

PAULO MACHADO CORDEIRO

**A RESPONSABILIDADE SOCIAL DOS JUÍZES E A
APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

UFAL - 2006

Universidade Federal de Alagoas
Centro de Ciências Jurídicas
Curso de Mestrado em Direito

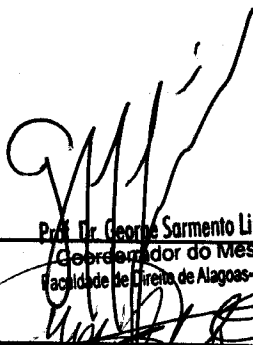
**A RESPONSABILIDADE SOCIAL DOS JUÍZES E A
APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação final apresentada à banca examinadora
como requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito pelo Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal de Alagoas.

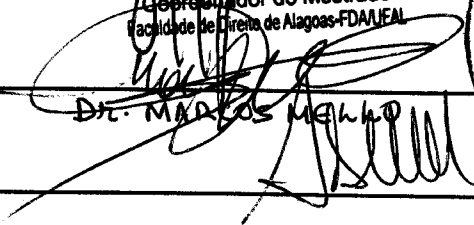
Orientador: **Prof. Dr. Andreas Joachim Krell**
Área de Concentração: **Direito Público**

PAULO MACHADO CORDEIRO

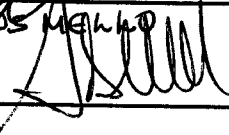
BANCA EXAMINADORA




Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior
Coordenador do Mestrado
Faculdade de Direito de Alagoas-FDA/UFAL



DR. MARCOS MELO



DR. ANDREAS KRELL



AGRADECIMENTOS E HOMENAGENS ESPECIAIS

- A minha esposa Deuscinea e aos meus filhos Felipe e Irbene pelo amor, dedicação e compreensão;**
- Aos Desembargadores Federais Paulo Roberto de Oliveira Lima e Francisco Wildo Lacerda Dantas pela confiança, incentivo e força;**
- Aos colegas Juízes Federais da Seção Judiciária pelo apoio;**
- Ao Orientador, Andreas Joachim Krell, pelo incentivo e opiniões sempre acatadas e que resultaram no trabalho ora apresentado;**
- Ao Prof. Dr. George Sarmiento Júnior que na disciplina ministrada oportunizou sendeiro para o término deste trabalho.**

ABREVIATURAS

ac.	acórdão
ADC	ação direta de constitucionalidade
ADin	ação direta de inconstitucionalidade
art.	artigo
c/c	combinado com
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal de 1988
cf.	conforme
cit.	Citado(a)
Dec.	Decreto
Des.	Desembargador
DJU	Diário de Justiça da União
EC	Emenda Constitucional
Ed.	Edição
Em.	ementa
<i>Ibid.</i>	mesma obra e mesmo autor
j.	julgado em
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
Nº	número
<i>Op. Cit.</i>	Obra citada anteriormente
p.	página
par. Ou §	parágrafo

p.ex.	por exemplo
Rel.	relator
Segs.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T.	Turma
Un.	Unânime

RESUMO

Os juízes desempenham fundamental função pública influenciando decisivamente todos os estratos da sociedade brasileira, intervindo e participando decisivamente das atividades sociais, econômicas, políticas, familiares, de consumo, dentre outras, resultando, então, na contrapartida, em uma exigência e expectativa de controle da sociedade na atividade jurisdicional.

É evidente a imposição de maiores responsabilidades a atividade dos juízes, em face das características da atividade, bem como pelas esperanças colocadas na função e tendo por parâmetro este período da história fortemente marcado por instabilidades, impasses e desigualdades, sendo a magistratura instada a solucionar conflitos, cada vez mais graves, em face da gravidade dos impasses e pela cada vez maior transferência dos conflitos políticos para a arena judicial.

Apesar da importância da atribuição de uma maior responsabilização dos juízes por seus atos, a doutrina é mínima a respeito do tema, desconsiderando relevantes questões que indiquem o caminho a ser percorrido na procura por uma responsabilização social dos juízes com uma perspectiva científica e que implique em fundamentação esmerada para alcançar os objetivos perseguidos.

O núcleo teórico do trabalho realça o comprometimento dos juízes com a democracia e com os direitos fundamentais, conjuntos de preceitos, princípios e normas que compõem a base essencial de vinculação dos magistrados em nossa era contemporânea. Alvitra a obrigação de fundamentação das decisões em que estas estão vinculadas a uma aceitação pela sociedade civil.

A necessidade de se pensar e oferecer à comunidade científica um trabalho sobre a responsabilização social dos juízes com uma perspectiva científica e que tenha condições de trazer à baila das discussões este tema de alta relevância justifica a apresentação do tema em toda a sua plenitude.

ABSTRACT

Judges carry out important public duties which affect the different social layer in the Brazilian society, They intervene and take part in all social, economical, political, consumption and family activities and, therefore, are expected to control the jurisdictional activities activities in such society.

The great responsibility imposed on judges as a result of their activity becomes evident. Also, their activity raises high hopes due to the instabilities, deadlocks of the present historical period. Judges are called to find solutions for the increasing number of political conflicts being transferred to the judicial arena.

Despite their greater responsibility, there is very little on doctrines to define, guide and support the decisions that must be taken based on the social responsibilities of judges or adequate scientific perspectives and clear of the aims to be achieved.

The focus of the present study highlights the judges' commitment to democracy and to the fundamental rights. It includes a set of principles and norms that presently provide support for magistrates. The study suggests that actions must be grounded on principles acceptable by the civil society.

The present study is justified by the necessity to offer the scientific community research on the social responsibility of judges, based on a scientific perspective adequate for dealing with different sorts of social issues in their entirety.

SUMÁRIO

Introdução. Responsabilidade Social dos Juízes. Importância do tema e sua posição fundamental no Direito. -----	9
Capítulo I. A responsabilidade social dos juízes. -----	16
1.1. Tipologia da responsabilidade judicial-----	16
1.2. A responsabilidade social dos juízes sob o controle da opinião pública-----	22
1.3. Crítica à doutrina de Luigi Ferrajoli -----	25
1.4. Proposta de modelo de responsabilidade social dos juízes-----	30
Capítulo II. O Poder Judiciário e o princípio democrático.-----	33
2.1. A eficácia do princípio democrático -----	33
2.2. Caracterização jurídica da democracia deliberativa -----	37

2.3. Os direitos fundamentais são elementos condutores para realização da democracia-----43

2.4. O papel do juiz na realização dos direitos fundamentais -----46

Capítulo III. Apreciação doutrinária do papel do Judiciário na consolidação dos direitos fundamentais. -----50

3.1. A tópica de Chaïm Perelman e a atuação dos juízes e tribunais -----50

3.1.1. A motivação das decisões judiciais na perspectiva adotada por Perelman -----54

3.2. A teoria da justiça de John Rawls -----57

3.2.1. A concepção do Rawls sobre a sociedade -----59

3.2.2. A aplicação da justiça em Rawls -----66

3.2.3. Os objetivos alcançados pela teoria -----70

3.3. O pensamento de Ronald Dworkin e a função jurisdicional --72

3.3.1. O direito como conceito interpretativo da prática jurídica 75

Capítulo IV. A fundamentação dos direitos fundamentais.

A questão do mínimo existencial. -----81

4.1. A importância e a necessidade da fundamentação dos direitos fundamentais -----82

4.2. A previsão Constitucional dos direitos fundamentais -----88

4.3. A questão subjacente sobre o mínimo existencial -----91

Capítulo V. A importância e funcionalidade dos direitos fundamentais e a atuação do Poder Judiciário. A destacada responsabilidade social dos juízes como elemento viabilizador dos direitos fundamentais. -----	99
5.1. As transformações do Poder Judiciário e o incremento de suas responsabilidades sociais -----	101
5.2. A responsabilidade do juiz pela aceitação de suas decisões -	105
5.3. A viabilidade jurídica da responsabilização social a partir da exigência de uma fundamentação jurídica baseada nos direitos fundamentais -----	109
5.4. A atuação concreta do Poder Judiciário sobre o tema -----	114
Conclusão: Perspectivas para um sistema de responsabilidade social do juiz a partir da instrumentalização da defesa dos direitos fundamentais. -----	125
Bibliografia -----	129

Introdução. Responsabilidade Social dos Juízes. Importância do tema e sua posição fundamental no Direito.

O presente estudo objetiva analisar o importante tema da natureza da atividade jurisdicional e da real função exercida pelo juiz e com isso se conjuga com a sua responsabilidade social em uma democracia, uma vez que o juiz vinculado está umbilicalmente ao funcionamento do Estado moderno intervencionista e da sua participação sempre crescente nas atividades sociais, econômicas, políticas, familiares, de consumo, dentre outras.

Se aceita a tese de que “el juez de Derecho civil (em oposição ao juiz da Common Law) tiene las manos atadas: debe actuar como um “simple operador de uma maquinaria diseñada por el legislado, es decir, de forma altamente mecânica y a-creativa, tanto respecto de cuestiones procesales como sustantivas”¹, não existiria o problema, porquanto a sentença seria simples e automática aplicação particularizada da lei ao caso concreto.

Impende ponderar, contudo, que não é assim e sobre esse ponto todos estão de acordo.

Os jusnaturalistas preconizam a existência de uma lei superior ao direito positivo, expresso este nos precedentes jurisprudenciais e nas leis, devendo o juiz afastar a norma inferior, positiva, quando em confronto com a lei natural. Essa tarefa, embora não sendo criadora, pois ao juiz incumbe a descoberta do direito, lhe permite avaliar as leis e os precedentes, abandonando-os se um tal precedente é muito injusto.

¹ Jose-Juan Toharia. **El juez español**. Madrid: ed. Tecnos, 1975, p. 24.

Os positivistas afirmam que o juiz cria o direito ao resolver o caso concreto, cabendo admitir o fato de que no exercício de seu poder discricionário não estão os juízes ligados a nenhum *standard*, exercendo de fato seguidamente a função de legisladores, conforme está dito por H.L. Hart, importante filósofo do direito positivista, sendo para alguns o mais importante da geração do pós-guerra: “he thought that in the penumbral situation judges must necessarily legislate”, quer se dizer, “ele pensou que em situações em que identificado o vazio legislativo, o juiz deveria legislar”²

A função criadora, assim como exposta pelo positivismo mais ortodoxo, tem o defeito de deixar o juiz sem qualquer parâmetro para resolver o caso concreto, ao admitir que ele atue em um âmbito de liberdade para criar a norma individualizada. Essa a crítica que já foi feita alhures por Ruy Rosado de Aguiar, à Teoria Pura do Direito, de tanta utilidade para a compreensão científica do Direito, mas que é insuficiente para auxiliar o juiz no trabalho interpretativo, pois lhe fornece uma estrutura formal que pode ser preenchida por norma justa ou injusta, fascista ou democrática, o que não serve para orientar a aplicação judicial comprometida, no Estado Constitucional Democrático, com a justiça e os enunciados da democracia.³ Além disso, fosse o juiz um criador, desligado de qualquer *standard*, muito tênue seria a sua responsabilidade social, pois não estaria vinculado a parâmetros, entre eles os decorrentes do regime democrático.

A responsabilidade pública é tema antigo, já tendo estrado no artigo 14 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que propunha que a sociedade teria o direito de exigir a prestação de contas de todo agente público deixando, então, evidenciada a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos no mais amplo espectro, sendo certo que a sociedade brasileira não se mostra mais complacente com o agente

² H.L.A. Hart. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, v. 71, p.539; O Conceito de Direito, p. 144, Almedina.

³ Interpretação, AJURIS, 1989, v. 45, p. 7.

público que não pauta sua atuação dentro de parâmetros definidos como morais e eficientes e tem exigido sua responsabilização de maneira cada vez mais contundente.

No caso da atividade dos juízes é evidente a imposição de maiores responsabilidades em face das características da atividade judicial, e em vista das esperanças colocadas na função e tendo por parâmetro este período da história fortemente marcado por instabilidades, impasses e desigualdades, sendo a magistratura instada a solucionar esses conflitos e em face dessa intervenção multiplicada da atividade na sociedade em geral.

É notória a carência dos recursos e das estruturas organizacionais, comprovadamente obsoletas, além da formação técnico-profissional excessivamente formalista.

Essa problemática levou José Eduardo Faria a afirmar: “Para superar algumas dessas limitações, com a finalidade de identificar alternativas, de lidar com a questão da justiça substitutiva, de ampliar o recurso à regra da equidade e alargar sua visão-de-mundo na interpretação dos conflitos-limite da sociedade brasileira algumas escolas de magistratura e associações de juízes não hesitaram em solicitar o apoio da Universidade de São Paulo – mais precisamente, dos professores de teoria do direito, sociologia jurídica e história do direito”.⁴

A necessidade de se pensar e oferecer à comunidade científica um trabalho sobre a responsabilização social dos juízes com uma perspectiva científica e que tenha condições de trazer à baila das discussões o tema de todo modo relevante é tema cediço e justifica a apresentação do tema em toda a sua plenitude.

⁴ Faria, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 9.

Umberto Eco⁵ aponta quatro requisitos para caracterizar certo trabalho intelectual de científico. Fala o escritor italiano, então, que, inicialmente, deverá debruçar-se sobre “um objeto reconhecível e definido de tal maneira que seja reconhecível igualmente pelos outros”; deverá, além disso, “dizer do objeto algo que ainda não foi dito ou rever sob uma ótica diferente do que já se disse”; bem como, “deve ser útil aos demais”; e, outrossim, “deve fornecer elementos para a verificação e contestação das hipóteses apresentadas e, portanto, para uma continuidade”.

Importante registrar a opinião de Lair da Silva Loureiro Filho a respeito da importância científica e política de um estudo sobre a atividade judicial nos dias atuais, “No que pese a cientificidade do tema escolhido, não se pode deixar de lado seu caráter atual (e aí reside a principal justificativa e a razão de sua conveniência), pois o momento pelo qual passa o Judiciário é atípico, estando completamente desnudado, exposto à crítica social como até então jamais estivera. Neste diapasão, pretende-se negar a artificiosa dicotomia entre tese científica e tese política, observando, para tal, as regras de cientificidade necessárias.”⁶

Impende ponderar, ainda que mais não seja, para comprovar a adequação do tema proposto, uma vez mais com Umberto Eco: “vê-se que não existe oposição entre tese científica e tese política. Por um lado, pode dizer-se que todo trabalho científico, na medida em que contribui para o desenvolvimento do conhecimento geral, tem sempre um valor político positivo (tem valor negativo toda ação que tenda a bloquear o processo de conhecimento); mas, por outro lado, cumpre dizer que toda empresa política com possibilidade de êxito deve possuir uma base de seriedade científica”.⁷

⁵ Eco, Umberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1989, p. 21-25.

⁶ Loureiro Filho, Lair da Silva. **Responsabilidade Pública por Atividade Judiciária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 28.

⁷ Eco, Umberto, op. cit., p. 24-25.

A mais eficiente possível prática da atividade judiciária e sua responsabilização, em todos os quadrantes, máxime a social decorrente da exigência difusa da sociedade em geral, opinião pública, operadores do direito e enfim todos os componentes que forma a cidadania é um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito.

O estudo de um tema tão relevante para a compreensão dos problemas e soluções necessárias ao seu pleno desenvolvimento e ação prática, impõe uma abordagem multidisciplinar que refoge ao simples estudo normativo da questão.

A esse respeito impõe observar a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior ao lecionar que: “o campo das investigações zetéticas do fenômeno jurídico é bastante amplo. Zetéticas são, por exemplo, as investigações que têm como objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História, da Filosofia, da Ciência Política etc. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica. Todas elas são disciplinas gerais, que admitem, no âmbito de suas preocupações, um espaço para o fenômeno jurídico. Na medida, porém, em que este espaço é aberto, elas se incorporam ao campo das investigações jurídicas, sob o nome de Sociologia do Direito, Filosofia do Direito, Psicologia Forense, História do Direito etc”. “(...) Do ângulo zetético, o fenômeno comporta pesquisa de ordem sociológica, política econômica, filosófica, histórica etc. Nesta perspectiva, o investigador preocupou-se em ampliar as dimensões do fenômeno, estudando-o com profundidade, sem limitar-se aos problemas relativos à decisão dos conflitos sociais, políticos, econômicos”.⁸

O raciocínio crítico e a observação da realidade social não podem ser evitadas pelo estudioso do assunto tema deste trabalho sob a

⁸ Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 1995, p. 43-44.

justificativa da suposta neutralidade axiológica pretensamente exigida ao saber científico, impondo-se também a construção doutrinária a partir da hermenêutica constituída a partir de matriz ideológica diferenciada da lei, embora se saiba que a lei é a principal fonte do Direito.

Em relação à metodologia considerada predomina o método dedutivo, partindo-se do geral para o específico, do conceito para a concretude, porém não se dispensou a utilização da jurisprudência para uma completa de aferição do objeto estudado.

O trabalho está dividido em quatro partes e com uma conclusão, que serão adiante explicadas sumariamente.

Na primeira discute-se a responsabilidade social dos juízes a amplitude e sua conceituação, o tipo proposto por Luigi Ferrajoli, uma crítica a essa doutrina e uma proposta de responsabilidade social dos juízes baseada na vinculação aos direitos fundamentais.

Na segunda parte será traçado um paralelo entre a função jurisdicional e a democracia, partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais são elementos condutores da democracia e os juízes são elementos condutores dos direitos fundamentais e, portanto, da preservação da própria democracia em vista da estreita vinculação de uns com os outros.

Na terceira parte aborda-se a apreciação doutrinária do papel dos juízes na consolidação dos direitos fundamentais com o estudo de três das principais doutrinas explicadoras do fenômeno jurídico atuais, isto é, os estudos da argumentação tópica de Chaïn Perelman, a justiça em John Rawls e a interpretação construtiva de Ronald Dworkin.

Na quarta parte buscou-se fundamentar os direitos fundamentais e estabelecer um estudo sobre o mínimo existencial.

Na conclusão formulou-se um sistema de responsabilidade social dos juízes a partir da instrumentalização da defesa dos direitos fundamentais.

Pretende-se, neste trabalho, a ser apresentado como dissertação final ao Curso de Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, fazer pormenorizada descrição da responsabilidade social dos juízes, no ambiente atual do Estado intervencionista, e por fato da Justiça em particular, assim como evoluiu no Brasil e através de doutrinas que influenciaram e ainda influenciam o evoluir do nosso direito e que atualmente vivenciam uma grande discussão e se tornaram de uma profunda análise em diversos trabalhos jurídicos, adaptando-as ao direito vigente.

O presente estudo, produzido sob o incentivo do Prof. George Sarmento, na disciplina Direitos Humanos Fundamentais, ministrada no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, e sob orientação do Prof. Andreas Krell, deriva da necessidade de se mostrar, à luz da contemporânea teoria jurídica uma idéia sobre a responsabilização do juiz, sob o ponto de vista social.

A responsabilidade social do juiz surge diretamente frente à sociedade e não se insere no esquema jurídico por falta de regulação legal para a sua apuração e aplicação de sanção, mas assume cada vez maior importância no estado democrático.

Proponho-me a examinar a responsabilidade social à luz dos conceitos sobre a natureza da função judicial e do estado democrático, centralizando o presente trabalho na adoção de um pensamento voltado para a apreciação dos direitos fundamentais.