o direito, inserindo-o no contexto social e buscando separá-lo daquele criado artificialmente com o objetivo de garantir os privilégios e proporcionar vantagens injustas aos seus criadores (DALLARI, 2007, p. 98.).

Portanto, é necessário que o magistrado reconheça o seu papel político, e entenda a extensão da sua responsabilidade, mas não que ofusque as suas funções

¹⁰ Adota-se a distinção proposta por Alexy: [...] regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra, ou um princípio (2008, p.91). Para o Autor, “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2008, p. 117)

por preferências ou ideologias político-partidárias. O juiz necessita entender o seu papel enquanto agente público e a importância da sua atuação tanto para o desenvolvimento da sociedade e da democracia quanto para a pacificação e estabilização do próprio Estado.

Ciente de toda essa celeuma, e da dificuldade em estabelecer critérios decisórios para o magistrado, bem como buscando tornar as suas concepções ainda mais claras, Dworkin aprofunda a discussão quanto ao conteúdo político das decisões, fazendo uma importante distinção entre o que ele denomina de ‘argumentos de princípios políticos’, que são os direitos políticos de cidadãos individuais, e ‘argumentos de procedimentos políticos’, que exigem que uma decisão promova alguma política pública, seja ela individual ou coletiva, o que pode conduzir ao ativismo (protagonismo) judicial (DWORKIN, 2000, p. 6).

Na concepção do autor, jamais o magistrado deveria orientar a sua decisão a partir de um argumento de ‘procedimento político’, mas, ao contrário, a decisão de casos difíceis deveria ser orientada sempre por ‘argumentos de princípios políticos’. Entende ser essa a concepção mais equilibrada e que certamente atenderá de forma ampla aos interesses sociais e democráticos, bem como por respeitar a estrutura do Estado e a separação dos Poderes (DWORKIN, 2000, p. 6).

Para reafirmar as suas colocações, e demonstrar com ainda mais clareza as suas concepções, Dworkin prossegue a sua investigação fazendo uma segunda distinção, agora não em relação ao conteúdo das decisões, mas sim entre duas concepções distintas de Estado de Direito, as quais passam, necessariamente, pela atuação do Poder do Judiciário.

A primeira delas é denominada de concepção ‘centrada no texto legal’, em que os cidadãos estão adstritos puramente às normas escritas no livro das regras (constituição, códigos, legislações esparsas), as quais devem ser seguidas à risca até que uma nova norma a altere, fazendo uma cisão importante entre o Estado de Direito e a justiça substantiva (DWORKIN, 2000, p. 7).

Por sua vez, a segunda concepção é denominada de concepção ‘centrada nos direitos’, que se fundamenta na existência de direitos morais entre os cidadãos (desde que reconhecidos no direito positivo) e de direitos políticos em

relação ao Estado. Nessa segunda concepção, não há distinções claras entre o Estado de Direito e a justiça substantiva e, mais, exige que o ideal de Direito retrate os direitos morais e os aplique (DWORKIN, 2000, p. 7).

Nesse contexto, crê o autor na necessidade de se encontrar um termo entre as duas concepções de Estado de Direito, para assim encontrar a devida justiça na atuação do Judiciário. Esse necessário equilíbrio entre as duas concepções de Estado é reconhecida por Dworkin quando afirma que:

Mesmo com ideais políticos gerais, porém, as duas concepções diferem da seguinte maneira. Um elevado grau de aquiescência à concepção centrada no texto jurídico parece ser necessário a uma sociedade justa. Qualquer governo que atue contrariamente ao seu próprio repertório legal muitas vezes – pelo menos em questões importantes para cidadãos particulares – pode não ser justo, não importa quão sábias ou justas suas instituições possam ser em outros sentidos. Mas a aquiescência às leis evidentemente não é suficiente para a justiça; a aquiescência plena provocará injustiça muito séria se suas regras forem injustas. O contrário é válido para a concepção centrada nos direitos. Uma sociedade que consiga um bom índice em cada uma das dimensões da concepção centrada nos direitos é, quase que certamente, uma sociedade justa, embora possa ser mal administrada ou carecer de outras qualidades de uma sociedade desejável. (DWORKIN. 2000. p. 8)

Dentro desse contexto, não há como negar que o magistrado é também um agente político, uma vez que participa ativamente da direção comportamental da sociedade, mas não no sentido comum, da atividade político-partidária (até por ser vedado pela lei nacional), mas quando exerce a atividade jurisdicional e mesmo quando usufrui de seu cargo para influenciar positivamente a sociedade (BENETI, 2003, p. 151).

Diante desse importante papel político/social, torna-se importante a análise da formação dos magistrados, ou seja, buscar saber qual é o conhecimento que deve ser transmitido aos juízes. Não basta ao magistrado uma formação técnico-conceitual sólida, voltada apenas para os conhecimentos jurídicos e procedimentais, pois assim teremos apenas juízes burocratas, que decidam com firmeza e agilidade (DALLARI, 2007, p. 28).

Do lado oposto, também não bastam aos juízes amplos conhecimentos sociais, uma vez que a atividade da magistratura também guarda um viés técnico fundamental. É necessário que se transmitam conhecimentos jurídicos, mas também

valores éticos e sociais, de forma que o magistrado possa se tornar um bom profissional e que esteja apto a equilibrar a técnica processual necessária e os anseios sociais (DALLARI, 2007, p. 28).

Esclarecida a atuação política do magistrado, é importante introduzir, neste momento, o conceito de responsabilidade política do magistrado, que é caracterizado por dois elementos essenciais: o primeiro é que a responsabilidade dá-se primordialmente perante órgãos políticos (e não jurídicos) e em última instância perante os Poderes Legislativo e Executivo; e o segundo, e certamente mais característico, é que a responsabilização não está ligada à violação de deveres jurídicos, mas sim ligados ao comportamento do magistrado, valorados com base em valores políticos (CAPPELLETTI, 1989, p. 36).

Ou seja, não se analisa a ocorrência de violações formais das leis, mas sim o comportamento do magistrado, tanto em sua vida profissional (decisões incompatíveis com a legislação nacional ou com os princípios sociais, e mesmo decisões infundadas) quanto na sua vida pessoal (fatos que possam desqualificar a sua atuação).

Não é só a decisão do magistrado que influencia politicamente uma sociedade. A sua conduta também deve servir de exemplo sempre positivo para os jurisdicionados. Um juiz que não respeita as normas do direito de vizinhança, por exemplo, torna-se desacreditado para aplicá-las. Como já referido, a magistratura carrega consigo uma importante função pedagógica, a qual é exercida diariamente por seus membros, seja por meio de suas decisões, seja pela sua conduta diária. Em tese, o magistrado deveria transparecer o ideal de um bom cidadão.

E mais, toda essa discussão ganha importância quando transmitida a discussão da atuação política do magistrado para a questão da fundamentação das suas decisões. Toda a decisão tomada pelo magistrado influenciará diretamente a comunidade na qual atua. Uma decisão politicamente irresponsável, baseada meramente no que o magistrado imagina ser correto e que desconsidere todo o contexto social, político e jurídico importará em prejuízos diretos à comunidade, ao Estado e à democracia. No que defende Dworkin, os princípios que emanam da sociedade devem sempre influenciar o julgamento daqueles casos considerados difíceis, em que a subsunção da norma aos fatos não é suficiente para a sua resolução.

Ademais, a posição adotada por Dworkin é importante para fixar um critério de decisão para os magistrados, decorrente do seu dever e da sua responsabilidade política, e que deve ser considerado quando da fundamentação das decisões. Como dito, a simples imposição de regras procedimentais para a confecção da sentença pelo CPC não basta para resolver as questões sensíveis da correta fundamentação. É necessário encontrar critérios, como fez Dworkin, capazes de orientar a atuação do magistrado.

Quando o magistrado assume a sua responsabilidade política, automaticamente abdica do seu protagonismo e coloca-se à disposição da sociedade, cumprindo assim o seu papel de funcionário público. Trabalha em prol do desenvolvimento do Estado, da sociedade e da democracia, relegando ao segundo plano suas questões e concepções pessoais.

Dessa forma, a decisão do juiz será efetivamente democrática quando conseguir equilibrar o respeito do texto legal com a proteção dos direitos políticos da sociedade. Mas as concepções quanto a atuação política do magistrado não são suficientes. É necessário aprofundar esse estudo, possibilitando a fixação do que seriam os direitos políticos da sociedade. Essa resposta pode ser encontrada nos escritos de Rawls quanto à razão pública.

3.4 A RAZÃO PÚBLICA DE RAWLS

As concepções de Dworkin sobre a atuação política do magistrado fornecem argumentos de grande relevância nessa tentativa de se encontrar uma fundamentação racional e substancial para a atuação dos juízes, capaz de limitar o protagonismo de seus atos, porém não inteiramente completa. Isso porque determina que o magistrado busque elementos principiológicos na sociedade em que atua, mas não é eficaz ao responder quais seriam estes elementos principiológicos.

Neste sentido, é necessário observar também as concepções de Rawls quando afirma que não há nenhuma razão para que um cidadão, ou grupo de cidadãos, possa usufruir com exclusividade do poder estatal para a tomada de decisões, a partir do que determina a doutrina abrangente defendida por essas

peças. Esta seria a estratificação do que ele denomina como Razão Pública (RAWLS, 2000, p. 275).

Ou seja, sempre que questões políticas essenciais estejam em discussão, os cidadãos devem ser capazes de apresentar, uns aos outros, as suas razões políticas aceitáveis, de forma que venham a ser incluídas entre os valores políticos expressos por uma concepção política de justiça. Mais do que isso, “para que pessoas livres e iguais cooperem politicamente com base no respeito mútuo, sempre que esses assuntos essenciais estão em questão, devemos justificar o uso de nosso poder político coercitivo e coletivo à luz da razão pública” (RAWLS, 2003, p. 128).

Nesse contexto, a argumentação em debates públicos é fundamental, conforme afirma Rawls:

Todas as formas de argumentação – individuais, associativas ou políticas – têm de conter certos elementos comuns: princípios de inferência e regras de evidências; têm de incorporar os conceitos fundamentais de julgamento, inferência e evidência, e incluir padrões de correção e critérios de verdade. Caso contrário, não seriam formas de raciocínio, mas outra coisa: mera retórica ou artifícios de persuasão. A capacidade de aprender e aplicar esses conceitos e princípios faz parte de nossa razão humana comum. Preocupamo-nos com a razão, não apenas com o discurso. (RAWLS. 2003. p. 130)

Assim, pode-se sintetizar o conceito da razão pública como sendo a argumentação apropriada e livre (diante da necessidade de liberdade de expressão em uma sociedade democrática) entre cidadãos iguais que convivem coletivamente, e impõem, uns aos outros, normas de convivência apoiadas em sanções do poder estatal.

Melhor explorando o conceito de razão pública e a contrastando a realidade Brasileira, Zambam, em seus estudos, afirma que:

[...] Rawls entende que a razão pública é aceita pelos membros da sociedade e orienta, limita e impulsiona a participação efetiva nos seus destinos. Ela apresenta as motivações mais importantes que foram à identidade de um povo, o seu governo, as instituições e o funcionamento geral. (2016, p. 149).

Em via contrária à razão pública, tem-se o que o Autor denominou de razão não pública, que pode ser conceituada como a razão apropriada para indivíduos ou associação de indivíduos, no interior da sociedade, tais como as

igrejas, as universidades, os clubes privados e as associações científicas, dentre outros, tendo por objetivo projetos diversos daqueles expressos pela razão pública, mas que mantêm o direito de sustentarem as suas razões, mas sempre dentro de um debate público limitado pela justiça política (RAWLS, 2003, p. 130).

Dentro dessa concepção de razão pública, Rawls destaca ainda a importância da atuação do Tribunal Constitucional (equivalente, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal - STF), como instituição capaz de proteger a lei mais alta (Constituição). Afirma que é dever da Corte Constitucional, tendo em vista os princípios da razão pública, evitar que a lei seja desvirtuada, corroída ou desrespeitada por outras legislações inferiores, criadas por maiorias transitórias ou ainda por interesses particulares, impostos por minorais, bem posicionadas e hábeis em alcançar os seus objetivos (RAWLS, 2000, p. 284).

Não são diferentes as importantes considerações feitas pelo Professor Zambam quanto à importância da proteção da Constituição pelos Tribunais Superiores, quando afirma:

A identidade de uma sociedade gerida pelas diretrizes consagradas pela tradição democrática está condensada na sua razão pública que, pelo seu enunciado, demanda a necessidade de adesão dos seus membros e o ordenamento das respectivas instituições sociais às suas diretrizes mais importantes. O fato do pluralismo e as dificuldades de conciliação demandam uma compreensão ampla de princípios e orientações para o ordenamento seguro. Na constituição está a essência das orientações e dos compromissos que uma comunidade aceita e a eles adere de tal forma que caracteriza o seu agir social, orienta as tomadas de decisões mais importantes e a eleição das prioridades da sua organização social. (2016, p. 150).

E é justamente aqui que a questão da razão pública encontra-se com a questão da fundamentação das decisões. A razão pública é a única razão que pode exercer um juiz ou um tribunal, isso por que o Poder Judiciário é um dos ramos do Estado, que pode ser considerado como a criação dessa mesma razão (RAWLS, 2000, p. 286). Ou seja, o Poder Judiciário só tem espaço em uma sociedade democrática, quando servir para defender os interesses tutelados, definidos pela razão pública. Jamais poderá servir como espaço para defesa de interesses meramente particulares, expressos pela razão não-pública.

Os cidadãos comuns e até mesmo os legisladores podem posicionar-se e votar de acordo com suas próprias visões mais abrangentes, ou seja, não precisam

necessariamente justificar suas posições a partir da razão pública, e não necessitam articular as suas posições a partir de preceitos constitucionais capazes de abarcar todas as situações (RAWLS, 2000, p. 286).

Mas é isso o que, ao contrário, espera-se dos magistrados, que ao decidirem os casos postos à sua apreciação tenham em mente puramente os princípios da razão pública, uma vez que não devem ter outra razão a não ser esta pública, bem como nenhum outro valor a não ser aqueles de índole política. E mais, devem agir de acordo com o que está sendo perquirido no processo, valendo-se das práticas, tradições constitucionais e dos textos históricos constitucionalmente significantes (RAWLS, 2000, p. 286).

Ou seja, pela posição adota e defendida por Rawls não é dado ao magistrado que este venha a criar direitos a partir das suas concepções pessoais (ou como contextualiza o Autor, a partir de visões abrangentes próprias), mas sim que julgue os processos sob sua alçada sempre tendo em vista os princípios da razão pública, pois ele não apenas é o defensor dessa razão, mas sim criado por ela dentro da estrutura estatal.

Nessa senda, complementa o Autor:

Dizer que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública significa também que é função dos juizes procurar desenvolver e expressar, em suas opiniões refletivas, as melhores interpretações que puderem fazer da constituição, usando seu conhecimento daquilo que está e os precedentes constitucionais requerem. Aqui, a melhor interpretação é aquela que melhor se articula com o corpo pertinente daqueles materiais constitucionais, e que se justifica nos termos da concepção pública de justiça ou de uma de suas variantes razoáveis. Ao fazer isso, espera-se que os juizes possam apelar, e apelem de fato, para os valores políticos da concepção pública, sempre que a própria constituição invoque expressa ou implicitamente esses valores, como o faz, por exemplo, numa carta de direitos que garante o livre exercício da religião ou a igual proteção das leis. O papel do tribunal aqui é parte da publicidade da razão, e um aspecto do papel amplo ou educativo da razão pública. (RAWLS, 2000, p. 287)

Diante dessas colocações, torna-se indispensável uma breve análise sobre o atual estágio do Poder Judiciário Brasileiro. Replicam-se decisões ao arrepiro da legislação vigente e dos princípios da razão pública, somente embasadas em concepções particulares de magistrados ou dos grupos de interesses que eles

defendem. Magistrados cegos que apenas conseguem ver o direito a partir daquilo que, internamente, entendem correto.

Nesse momento é importante que se faça uma ressalva. Por mais que o termo sugestione, grupos de interesse não são apenas aqueles financeiramente privilegiados, como pode parecer. Mas sim todos aqueles que, apropriando-se de uma razão não-pública, geralmente fundamentalista, conseguem articular os seus interesses de forma satisfatória. Pode-se citar, como exemplos, a Central Única dos Trabalhadores (CUT), o Movimento dos Sem Terra (MST), os diversos movimentos por moradia e, no extremo opostos, os grandes grupos empresariais e os latifundiários, por exemplo.

Infelizmente, grande parte dos magistrados brasileiros encontra-se comprometida com esses grupos de interesses, seja por defenderem em seus julgados questões de interesses de grupos financeiros, ou então, e em especial, por defenderem questões de interesse social – o que pode ser expresso pela ‘judicialização da política’ – (Castro, 199-) Contudo, jamais o magistrado poderia se deixar levar por essas motivações ao exercer a sua função, pois, quando assim o faz, está deixando de cumprir a sua função política mais visceral, que é a de aplicar ao direito os fundamentos de política.

Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal consegue mais firmar a sua posição como guardião maior do Estado e da Constituição, pois, rotineiramente, cede a pressões populares, muitas vezes irracionais, injustas e ilegais, temendo que a população lhes retire o selo de aprovação, voltando a depositá-lo no Poder Legislativo ou mesmo, no Poder Executivo.

Sempre que assim agirem, os magistrados e os tribunais estarão prestando um desserviço ao Estado, pois deixam de cumprir a sua função enquanto agentes públicos, desatendem as suas responsabilidades social e política, passando a ser, meramente, marionetes na mão dos grandes grupos de interesse e advogando (de forma privilegiada) em prol de seus interesses.

A razão pública traz à atuação do magistrado um horizonte de requisitos necessários para fundamentar a sua decisão. Não requisitos técnicos como faz o Código de Processo Civil, mas requisitos substanciais que devem orientar o pensamento do magistrado. Afastar as suas concepções pessoais e aplicar as

concepções estabelecidas pela razão pública é uma forma de evitar, ou mesmo minimizar, os nefastos efeitos do protagonismo judicial para as sociedades democráticas.

Diante desses fundamentos, associados às considerações quanto a responsabilidade social e a política dos magistrados, um ponto em especial ganha destaque: a inexistência de qualquer forma de punição estatal aos magistrados que deixam de observar as suas responsabilidades social e política.

Por esse motivo, o presente estudo necessita evoluir de forma a buscar na legislação alguma possibilidade de responsabilização jurídica para os casos em que o magistrado deixar de observar os seus mais fundamentais deveres enquanto agente público dotado de poder político, o que se pretende no desenvolvimento do capítulo que se segue.

4 A RESPONSABILIDADE JURÍDICA DO MAGISTRADO

Já discutidas as questões que envolvem a função, os deveres e as responsabilidades social e política dos magistrados, ainda resta uma importante questão a ser analisada: as suas responsabilidades jurídicas. Sujeitos a responderem por suas condutas na condução dos processos. A análise desta terceira responsabilização é fundamental para a fixação de critérios jurídicos, capazes de limitar as atuações levianas e descompromissadas de alguns magistrados e, porque não dizer, controlar o seu protagonismo.

Silva, ao destacar a possibilidade e a importância do controle dos atos da magistratura, destaca que:

O controle de certos aspectos das atividades da magistratura é discussão das mais atuais. A classe condena-o com veemência, colocando o controle como incompatível com o requisito da independência da magistratura. O mal não está no controle, mas no grau em que ele é exercido. O princípio de liberdade democrática, em geral, não é ilimitado, mas de liberdade segundo a lei. Liberdade total não existe. Todo ser sofre, de qualquer modo, limitações e sua conduta nada mais é do que a medida entre a liberdade de ação e as limitações impostas pelo meio. Em primeiro lugar, a liberdade excessiva do magistrado tem gerado abusos facilmente verificáveis sob as duas modalidades mais comuns: negligência e arbitrariedade. Em segundo lugar, o controle estatístico, funcional e legal dos serviços de um juízo nunca assusta o magistrado cumpridor dos seus deveres funcionais nem lhe retira a indispensável independência no exercício do seu mister jurisdicional. (1994, p. 62)

Assim, é necessário um aprofundamento da análise da responsabilização jurídica dos magistrados, sempre que agirem em descompasso com os seus deveres sociais ou políticos, ou mesmo quando valerem-se dos seus poderes para outras finalidades que não a justiça e a promoção da democracia, até porque “As injustiças e violências da Justiça são as mais cruéis. A responsabilidade de quem responsabiliza os seus semelhantes deve ser a mais rigorosa, a mais efetiva, a mais constante” (LYRA, 19--., p. 9).

Posto isso, o presente capítulo pretende explorar a responsabilidade jurídica da magistratura, entendida como a possibilidade de punição (pecuniária) para que aqueles juízes que agirem em desconformidade com a lei, conduzindo ao

entendimento das consequências jurídicas para quando os magistrados assim agirem. Este é a terceira dimensão da responsabilização da magistratura.

4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL (JUDICIAL) DO MAGISTRADO.

Como já restou explorado e evidenciado, a evolução das relações sociais elevaram o Poder Judiciário a um novo patamar, muito mais exigido e atuante, fazendo às vezes de verdadeiro controlador da sociedade e do próprio governo, o que, por via de consequência, aumentou a sua responsabilidade e a atuação do próprio magistrado, hoje mais profissional e muito bem preparado.

Assim, o juiz que antes era responsável tão somente por julgar os processos que se encontravam sob a sua jurisdição, hoje é também responsável pela evolução, modernização e, por que não dizer, pela própria criação do direito, fazendo com que os efeitos da sua decisão ultrapassem as fronteiras do processo, influenciando toda a sociedade (CAPEPLETTI, 1989, p. 21).

Essa ampliação dos poderes e do papel do juiz, necessariamente, deverá vir acompanhada de um alargamento da responsabilização por seus atos. Maiores poderes sempre foram correlatos de maiores responsabilidades, sejam elas políticas, sociais ou legais. Em um sistema democrático como o brasileiro, não é compreensível a criação de classes ou cargos dotados de superpoderes, que se sobreponham ao Estado e ao próprio sistema.

Isso apenas evidencia a condição humana e falível dos magistrados que, como toda e qualquer pessoa, deixam-se influenciar por seus sentimentos, convicções e preconceitos. Porém, é necessário sempre ter em mente que tais sentimentos jamais poderão ser a razão do julgamento, pois o magistrado sempre estará atrelado à legislação, e, se agir de modo diverso, causará prejuízos aos litigantes. Esse é um dos principais elementos da responsabilidade política que o magistrado carrega consigo.

Durante todo este trabalho, já restou claro que o magistrado não está totalmente liberto dentro do processo, como também evidencia que ele carrega consigo uma grandiosa responsabilidade. Pelas mãos do magistrado é que se

definem os rumos sociais e se distribui a justiça – responsabilidades social e política, já antes analisadas. Assim, o magistrado jamais poderá se afastar voluntariamente das leis em vigência, mesmo que entenda necessário, pois tudo isso faz parte do complexo, delicado e instável sistema social.

Aqui é que a responsabilização civil do magistrado por seus atos na condução de um processo encontra fundamental importância. A partir do momento em que se exigiu do magistrado a prestação de concurso público para a sua investidura na função, ele se tornou profissional, sendo demandado não somente durante a prestação do certame público, mas durante toda a sua carreira, por um sólido conhecimento técnico-jurídico e dele exigido uma conduta exemplar. Assim, é plausível que se exija dos magistrados um alto grau de eficiência e zelo profissional (LASPRO, 2000, p. 163).

Se é exigido de um médico que atua pelo Sistema Único de Saúde – SUS (ou de qualquer outro profissional da área de saúde), conhecimento e eficiência, ou de um fiscal sanitário que seja severo e correto em suas fiscalizações, ou mesmo de um gari que mantenha as ruas da cidade limpa, é possível e necessário que se cobre dos magistrados que apliquem a legislação vigente, distribuam a justiça e defendam as instituições democráticas, cumprindo assim o seu papel na sociedade.

Jamais será possível exigir que o médico, enquanto funcionário público, ao terminar um procedimento, que limpe o hospital, ou que seja responsável pela aquisição dos materiais, ou, então, que um gari multe um infrator de trânsito, pois estas não são as suas funções. Da mesma forma, não se pode aceitar passivamente que um juiz crie, partindo da sua livre iniciativa, novas normas, para tão somente demonstrar o seu conhecimento ou o seu descontentamento com alguma situação, mesmo sabendo que ele está atrelado a um procedimento e a uma série de garantias e vedações presentes no texto constitucional.

Mas, contraditoriamente, é justamente a legislação processual que outorga ao magistrado um aparente poder irrestrito de decisão, amplo ao ponto de lhe permitir abandonar os ensinamentos doutrinários na hora de decidir, e criar, ele mesmo, os seus conceitos operacionais e as suas interpretações legais. Isso faz com que muitas decisões não estejam baseadas nos conhecimentos construídos pela sociedade, mas sim, tão somente, nas convicções do magistrado, o que nem sempre representa um benefício social (MENDES, 2008, p. 197).

A sociedade dá grande importância a atuação dos magistrados, o que decorrente da natureza da sua função, mas não dá a mesma importância quando discute a sua responsabilidade, especialmente a responsabilidade civil por seus atos durante a condução de um processo.

A discussão da responsabilidade deveria ser travada conjuntamente à concessão de vantagens e garantias. No pedestal em que se encontra o magistrado, difícil é alcançá-lo, seja pela implementação acelerada das suas garantias, seja pela dificuldade no desenvolvimento das discussões a respeito das suas atitudes e da sua responsabilização.

Assim, a matéria a respeito da responsabilidade civil dos magistrados gera uma série de questionamentos, especialmente quanto à restrição das garantias já concedidas a magistratura e mesmo dos valores sociais que estariam em jogo (CAPEPLETTI, 1989, p. 63). Não é objetivo deste trabalho discutir, profundamente, as vantagens e garantias alcançadas a magistratura nacional, mas sim, a partir da análise das suas três dimensões de responsabilidade, apontar alguns caminhos válidos e eficazes, capazes de controlar a sua atuação e limitar o seu protagonismo, perpassando pela criação de uma consciência sócia e política (distante da partidária), para então, analisar as possibilidades de punição, caso incorram em tais condutas antijurídicas.

Diversas questões ainda não puderam ser respondidas pela doutrina, tais como se o magistrado deve responder por erros de fato ou de direito ou apenas por negligência grave e consciente ou também pela violação intencional de deveres? Quem ou qual órgão seria responsável – além de capaz e independente – por julgá-los livremente? Quais seriam os procedimentos e as punições a ser adotadas (CAPEPLETTI, 1989, p. 63)?

Posto isto, é de simples aferição que a irresponsabilidade dos magistrados pode ser apontada como um dos últimos redutos da irresponsabilidade do próprio Estado. Nem mesmo na doutrina se encontra uma unidade ou mesmo um fio condutor comum para a discussão dessa matéria (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 278). E este trabalho não almeja a tanto. Busca, modestamente, apontar critérios uteis ao desenvolvimento desta discussão.

4.1.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS DOS MAGISTRADOS, A PARTIR DO ENTENDIMENTO DO ARTIGO 37, §6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL.

De agora em diante, a questão da responsabilização jurídica da magistratura, será analisada a partir de 3 formas distintas de responsabilização. A primeira, tange a responsabilidade objetiva do Estado. A segunda, analisa a possibilidade de ação regressiva do Estado contra o seu agente faltoso e, por fim, a última, busca elucidar a reponsabilidade pessoal do magistrado, a luz do Código de Processo Civil. Esta divisão da matéria busca facilitar a compreensão destas três responsabilidades jurídicas distintas e complementares entre si.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata da responsabilidade do Estado por atos de seus funcionários, prevendo, em seu artigo 37, parágrafo 6º¹¹, que tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as privadas prestadoras de serviços públicos responderão objetivamente pelos danos que porventura os seus agentes venham a causar a terceiros, assegurado o seu direito de regresso, independentemente de dolo ou de culpa do agente faltoso.

Antes de mais nada, é importante advertir quanto ao conceito de responsabilidade objetiva, elegendo para tanto, aquele apresentado por Caio Mário da Silva Pereira que afirma:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou de investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se

¹¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

ocorreu o evento e se dele emanou prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. (1990, p. 35)

Ou seja, o que é verificado para a aferição da responsabilidade objetiva é o nexos causal entre o fato (jurídico ou antijurídico) e o dano porventura causado a outrem.

Por sua vez, Scaff, quando abordada a questão da responsabilidade objetiva do Estado, afirma que destacaram-se ao longo da história, três teorias distintas: a da culpa administrativa, a da falta de serviço e do risco integral. (2001, p. 135)

Diz-se que ocorre a culpa administrativa, naqueles casos em que se pode imputar ao Estado a ocorrência de algum lesivo, contudo, não é possível identificar o funcionário causador. Nesta teoria, ainda é fundamental que se apure a culpa do Estado (e não propriamente do agente), mesmo que não seja possível identificar o culpado (agente) (SCAFF, 2001, p. 136).

A segunda teoria (falta de serviço), é caracterizada pela inexistência de algum serviço público, seu mau funcionamento ou ainda, o seu funcionamento tardio. Para apurar a efetiva falta de serviço, seria necessário lançar mão de alguns requisitos pouco objetivos, a fim de estabelecer uma média, a partir do que seria razoavelmente exigido do Estado. (SCAFF, 2001, 137).

Por fim, a teoria do risco integral (a mais moderna e abrangente entre as três) é baseada na teoria do risco, sendo determinante para que ocorra a responsabilização do Estado a identificação de algum dano causado pelo Estado, sem a necessidade de identificação ou de apuração da intenção do agente, devendo o ofendido comprovar apenas o nexos causal entre a conduta do Estado e o dano resultante. (SCAFF, 2001, p. 138)

A exceção a teoria do risco integral, é a ocorrência de culpa exclusiva da vítima (excludente de responsabilidade) ou a sua participação no prejuízo (culpa não exclusiva da vítima), mas, neste casos, apenas para fins de redução do valor da indenização. Neste sentido, afirma Krell:

Vale ressaltar que, no âmbito da responsabilidade do Estado, a doutrina clássica e a jurisprudência brasileira também nunca adotaram a versão “pura” da teoria do risco integral, sempre admitindo fatores excludentes como a culpa da vítima e a força

maior. Uma parte defende a teoria do “risco administrativo”, que permite vários excludentes. (1998, p. 26)

A inserção dessa regra trouxe as diretrizes para a criação de um sistema de responsabilidade civil objetiva do Estado por atos de seus agentes, representantes que são da pessoa jurídica prestadora de serviços públicos (AGUIAR JUNIOR, 2000 p. 12). Neste mesmo contexto, ensina Silva:

Resta apenas observar que a Constituição foi mais técnica desta vez, primeiro por incluir no campo da responsabilidade objetiva todas as pessoas que operam serviços públicos, segundo por ter abandonado o termo ‘funcionário’, que não exprimia adequadamente o sentido da norma, substituído agora pelo termo preciso ‘agente’. (2008, p. 675)

No mesmo sentido, posiciona-se Stoco, ao afirmar que: “[...] no âmbito do direito público prevalece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, por ato de seus agentes, denominada, simplesmente de “responsabilidade objetiva do estado” [...]” (2007, p. 160)

Mas pode existir casos em que é possível a verificação da responsabilidade civil do Estado, ainda que não verificada a responsabilidade civil do seu agente. Isso pelo fato de que o Estado sempre responderá pela ocorrência da lesão ao direito ocasionada por seus agentes, mesmo que estes não tenham agido com culpa¹². Somente para que haja a ação regressiva (quer será vista adiante) é necessário que o Estado comprove efetivamente a ocorrência de culpa de seu funcionário no desenvolvimento da sua função (MIRANDA, 1973, p. 398).

Ou seja, para a responsabilização objetiva do Estado, independe a comprovação de culpa de seu agente, bastando que a parte ofendida demonstre a ocorrência de um ato do Poder Público e o seu nexo de causalidade com os danos sofridos.

¹² O conceito de dolo e culpa, utilizados neste trabalho, são expressos por GRECO, quando afirma: “Toda a conduta, seja dolosa ou culposa, deve ter sempre uma finalidade. A diferença entre elas reside no fato de que na conduta dolosa, como regra, existe uma finalidade ilícita, enquanto na conduta culposa a finalidade é quase sempre lícita. Na conduta culposa, os meios escolhidos e empregados pelo agente para atingir a finalidade é que foram inadequados ou mal utilizados. (2015, p. 252)”

Importante é que a redação dada pela Constituição pôs fim a uma antiga discussão sobre quem seriam os ‘agentes públicos’ – especialmente quanto as pessoas privadas, prestadores de serviços público – sujeitos à regra constitucional, reconhecendo que a noção central não está mais em quem comete o ilícito, ou seja, na pessoa do agente, mas sim no conceito de ‘serviço público’¹³, pouco importando a natureza da pessoa jurídica, ou a sua colocação dentro do sistema (AGUIAR JÚNIOR, 2000 p. 10).

Dessa forma, a Carta Magna acabou por superar esse impasse simplesmente mencionando o termo ‘agentes’ das pessoas jurídicas de direito público ou das privadas prestadoras de serviço público, o que acabou por compreender em seu texto todos aqueles que exercem, direta ou indiretamente, alguma função estatal (AGUIAR JÚNIOR, 2000 p. 36).

No entanto, o que se pode extrair a partir de uma leitura constitucional da matéria é que o Estado é sim objetivamente responsável por indenizar pelos prejuízos causados pelos magistrados no curso de uma demanda, por serem eles agentes públicos assim como todo e qualquer outro funcionário público, dado que a regra constitucional insculpida no artigo 37, parágrafo 6º não excepcionou a figura do juiz ou criou regra própria para esta categoria.

A existência de legislações infraconstitucionais que tratam a matéria de forma diversa não pode, por si, criar regras de exceção à Constituição. Tal ressalva é importante, para que não se confundam as responsabilidades previstas na CF com aquela prevista no CPC. Em que pese guardarem relações entre si, tratam-se de modalidades distintas de responsabilização.

Assim, demonstrado está que a atividade jurisdicional encontra-se elencada dentre as funções essenciais e exclusivas do Estado, fazendo com que se torne inquestionável a sua natureza de serviço público, como também a possibilidade de o magistrado causar prejuízos indenizáveis às partes no curso de

¹³ Adota-se o conceito de Hely Lopes Meireles: “Serviço público é todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado” (1985, p. 271)

um processo judicial, independentemente da verificação de culpa na sua conduta. Sendo assim, todos os agentes públicos ligados ao poder Judiciário, e em especial o magistrado, estão incluídos na inteligência do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição (LASPRO, 2000, p. 172).

Por fim, para corroborar a tese aqui elencada, tem-se a considerar que o artigo 5º, inciso LXXV¹⁴, também da Constituição Federal da República, prevê igualmente a obrigação do Estado de indenizar os jurisdicionados por erros judiciais, bem como aqueles que ficarem presos para além do tempo da pena. Isso só vem a endossar o fato de ser, realmente, a atividade jurisdicional um serviço público essencial, motivo pelo qual não se pode cogitar o afastamento da regra do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal quando se tratar da responsabilidade civil dos magistrados.

Tudo isso deixa claro que a Constituição teve a preocupação de incluir dentre as responsabilidades do Estado aquelas advindas da atuação do Poder Judiciário, tanto da sua ineficiência, quando dos prejuízos causados pela atuação (independente de dolo ou culpa) de seus agentes. Se a Constituição Federal reconhece o direito à indenização por erros cometidos pelo Poder Judiciário, muito com maior razão há que se concluir que o magistrado deva sim responder civilmente por seus atos, o que será visto adiante.

Superada a existência da responsabilidade objetiva do Estado, a qual é incontestável diante do texto constitucional, faz-se necessário observar em quais hipóteses poderia o Estado buscar ressarcimento do seu agente faltante, em especial, como poderia demandar regressivamente contra o magistrado, de forma a se ressarcir dos prejuízos experimentados.

4.1.2 A Responsabilidade regressiva do Estado contra o Agente

¹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Incontestavelmente o Estado responde objetivamente pelos danos causados por agentes, podendo, caso entenda cabível, demandar de forma regressiva para ver-se compensado pelos prejuízos. Também, segundo o texto da Constituição, a relação entre o Estado e o seu agente é de natureza subjetiva, tendo o Estado a faculdade de propor ação regressiva contra o agente causador de algum dano, tanto no caso de se verificar culpa ou dolo na sua conduta, ou ainda, o Estado pode denunciar a lide o servidor faltoso como forma de se precaver da futura condenação, mas sem afastar a sua responsabilização (AGUIAR JÚNIOR, 2000 p. 10).

Neste sentido, corroboram as afirmações feitas por Scaff, em especial, destacando a existência de duas relações distintas, mas correlacionadas. A primeira entre o cidadão prejudicado e o Estado e a segunda entre o Estado e o agente causador do dano, afirmando que:

Sobre aquele funcionário que cometeu a imprudência, a negligência ou a imperícia, o Estado passou a ter o poder-dever de exigir indenização, através de ação de regresso. Desse modo, a relação entre o funcionário e o Estado é independente da relação entre o lesado e o funcionário. O Estado deve pagar ao lesado pelos atos danosos cometidos pelo funcionário em razão de sua atuação negligente, imprudente ou imperita, e depois ressarcir-se deste montante junto a este funcionário. Passaram a ser duas relações distintas, muito embora correlacionadas. Em alguns casos seria cabível até mesmo a figura processual do litisconsórcio (2001, p. 132-133)

Na responsabilidade regressiva do Estado contra o seu agente, a obrigação de comprovação do dolo ou da culpa é exclusiva do Estado, o qual não exige qualquer comprovação por parte do cidadão prejudicado, já antes indenizado pelo Estado. E mais, é importante destacar que o agente somente será responsável, caso venha a ser comprovada a sua culpa ou o seu dolo na obtenção do resultado. Ao destacar esta situação, Silva afirma que:

“[...] A culpa ou dolo do agente, caso haja, é problema das relações funcionais que escapa à indagação do prejudicado. Cabe à pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente para o fim de mover-lhe ação regressiva assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização. Se o agente não se houve com culpa ou dolo, não comportará ação regressiva contra ele, pois nada tem de pagar.” (SILVA, 2008, p. 675)

Em se tratando da conduta do magistrado, Hely Lopes Meireles reconhece a possibilidade de condenação da Fazenda Pública por ato judicial tópico, ou seja, pela sentença, em consonância com o disposto no art. 5º. LXXV da CF. E, neste caso, poderá o Estado buscar o ressarcimento do que foi pago, por meio da competente ação regressiva contra o magistrado considerado culpa. (2001, p. 618)

Ou seja, poucas dúvidas pairam sobre a possibilidade de o magistrado ser demandado regressivamente pelo Estado, sempre que a sua conduta tópica causar prejuízos. Basta que o Estado consiga apontar a pessoa causadora do prejuízo e comprovar a sua culpa ou o seu dolo, aplicando ao caso a regra prevista no art. 37, §6º da CF.

O referido artigo da Constituição Federal não faz qualquer tipo de ressalva ou pondera quanto a agentes públicos excluídos desta regra, o que leva a lógica conclusão de que condenado o Estado a indenizar por erros cometidos pelos magistrados, poderá intentar a devida ação regressiva.

4.1.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MAGISTRADO (PESSOAL) PERANTE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

O tratamento constitucional dado à matéria já seria suficiente para que se tivesse uma teoria sobre a responsabilidade civil de todos os agentes públicos, mesmo que regressiva e exercida pelo Estado. Uma teoria geral que englobasse todos aqueles que prestassem os serviços do Estado e que, por suas condutas dolosas ou culposas, viessem a causar prejuízos a outrem. Uma teoria sem exceções e de fácil compreensão.

Porém, prevê o Código de Processo Civil em seu artigo 143, *caput* e incisos¹⁵, que o magistrado responderá pelos danos que porventura causar, no

¹⁵ Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:
I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

exercício de sua função quando agir com dolo ou fraude (ato volitivo), ou ainda, quando se recusar, omitir ou retardar sem justo motivo, providência que deveria ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

O que o CPC trata é de uma responsabilização pessoal do magistrado, independentemente da responsabilidade do Estado, pois trata de atos lesivos voluntariamente cometidos pelo magistrado e em razão do cargo que ocupa. Não se está diante de meros fatos de serviço, ou então, da regular atividade do magistrado que possa vir a causar danos a outrem.

Se está sim diante de casos em que o magistrado, intencionalmente, provoca prejuízos às partes, de forma deliberada, mesmo que não seja em seu proveito. O Magistrado pode causar danos as partes tanto diante da sua desídia em determinar medidas que lhe competem de ofício ou mediante requerimento das partes (BARBI, 1975, p. 541), quanto pela aplicação equivocada de dispositivo legal, ou mesmo, pelo exercício de seu protagonismo. E, “quando o juiz assim proceder, causando prejuízo à parte, fica sujeito a indenizar as perdas e danos causados pela sua ação ou omissão” (BARBI, 1975, p. 541).

Visivelmente, não há que se falar em exclusão da responsabilidade do Estado diante da responsabilização pessoal do magistrado, e isso por uma razão muito simples: se aceita a responsabilização do Estado nos casos de negligência e desídia do magistrado, o Estado deve igualmente responder pela sua conduta dolosa. Não é pelo fato de agir dolosamente que o juiz deixa de exercer a sua função pública e de representar um órgão estatal, motivo pelo qual persiste hígida a responsabilidade do Estado (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 264).

E mais, quando comparado ao artigo 143 do CPC em vigor com ao artigo 133¹⁶ do CPC recém-revogado, pode-se observar que foram apenas acrescentados os

Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.

¹⁶ Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

termos “civil e regressivamente” ao seu texto. Analisando a semântica do escrito, encontra-se entre os termos “civil” e “regressivamente” justamente a conjunção “e”, que, segundo o Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa¹⁷, representa tanto uma conjunção aditiva, que serve para unir duas palavras, frases ou orações, como uma conjunção adversativa, com a finalidade de ligar duas expressões adversas, mas que se equivalem.

O texto do novo Código de Processo Civil em nada inova ao texto do Código de Processo Civil recém revogado. Não faz desaparecer a responsabilidade pessoal do magistrado para os casos nos quais o ato for realizado de forma dolosa, bem como não põe por terra a regra constitucional da responsabilidade regressiva do próprio Estado. Ao contrário, a nova redação apenas reforça a existência dessas duas responsabilidades diversas.

E sendo o caso de ato doloso do magistrado, o ofendido poderá optar entre acionar somente o Estado (pela regra constitucional), diretamente o magistrado ou então ambos (segundo regra do Código de Processo Civil), uma vez que estarão presentes os requisitos para a configuração da solidariedade pelo ato ilícito (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 264). Isso deixa clara a existência de três tipos de responsabilização do magistrado na atual conjuntura legislativa nacional.

Desta forma, é possível concluir que não há nenhum tipo de incompatibilidade com o texto previsto no artigo 143 do Código de Processo Civil que trata da responsabilidade pessoal do magistrado, em face ao disposto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição de 1988 que trata da responsabilidade objetiva do Estado da responsabilidade regressiva do magistrado (DIAS, 2006, p. 878). Ao que se apresenta, são três responsabilizações distintas, e complementares entre si.

Por fim, e para reforçar tudo o que foi dito aqui, destaca-se que, ao final de seu livro, o autor Sidnei Agostinho Beneti (2003, p. 263) apresenta uma livre

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n° II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

¹⁷ E. In: DICIONÁRIO Michaelis. Editora Melhoramentos, 2013. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=e>

tradução do projeto do Estatuto Universal do Juiz, confeccionado pela União Internacional de Magistrados¹⁸, composto de apenas 15 artigos¹⁹, que consagram a

¹⁸ Representado pela sigla UIM, e que congrega Magistrados de 57 países, incluindo o Brasil, que é membro desde a sua fundação, segunda as informações prestadas pelo Autor do texto.

¹⁹ Art. 1. Independência: No conjunto de suas atividades, os Juízes garantem os direitos de cada um em benefício de um processo justo. Devem usar dos meios de que disponham para permitir que os casos sejam submetidos a audiência pública em prazo razoável, visando a definir os direitos e obrigações em matéria civil, ou a veracidade das acusações em matéria criminal.

A independência do Juiz é indispensável ao exercício de uma Justiça imparcial no respeito à lei. Ela é indivisível. Todas as instituições e autoridades, nacionais ou internacionais, devem respeitar, proteger e defender esta independência.

Art.2 Estatuto. A independência do Juiz deve ser garantida por lei específica, garantindo-lhe independência real e efetiva acerca dos outros poderes do Estado. O Juiz, tanto que depositário da autoridade judiciária, deve poder exercer suas funções com toda a independência quanto a todas as forças sociais, econômicas e políticas, com referência aos outros juízes e relativamente à administração da Justiça.

Art. 3 Submissão à lei. No exercício de suas atividades profissionais, o Juiz não deve ser submetido senão à lei e não pode determinar-se senão relativamente a esta.

Art. 4 Autonomia pessoal. Ninguém pode dar ou tentar dar ordens ou instruções, sejam quais foram, ao Juiz. Esta proibição não se aplica às jurisdições superiores quando chamadas a reformar decisões dos Juízes.

Art. 5. O Juiz deve ser e mostrar-se imparcial no exercício da atividade jurisdicional Deve ele cumprir sua tarefa com moderação e dignidade referentemente à sua função e a toda pessoa envolvida.

Art. 6. Eficácia. O Juiz deve cumprir suas obrigações profissionais em prazo razoável e utilizar todos os meios necessários para atingir a eficácia.

Art. 7 Atividades anexas. O Juiz não pode desempenhar nenhuma outra função pública ou privada, remunerada ou não, que não seja plenamente compatível com seus deveres e seu estatuto.

O Juiz não pode ser nomeado para funções exteriores ao exercício judiciário sem seu consentimento.

Art. 8. Proteção do estatuto da função. Um Juiz não pode ser removido, suspenso ou demitido de suas funções senão nos casos previsto pela lei e respeitado o processo disciplinar

O Juiz é nomeado sem limitação de tempo ou por período limitado a condições determinadas, sob a ressalva de eu tal não possa comprometer a independência da Justiça.

Nenhuma alteração referente à idade de aposentadoria pode ter efeito retroativo.

Art. 9 Nomeação. A seleção e cada uma das nomeações do Juiz devem fazer-se segundo critérios objetivos e transparentes fundados na capacidade profissional. Desde que tal não seja assegurado por outros meios resultantes de tradição estabelecida e comprovada, a escolha deve ser garantida por um órgão independente que possua uma parte substancial e representativa dos Juízes.

Art. 10. Responsabilidade civil e penal. Quando admitida a ação civil dirigida contra o Juiz, assim como a ação penal, inclusive a prisão, devem ser efetivadas em condições que não permitam o objetivo de exercer influência sobre a sua atividade jurisdicional.

necessária independência do Magistrado, mas também admitem a responsabilidade civil e penal do magistrado, sem fazer nenhuma distinção entre os casos de dolo ou culpa, somente prestigiando a necessidade de um julgamento por órgão especial que seja composto também por seus pares juízes, e que não influencie na atividade dos demais magistrados.

Ou seja, este estatuto internacional consagra a possibilidade de responsabilização do magistrado tanto nos casos em que agir com dolo quanto nos casos em que agir com culpa, bastando estar evidente o dano sofrido por alguma das partes no processo.

Dessa forma, resta mais do claro a existência de uma responsabilidade pessoal do magistrado, inculpada pelo Código de Processo Civil, para aqueles casos em que o magistrado agir com dolo ou fraude; e, concomitantemente, é possível distinguir a existência de uma responsabilidade objetiva do Estado que

Art. 11. Administração e princípios em matéria disciplinar. A gestão administrativa e disciplinar dos membros do Poder Judiciário é exercida em condições que permitam preservar-lhes a independência e fundada em utilização de critérios objetivos e adequados.

Se tal já for assegurado por outros meios resultantes de tradição provada, a administração judiciária e a ação disciplinar devem competir a um órgão independente que possua um aparte substancial e representativa de Juízes.

As sanções disciplinares contra o Juiz não podem ser tomadas senão por motivos inicialmente previstos em lei, com observância de regras de procedimento anteriormente estabelecidas.

Art. 12. Associações. O direito de associação profissional do Juiz deve ser reconhecido, para permitir que os Juízes sejam consultados notadamente sobre a determinação de suas regras estatutárias, éticas ou outros instrumentos de Justiça, e para permitir garantir a defesa de seus interesses legítimos.

Art. 13. Remuneração e aposentadoria. O Juiz deve receber remuneração suficiente para assegurar-lhe a independência econômica.

A remuneração não deve depender do resultado da atividade do Juiz e não deve ser reduzida durante o tempo de seu serviço profissional.

O Juiz deve poder aposentar-se e receber pensão correspondente a seu nível de responsabilidade.

Após a aposentação, o Juiz não deve ser proibido de exercer outra atividade profissional jurídica em decorrência do fato único da antiga atividade a título judiciário.

Art. 14. Meios materiais. É dever dos outros poderes públicos do Estado dar ao Poder Judiciário os meios necessários à sua ação.

O Poder Judiciário deve poder participar ou poder ser ouvido no que concerne às decisões relativas aos meios materiais.

Art. 15. O Ministério Público. Nos países em que os membros do Ministério Público sejam equiparados aos Juízes, os princípios acima lhes serão aplicáveis acerca da natureza de sua função.

independe da existência de culpa de agente. E, dentro desta responsabilidade objetiva do Estado, caso o agente tenha agido com culpa, poderá o Estado promover a devida ação regressiva. Essas três situações distintas de responsabilização são diversas e complementares entre si, não sendo observado nenhum tipo de ilegalidade ou de inconstitucionalidade nas suas existências.

O atual sistema de responsabilização do magistrado apenas para os casos de dolo traz consequências muito além daquelas já elencadas e que afetam diretamente as partes. Esta irresponsabilidade aparente (até pela dificuldade em se comprovar a ocorrência do dolo) imputa no inconsciente do magistrado um sentimento de liberdade quando ao dever de atenção e cautela, o que torna inseguro todo o exercício profissional da jurisdição, incentivando o protagonismo judicial

Mas, é importante referir que todas as condutas do magistrado podem vir a gerar danos às partes, não apenas as condutas dolosas. O magistrado sempre terá plena consciência dos resultados que a sua conduta virá a produzir, pois é tecnicamente preparado para a função, e sempre que deixar de aplicar algum instituto jurídico válido e optar por impor suas convicções pessoais ou aplicar lei já revogada, ou mesmo, quando opta por não trabalhar por dias seguidos, o faz de forma intencional e premeditada. A intencionalidade está justamente na conduta e o resultado sempre será objetivamente previsível.

As considerações a respeito das responsabilidades sociais e políticas do magistrado são de suma importância para a condução das conclusões deste trabalho, isto porque pretendem demonstrar dois fatores cruciais. O primeiro é que o magistrado tem um dever de cumprir com as suas funções, enquanto servidor público e, quando não o faz, estará voluntariamente criando prejuízos aos seus jurisdicionados. Um juiz que delega a redação de sentenças a um estagiário (uma triste realidade brasileira), estará voluntariamente deixando de cumprir a sua função e inevitavelmente, causando prejuízos as partes.

O segundo, está intimamente ligado a responsabilidade política do magistrados, mais especificamente, quanto ao conteúdo das seus decisões. Quando o magistrado opta, voluntariamente, por aplicar determinado instituto jurídico controvertido ao caso em apreço, desfazendo da aplicação correta da norma, ou mesmo, quando decide embasado simplesmente em sua convicção pessoal, estará,

voluntariamente, assumindo o risco pelos possíveis prejuízos causados aos jurisdicionados.

Estas duas considerações conduzem a conclusão deste terceiro capítulo, de forma a considerar que, independente da forma escolhida, tanto o magistrado quanto o Estado são plenamente responsáveis pelos prejuízos causados durante a função jurisdicional. O reconhecimento desta responsabilização é fator preponderante para elidir o protagonismo judicial do sistema jurídico brasileiro.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade social do magistrado configura-se na mais democrática forma de controle das ações do Poder Judiciário, pois não exige a existência de qualquer tipo de sanção na legislação, mas, ao contrário, expõem as condutas dos juízes a crítica da sociedade, seja ela leiga ou especializada, que, neste contexto, é capaz de exercer verdadeiramente um controle externo do Poder Judiciário.

Neste íterim, tem-se a própria sociedade exigindo do magistrado que atue de forma a correta, que tenha coerência nas suas decisões e que cumpra com as suas responsabilidades mais elementares, tais como, assiduidade, celeridade, presteza e gestão da serventia a qual está lotado, sempre respeitando as leis, a sociedade e a democracia.

Não há nenhum tipo de conflito entre o dever de prestação de contas, inerente a qualquer servidor público, e as liberdades decisórias do magistrado, ao contrário, há sim um silogismo muito interessante, que conduz a um Poder Judiciário forte, liberto e efetivamente democrático.

Nessa realidade, jamais poderia o magistrado tornar-se a protagonista dos atos sociais, por meio de suas decisões virtuosas e dotadas de rebuscadas construções de direitos, ao contrário, o magistrado deve se reconhecer como mais uma peça do quebra-cabeça social, tão importante quanto às demais. Só quando todos ocuparem o seu devido espaço é que a tarefa poderá ser concluída, revelando a grande beleza da obra.

Isto não quer dizer que o magistrado não deva exercer a sua função de forma livre, bem como, que a sua atuação deva ficar restrita somente a aplicar a lei, mas sim, que nos casos onde lhe for exigido uma atuação mais voluntariosa, deve o fazer sempre pensando na coletividade, nas suas vicissitudes e nas consequências de seus atos para além da relação processual. Jamais pode julgador imbuído tão somente em suas concepções pessoais e tentar, por meio da sentença impô-las como verdades absolutas a sociedade.

A responsabilidade social do magistrado é o maior balizador do seu protagonismo, isto porque deve sempre pautar a sua conduta, pois, do contrário

estará tomando para si o poder absoluto, que democraticamente foi distribuído entre os demais Poderes da República, de forma a garantir a continuidade da democracia e o desenvolvimento da sociedade.

Jamais será possível perder de vista o fato de que uma lei, para vigorar, deve ser constitucional e democraticamente aprovada pelo Poder Legislativo, que é o extrato máximo de democracia dentro de um sistema representativo como é o brasileiro, e que ao ser desconsiderado pelo magistrado, este estará contrariando a vontade da maioria da população (pelo menos formalmente).

Uma decisão democrática, tomada pelo Congresso Nacional jamais poderá ser simplesmente desconsiderada pelo magistrado, seja por qual argumento for. Neste contexto, podemos concluir que a responsabilidade social do magistrado é certamente uma ferramenta de proteção e promoção da democracia, dentro do sistema jurídico nacional, ao passo que o protagonismo do magistrado é certamente uma figura anômala, criada circunstancialmente dentro do próprio Poder Judiciário, como forma de 'legitimar' uma conduta mais proativa e liberta, mas que o seu reflexo na sociedade ainda carece de importantes esclarecimentos.

É indiscutível que a função dos magistrados ganhou relevância nas últimas décadas, seja diante das transformações sociais, aceleradas pelo advento uma nova sociedade mais 'liquefeita', seja diante das severas crises institucionais vivenciadas pelos demais Poderes. Certo também é o fato de que isto não dá ao magistrado amplos poderes sobre os rumos da sociedade, ao contrário, faz com que a sua postura também seja revista e reconceituada.

O magistrado deve sempre ter em mente a importância da sua função, e as possíveis consequências negativas que pode causar aos jurisdicionados, tanto quando age com displicência, deixando de cumprir com os seus mais elementares deveres, como também, quando deixa transparecer as suas vontades no momento de decidir.

O próprio constitucional dever de fundamentação das decisões deve limitar esta atuação arbitrária do magistrado, pois, constitui-se em verdadeiro direito social, que afeta não apenas as partes envolvidas na contenda, mas reflete diretamente em toda a sociedade, mesmo que não tocada diretamente pelo julgado. Ou seja, não basta que o julgador exponha seus motivos pessoais, suas vontades,

mas é necessário que haja uma fundamentação substantiva, que se apoie tanto na legislação quanto nos princípios, ou mesmo nos costumes jurídicos, mas que igualmente distribua a justiça entre as partes e devolva a paz e a estabilidade para a sociedade.

E foi justamente neste contexto que o Código de Processo Civil ousou em positivar requisitos básicos para a fundamentação das decisões. São requisitos processuais, ligados muito mais a formalização da sentença do que propriamente ao seu conteúdo democrático. Ou seja, trouxe requisitos formais para decisão, mas que pouco, ou quase nada, poderão influenciar no direcionamento de uma decisão efetivamente democrática e que respeite os preceitos políticos e constitucionais secularmente esculpidos pelas sociedades.

Por tal motivo é que ainda se faz necessário uma revisão dos ensinamentos de Dworkin e de Rawls, quanto a esta substancia democrática que deve estar presente no momento da decisão. Dworkin ao desenhar o que ele chama de atuação política do magistrado, quebra com paradigmas do positivismo para libertar o magistrado a aplicar princípios para a solução de casos difíceis. Mas não são quaisquer princípios, mas sim princípios políticos, extraídos da própria sociedade e que sejam capazes de relevar a vontade social na decisão.

Nesta senda, resta claro que o magistrado não está liberto para aplicar os seus princípios e convicções pessoais na resolução de casos considerados difíceis, mas sim, democraticamente, deverá encontrar a resposta na própria sociedade que lhe fornece subsídios para tanto.

Já Rawls, aprofunda ainda mais este debate, deixando claro que o magistrado, sempre que necessitar buscar elementos além da legislação para exercer a sua função, deve o fazer buscando na sociedade os elementos da razão pública, ou seja, elementos socialmente aceitos, a partir de uma filtragem social, consubstanciado no debate entre diversas doutrinas abrangentes e socialmente aceitas, e jamais impor na decisão a sua doutrina abrangente ou a de certo grupo de pensadores.

Para que se tenha realmente uma decisão democrática, não devem apenas serem atendidos os requisitos formais presentes tanto no dever de fundamentar as decisões, quanto aqueles prescritos pelo Código de Processo Civil.

É preciso muito mais, primeiramente, é necessário que se busquem elementos sociais suficientemente aceitos, e que estes sejam aplicados por todos os magistrados, independentemente das suas concepções particulares, pois, enquanto julgadores, são eles a personificação do estado, e assim deve agir sempre tendo em vista os preceitos da razão pública.

Uma decisão verdadeiramente democrática, deve ser capaz tanto de respeitar a legislação vigente, como de atender aos anseios sociais. Este é o difícil equilíbrio que se espera que o magistrado seja capaz de realizar, para assim ser possível chegarmos a uma decisão democrática.

Já destacada a função, o protagonismo e as suas responsabilidades social e política, resta ainda a importante análise conclusiva quanto a sua responsabilização jurídica. Não se nega a importância da função exercida pelo magistrado no sistema social brasileiro, em especial, o crescimento das suas funções e do seu trabalho com o aumento da judicialização dos conflitos que é uma consequência do próprio desenvolvimento econômico e social.

Por outro lado, é possível destacar que mesmo sendo o magistrado imprescindível para prestação dos serviços públicos da justiça, os seus poderes não são ilimitados, e muito menos absolutos, não sendo ele o protagonista desta história.

O magistrado encontra-se subordinado tanto as normas, quando ao próprio Estado, motivo pelo qual deve ser considerado como um servidor público, assim como qualquer outro titular de cargo público, devidamente aprovado em concurso, e que desenvolva atividades exclusivamente estatais. Isto faz com que o magistrado esteja incerto na inteligência do artigo 37, §6º da Constituição Federal que prevê a responsabilidade do Estado por atos de seus funcionários, assim como estão igualmente subordinados os escrivães, os fiscais de trânsito, os médicos vinculados ao SUS, os garis, os membros do Ministério Público, entre outros que desenvolvam as atividades do Estado.

Neste caso, o Estado tem a faculdade de responsabilizar o magistrado (assim como qualquer outro funcionário público) de forma regressiva, independente da verificação de dolo ou de culpa na sua conduta. Ademais, neste caso, basta que o Estado comprove que o prejuízo foi ocasionado pelos atos do magistrado.

Podemos concluir que a Constituição Federal estabelece uma teoria da responsabilização direta do Estado e indireta do Magistrado.

Já a responsabilidade civil e pessoal do magistrado, prevista no artigo 143 do Código de Processo Civil é diversa e complementar àquela prevista na Constituição Federal. Esta responsabilidade é pessoal do magistrado por seus atos praticados com dolo, fraude ou quando atrasar deliberada e injustificadamente o andamento do processo. Porém, tal regra não afasta a responsabilidade solidária do Estado.

Ou seja, tratam-se de três responsabilidades diversas e complementares que nada tem de contraditórias. Enquanto a regulamentação da Constituição cria uma regra geral para todos os funcionários públicos, em decorrência do conceito de “serviço público”, a previsão do Código de Processo Civil trata especificadamente da atuação do magistrado na condução do processo, sempre que agir com dolo ou fraude.

A responsabilidade social do magistrado, é ferramenta importante para o controle prévio dos atos da magistratura, pois cinge-se ao poder de fiscalização por parte da população da atuação do magistrado. Já a responsabilidade política está incerta no conteúdo das decisões judiciais. Por tal responsabilidade, não pode o magistrado abandonar as razões públicas e julgar a partir de suas concepções pessoais, o que restou demonstrando ao longo deste trabalho.

Por fim, a responsabilidade jurídica é a forma de se punir (financeiramente) o Estado e o magistrado pelo mau uso do seu cargo. Firmada tal possibilidade, o magistrado não poderá mais sentir-se liberto e irresponsável, o que influenciará de forma positiva na sua atuação.

A conjugação destas três diferentes responsabilidades da magistratura, criam um eficaz sistema para o controle do protagonismo judicial, pois reconhecem a importância fundamental da sua função, mas, especialmente, reconhecem que o magistrado está incerto dentro de um sistema onde a sociedade é o autor e principal personagem.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **O poder judiciário e a concretização das cláusulas gerais:** limites e responsabilidades. Revista de Direito Renovar, Rio de Janeiro, v. 18, p. 11-19, setembro/dezembro de 2000.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil.** Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1993. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102/A%20RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DO%20ESTADO%20PELO%20EXERC%20C%20DA%20FUN%20JURISDICIONAL%20NO%20BRASIL.doc

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Ledio Rose de. **Juiz Alternativo e poder judiciário.** Editora Acadêmica, São Paulo, 1.992.

ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. I. Tomo II. 1ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense 1.975.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz.** 3ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil.** Brasília: Distrito Federal: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm

BRASIL. **Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979.** Dispõem sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em 24/04/2017.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados.** São Paulo: Editora Pillares, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1989

CASTRO, faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política.** Disponível em <
http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09> Acesso em: 18 de junho de 2017

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 42**, de 11 de setembro de 2007. Disponível em:
http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_14_21032006_27122012151512.pdf. Acesso em 30 de abril de 2.017

CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. **Chaim Perelman: da argumentação à justiça: um retorno a Aristóteles.** Porto Alegre: Linus Editores, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berofrd Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014

E. In: **DICIONÁRIO Michaelis.** Editora Melhoramentos, 2013. Disponível em:
<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=e>

ESTEFAM, André. **Direito Penal 1: parte geral.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas: justiça e democracia.** Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 205

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

HOFFMAM, Fernando; CAVALHEIRO, Larissa Nunes; NASCIMENTO, Valeria Ribas dos. Dworkin versus Cappelletti: qual o modelo de juiz adequado ao estado democrático de direito? **In Revista de Direito UNISC**. Nº. 36, Santa Cruz do Sul, jul-dez 2011. Disponível em: file:///C:/Users/acer/Downloads/2043-8397-3-PB.pdf.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. i. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções a teoria do “risco integral”. In: **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 35, nº. 139. Jul/Set 1998. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/385/r139-02.pdf?sequence=4>> acesso em: 25 de maio de 2.017.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007

LYRA, Roberto. **Como julgar, como defender, como acusar**. Rio de Janeiro: Científica, [19--]. p. 9

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Regina Lucia Teixeira. Dilemas da decisão judicial as representações dos juízes brasileiros sob o princípio do livre convencimento do juiz e outros principio correlatos. **in Revista Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, 2008. Volume 14, nº. 1, páginas 191 – 207, disponível em: http://www.ugf.br/editora/pdf/ciencias_sociais/cs_v14_n1_artigo10.pdf

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1973.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8 ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2 ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **O juiz na sociedade moderna**. São Paulo: FTD, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Livre apreciação da prova: perspectivas atuais. In. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20de%20oliveira\(4\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20de%20oliveira(4)%20formatado.pdf)>. acesso em 17 de maio de 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora Ática. 2.000

RIBEIRO, Antônio de Pádua. **Vencimentos da magistratura**. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 9, n. 1, p. 40-43, jan./jun. 1997. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/685>>. Acesso em: 30 de abril de 2017

SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. 2.ed ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Octacílio Paula. **Ética do magistrado à luz do direito comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

TOSCANO DOS SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo; STRECK, Lenio Luiz. VONTADE DE PODER VERSUS NORMATIVIDADE: O QUE O NAZISMO NOS ENSINA?. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 21, n. 2, p. 393-420, ago. 2016. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9090/5038>>. Acesso em: 16 jan. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v21n2.p393-420>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. in **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15689-15690-1-PB.pdf>

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre o positivismo jurídico e pós-positivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Org. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109

USTARROZ, Daniel. A democracia processual e a motivação das decisões judiciais. In: **Sérgio Gilberto Porto. (Org.). As garantias do cidadão no processo civil**. 1ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 125-145. p. 135

ZAMBAM, Neuro José. **Introdução à teoria da justiça de John Rawls**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.