

# RESPONSABILIDADE SOCIAL DO JUIZ , ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS<sup>1</sup>

Sergio Pimentel Borges da Cunha  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Mestrando em Direito Público  
pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

## I. INTRODUÇÃO

Dentre os princípios que regem o acesso à Justiça destaca-se a operosidade<sup>2</sup>, que se caracteriza pela “atuação ética de todos quanto participem da atividade judicial ou extrajudicial”<sup>3</sup> e pela “utilização dos instrumentos e dos institutos processuais de forma a obter a melhor produtividade possível, ou seja, utilização da técnica a serviço dos fins idealizados”<sup>4</sup>.

Em relação à ética exigida nas atividades do magistrado e suas respectivas responsabilidades, o enfoque doutrinário tradicional da matéria restringe-se ao estudo das hipóteses de responsabilização penal, civil e disciplinar<sup>5</sup>. Embora o tema suscite controvérsias acaloradas, em especial no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado decorrente do “erro judiciário” e as possíveis repercussões em relação à responsabilidade subjetiva do juiz<sup>6</sup>, um aspecto da “responsabilidade” dos integrantes da Magistratura, comumente negligenciado, por afetar, ainda que supostamente, a independência necessária ao exercício da função jurisdicional, vem sendo destacado por alguns estudiosos: a responsabilidade social<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Monografia apresentada no Curso de Mestrado em Direito Público, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, para a disciplina “ACESSO À JUSTIÇA E TUTELA DOS DIREITOS”, ministrada pelo Professor Paulo César Pinheiro Carneiro - Janeiro de 2003.

<sup>2</sup> CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 63-78.

<sup>3</sup> *Id.*, *ibid.*

<sup>4</sup> *Id.*, *ibid.*

<sup>5</sup> TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976, p. 407.

<sup>6</sup> Hoje limitada, ainda, pela regra do art. 133, I e II, do Código de Processo Civil.

<sup>7</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro. “Quis Custodes Custodiet? Qui nous protegera contre ceux qui nous protègent? Étude de droit comparé sur la responsabilité des autorités judiciaires”. In: *Le Pouvoir des Juges*. Paris: Economica, 1990, p. 115-177; DÍAZ, Adrián Rentería. “Il Giudice: quale responsabilità?”. *Revista de Processo* 82: 173-197, 1996; AGUIAR JR., Ruy Rosado. “Responsabilidade Política e Social dos Juizes nas Democracias Modernas”. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: 1997, p. 591-619.

Este estudo visa analisar quais as implicações e os limites da responsabilidade social do juiz e do Poder Judiciário, sua importância no Estado Democrático de Direito e na efetividade dos direitos fundamentais e como as decisões judiciais podem adquirir legitimidade, a partir da argumentação jurídica e da exigência constitucional de fundamentação, que exercem, ou ao menos deveriam exercer, papel prioritário nas atividades desempenhadas pelos magistrados, visando assegurar o pleno acesso à Justiça.

A afirmação da responsabilidade social do juiz, como será demonstrado, é um dos corolários do princípio constitucional da moralidade, o qual vincula não somente o Poder Executivo mas também o Legislativo e o Judiciário, mesmo no exercício, respectivamente, das suas funções típicas de elaboração de leis e solução dos conflitos de interesses surgidos na sociedade.

O princípio da moralidade, em consequência, deve orientar a interpretação e aplicação das normas jurídicas e permite, inclusive, a impugnação de decisões judiciais que deixem de observar os princípios fundamentais do texto constitucional, mesmo após o respectivo trânsito em julgado, cabendo à doutrina processual estabelecer quais os meios adequados para desconstituição da coisa julgada, dentre os quais pode-se vislumbrar a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental para esta finalidade.

## II. MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, PRINCÍPIO DA MORALIDADE E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A exigência de fundamentação das decisões judiciais, “como expressão da ‘justificação formal’ dos atos emanados do Poder a que compete, por excelência, a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos, constitui garantia inerente ao Estado de Direito”<sup>8</sup>.

A necessidade de motivação da sentença ou decisão interlocutória, regra prevista nos arts. 165 e 458, II, do Código de Processo Civil e hoje consagrada no art. 93, IX, da Constituição Federal, cuja inobservância acarreta a nulidade do ato decisório, é expressão

<sup>8</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito”. In: *Temas de Direito Processual Civil*, 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 95.

do princípio da moralidade ou da transparência, pois, como lembra Barbosa Moreira, “não basta que se faça justiça: é preciso que se veja que está sendo feita justiça”<sup>9</sup>.

Por tal razão, a concessão de liminares ou a prolação de sentenças, em termos extremamente sumários e sem a abordagem e a efetiva decisão sobre as questões de fato e de direito suscitadas pelas partes ao longo da tramitação do processo, importam em afronta à regra do art. 93, IX, do texto constitucional e tornam nula a decisão judicial.

A praxe, adotada ainda com certa frequência, do deferimento ou indeferimento de medidas acauteladoras ou satisfativas, tendo em vista “a presença” ou “ausência” dos “pressupostos legais”, representa uma mera “homenagem verbal à exigência da fundamentação”<sup>10</sup>, cabendo ao magistrado “ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar as razões de seu convencimento”<sup>11</sup>.

Tais chavões forenses não mais se compatibilizam com a crescente importância e com a atuação e credibilidade que se espera do Poder Judiciário nas sociedades modernas, em que a “massificação” da economia, acarretando também uma “coletivização dos litígios”, produziu uma verdadeira “metamorfose” no papel que o juiz moderno é chamado a assumir<sup>12</sup>.

“Nada mais natural, diante disso”, acrescenta Mauro Cappelletti, “que o problema propriamente dito da prestação de contas que os juízes devem à sociedade (*accountability*) tenha se tornado em nossa época particularmente sensível e agudo”<sup>13</sup>. Assim como à mulher de César não basta ser honesta, mas também parecer honesta, o juiz do século XXI não pode se esconder por detrás de aforismos tais como *jura novit curia* ou *da mihi factum dabo tibi jus*.

<sup>9</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Justiça no Limiar de Novo Século”. In: *Temas de Direito Processual Civil*, 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 33.

<sup>10</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Antecipação da Tutela Jurisdicional na Reforma do Código de Processo Civil”. *Revista de Processo* 81:210, 1996.

<sup>11</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1999, p. 176.

<sup>12</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., p. 123.

<sup>13</sup> *Id.*, *ibid.* No original: “Il n'est que naturel, c'éla étant, que le problème proprement dit des comptes que les Juges doivent rendre à la société (*accountability*) (...) soit devenu à notre époque particulièrement sensible et aigu”.

É preciso que, na direção do processo e em sua missão de pacificação social, demonstre o magistrado o acerto de suas decisões, com a autoridade de seus argumentos jurídicos e não, exclusivamente, de sua toga. De fato, decisão judicial se cumpre, mas hoje também se discute, dentro do processo democrático de participação da sociedade, como o imagina Habermas:

*"(...) Le droit ne peut se maintenir comme droit légitime que dans la mesure où les citoyens sortent de leur rôle de sujets du droit privé pour adopter le point de vue de participants à des processus d'entente sur les règles de leurs vies en commun. En ce sens, l'État de droit démocratique dépend des motivations d'une population habituée à la liberté"*<sup>14</sup>.

Se esta afirmação é válida para o processo político de administrar e legislar, não pode ser afastada em relação ao debate e questionamento das decisões judiciais, superadas, como já estão, as doutrinas que equiparavam o magistrado a um mero repetidor da vontade da lei.

A atividade jurisdicional não se enquadra na definição clássica de discricionariedade<sup>15</sup>, extraída do Direito Administrativo, a qual se caracteriza pela integração administrativa de determinada norma legal<sup>16</sup>, com amparo em critérios de conveniência e oportunidade do administrador, ressalvada, talvez, a possibilidade de julgamento por equidade, nas estritas hipóteses previstas em lei<sup>17</sup>.

A decisão judicial, mesmo diante do emprego de conceitos jurídicos indeterminados pela legislação, não consiste em integração e sim interpretação da lei, não permitindo ao juiz decidir de acordo com o que entender mais conveniente ou oportuno em determinado caso concreto, ainda que não se possa questionar a existência de uma margem de "opção" do magistrado, influenciada por critérios políticos, sociológicos ou ideológicos, ainda que travestidos de jurídicos. Todavia, não mais prevalece o exacerbado positivismo jurídico da primeira metade do século XX, que afirmava ser o juiz a "bouche de la loi", limitando sua atuação, pois a velocidade das transformações da sociedade, que não podem ser acompanhadas pelo processo político de elaboração das leis por parte do Poder

<sup>14</sup> HABERMAS, Jürgen. *Droit et Démocratie – Entre faits et normes*. Paris: Gallimard, 1997, p. 492.

<sup>15</sup> Salvo na aplicação da pena no processo penal, em que teria o juiz uma certa margem de discricionariedade. Vide MARENGIO, Roberto. "Note in Tema di Discrezionalità del Giudice Civile". *Revista de Processo* 86:158-173, 1997.

<sup>16</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade – Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 33.

<sup>17</sup> Esta é a regra do art. 127 do Código de Processo Civil.

Legislativo, e a consequente obsolescência da legislação, bem como o surgimento de novas tecnologias e mesmo de "novos direitos", "obrigaram o juiz, em uma medida sem precedentes, a exercer uma atividade criadora"<sup>18</sup>.

Reconhecer que o juiz exerce, de fato, papel importante na criação do direito<sup>19</sup> impõe, em contrapartida, que se dê a necessária atenção aos mecanismos de controle da atividade jurisdicional, sob pena de se verificar tão somente uma mudança formal: saem os Poderes Executivo e Legislativo, que representavam a vontade popular da maioria, e entra o Poder Judiciário, cujos representantes sequer são eleitos, mantendo-se, entretanto, as nefastas consequências do arbítrio<sup>20</sup>.

Gustav Radbruch, em texto clássico escrito após o final da II Guerra Mundial e o ocaso do nazifascismo, que, legitimado por teorias jurídicas até então insuspeitas, tantos males trouxe à Humanidade, rompendo com o positivismo jurídico, escreveu:

*"Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa à prática dum crime, os juristas, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhecem exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor.*

*Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro"*<sup>21</sup>.

De acordo com a doutrina de Radbruch, a relação entre Direito e Moral seria equivalente à uma relação entre meios e fins: o Direito seria apenas "a possibilidade da moral e por isso também a possibilidade da imoralidade"<sup>22</sup>, e teria, portanto, um caráter instrumental, como "meio para a realização de certos valores morais"<sup>23</sup>, aos quais estaria

<sup>18</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 122.

<sup>19</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. "As Bases do Direito Processual Civil". In: *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 10.

<sup>20</sup> Emblemático, nesse sentido, é constatar que, hoje, no Brasil, os grandes palácios têm sido construídos pelos Tribunais de Justiça, como foram as grandes construções do Absolutismo, de que é exemplo o Palácio de Versaillies.

<sup>21</sup> RADBRUCH, Gustav. "Cinco Minutos de Filosofia do Direito", in *Filosofia do Direito* (apêndice). 6ª ed.. Coimbra: Armenio Amado, 1997, p. 415.

<sup>22</sup> RADBRUCH, *op. cit.*, p. 113.

<sup>23</sup> *Id.*, *ibid.*

irremediavelmente vinculado. A advertência vale tanto para a elaboração e execução das leis, a cargo do Legislativo e do Executivo, como para a aplicação da lei ao caso concreto, pelo Poder Judiciário.

A argumentação jurídica, portanto, reconhecida como a possibilidade de convencimento daqueles que atuam no ramo do Direito, é crucial para que os órgãos jurisdicionais adquiram, na prática, a autoridade que merecem.

Nem mesmo o excesso de serviço ou a referência à existência de uma discutível “discrecionabilidade” judicial podem servir como justificativa para o descumprimento do dever de fundamentação, como esclarece Barbosa Moreira:

*“A escassez de tempo justifica a síntese; não justifica a omissão. Menor relevância ainda, como escusa para o silêncio, tem o caráter porventura discricionário da decisão, no sentido próprio do termo ou naquele menos preciso, em que não raro também se emprega, a respeito de normas cuja redação se vale de conceitos jurídicos indeterminados: justamente nesses terrenos é que mais imperiosa se torna a explicitação das razões do julgador, a fim de permitir a apreensão e o controle de suas opções filosóficas, éticas e políticas – numa palavra, axiológicas – e, por conseguinte, de sua atividade criadora, que adquire aí realce particularíssimo”<sup>24</sup>.*

Sequer pode prevalecer hoje a interpretação segundo a qual a coisa julgada, ainda que contrária aos valores e princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, “faz do preto branco e do quadrado redondo”, segundo a fórmula comumente utilizada. A proteção à coisa julgada decorre da idéia de segurança jurídica<sup>25</sup>, que, todavia, não se traduz como um princípio absoluto no Estado de Direito, devendo ser equilibrada ou ponderada, como todos os demais princípios e valores.

Por este motivo, vem ganhando importância na doutrina o debate sobre a “relativização”<sup>26</sup> da coisa julgada. Admite-se que, se a sentença transitada em julgado, mesmo após o decurso do prazo decadencial de dois anos para ajuizamento da ação

<sup>24</sup> “A Justiça no Limiar de Novo Século”, *op. cit.*, p. 35.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. “A Segurança Jurídica na Era da Velocidade e do Pragmatismo”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 52; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 214.

<sup>26</sup> A expressão é de DINAMARCO, Cândido Rangel. “Relativizar a Coisa Julgada Material”. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 33-76.

rescisória<sup>27</sup>, afrontar “valores, princípios, garantias ou normas superiores, ali ter-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e portanto não incidirá a autoridade da coisa julgada”<sup>28</sup>.

A coisa julgada, por conseguinte, assim como os atos legislativos e os atos administrativos, deve observância aos princípios constitucionais, em especial ao princípio da moralidade, e está condicionada, para sua validade, ao respeito aos valores morais cuja realização é perseguida pelo Direito, os quais, de acordo com Radbruch, decorreriam de “princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo” e que estariam reunidos nas chamadas declarações dos direitos dos homens e do cidadão<sup>29</sup>.

No direito brasileiro, os estudos sobre a moralidade administrativa ganharam novo fôlego com o advento da Constituição de 1988, em cujo art. 37 o constituinte, reagindo ao autoritarismo a que o país restou submetido por longas duas décadas, decidiu positivizar o princípio da moralidade como sendo um dentre os princípios setoriais<sup>30</sup> que devem reger a atividade da Administração Pública.

Como afirma Diogo de Figueiredo, a aplicação do princípio da moralidade administrativa pressupõe a retomada da distinção entre moral de intenção e moral de resultados, encontrada em Max Weber:

*“De um lado, a moral de intenção é a que se evidencia a partir do exame da vontade do agente, na condição de administrador, em contraste com a moral comum. Do outro, a moral de resultados, só se torna patente quando se contrasta o resultado objetivamente considerado com o resultado que seria o exigido para atender à finalidade legal da administração.*

*Assim, por exemplo, se a atividade do administrador se dirigiu, honestamente, a obter o máximo de ganhos para a Administração, mas não se voltou ao atingimento de objetivos finalisticamente adequados, sua intenção pode ter sido moralmente boa, mas seu resultado foi administrativamente mau.*

*Da mesma forma, se a intenção do agente foi moralmente viciada ao atuar administrativamente mas, não obstante, seus objetivos satisfazem a finalidade pública, o vício porventura existente em sua intenção não inquirará a ação administrativa cujo resultado foi moral, no restrito sentido de ter sido administrativamente bom em relação ao interesse público que lhe foi confiado”<sup>31</sup>.*

<sup>27</sup> Art. 495 do Código de Processo Civil.

<sup>28</sup> DINAMARCO, *op. cit.*, p. 66.

<sup>29</sup> RADBRUCH, *op. cit.*, p. 417. É certo que, nesse ponto, pode-se vislumbrar uma certa contradição, pois, na medida em que os valores morais são consagrados nas declarações de direitos, tornam-se “direito positivo”.

<sup>30</sup> A classificação do princípio da moralidade como “princípio setorial da Administração Pública” encontra-se em BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 148.

<sup>31</sup> MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 59.

A exigência de moralidade no trato da coisa pública não se restringe a um controle finalístico, voltado apenas para o resultado concreto da atividade administrativa, mas sim à observância do interesse público em toda e qualquer etapa da atuação estatal, que deverá respeitar os princípios fundamentais consagrados no texto constitucional.

É certo, porém, que a aplicação do princípio da moralidade como mecanismo de controle dos atos administrativos ganha maior importância, evidentemente, em relação aos atos administrativos discricionários, nos quais exerce o administrador um juízo de conveniência e oportunidade, em relação, respectivamente, ao objeto do ato administrativo e aos motivos que levam à sua prática. O objeto do ato administrativo pode revelar-se impossível, desconforme ou ineficiente, bem como o motivo alegado pode ser inexistente, insuficiente, inadequado, incompatível e desproporcional<sup>32</sup>, o que deverá ser verificado mediante a aplicação de outros princípios, tais como os princípios da eficiência e, em especial, da razoabilidade.

Submetidos os motivos e o objeto do ato administrativo discricionário ao teste da proporcionalidade<sup>33</sup>, pode-se então verificar a compatibilidade da conduta do agente público com o princípio da moralidade e invalidar aquelas medidas que, ainda que traduzindo exercício do poder discricionário, sejam incompatíveis com os deveres inerentes à boa administração e à moralidade pública.

Idêntico entendimento é aplicável em relação aos atos legislativos e aos atos jurisdicionais, que devem estrita observância aos princípios constitucionais fundamentais. Pode-se vislumbrar, p. ex., hipótese em que o Legislativo haja aprovado uma determinada lei, sancionada pelo Chefe do Poder Executivo, que consagre algum privilégio para uma determinada classe de indivíduos, em relação ao qual já estariam previstos na lei todos os critérios para sua concessão<sup>34</sup>. Também o Poder Judiciário encontra-se vinculado ao princípio

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 65-71.

<sup>33</sup> Vale lembrar que, hoje, não mais se pode questionar a necessidade de motivação, ou seja, exposição dos motivos, que levaram à prática do ato administrativo, ainda que discricionário, como decorre da aplicação do art. 93, X, da Constituição Federal e conforme restou consagrado na lei federal que disciplina os procedimentos administrativos (Lei n.º 9.784/99).

<sup>34</sup> Um exemplo retirado da prática recente na cidade do Rio de Janeiro seriam as licenças para construção de "apart-hotéis", através da mudança da legislação, visando beneficiar alguns poucos construtores. Como a licença é caracterizada, pela doutrina amplamente majoritária, como ato administrativo vinculado, bastaria aos interessados comprovarem o preenchimento dos requisitos para sua obtenção para que fosse adquirido o direito à construção. Sem examinar a fundo o caso concreto, pode-se vislumbrar aí um privilégio e uma conseqüente afronta aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

da moralidade, e não somente no que diz respeito à exigência de uma conduta proba por parte de seus agentes.

A independência, necessária e inerente ao exercício da função jurisdicional, não exclui a responsabilidade e a impessoalidade que deve ser observada nas decisões judiciais, o que não raras vezes é esquecido em nosso país, quando os Tribunais limitam-se a chancelar, subservientemente, as inconstitucionalidades praticadas pelos Poderes Legislativo e, principalmente, Executivo ou, ao revés, transformam-se em defensores de privilégios outorgados a algumas castas de representantes das elites políticas e econômicas mais poderosas.

Esclarece Joseph Raz que "a questão acerca de como as cortes decidem é uma questão moral"<sup>35</sup>, o que ressalta a importância da argumentação jurídica nas decisões judiciais<sup>36</sup> e a ponderação entre direitos fundamentais e as normas que assegurem a preservação do interesse público, podendo-se, em conseqüência, afirmar a existência de uma verdadeira responsabilidade social do Poder Judiciário e de seus membros.

### III. RESPONSABILIDADE SOCIAL DO JUIZ

Os debates travados em nosso país acerca da necessidade de se adotar mecanismos de controle externo do Poder Judiciário, além das dificuldades de ordem política que a proposta encontra, por conta do corporativismo de certos setores da Magistratura, passa ao largo da discussão sobre a responsabilidade social do juiz.

Todo e qualquer órgão de controle, interno ou externo, estará restrito à repressão aos atos praticados por magistrados, no exercício da função jurisdicional, que tenham repercussão nas esferas penal, disciplinar e, eventualmente, civil. Nenhuma das propostas até hoje apresentadas irá, com efeito, permitir que um órgão externo reavalie a justiça das decisões ou a observância dos preceitos constitucionais em determinada decisão judicial, o que, fazem questão de proclamar até mesmo os defensores de tais mecanismos, afrontaria a independência do Poder Judiciário<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain, Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 327.

<sup>36</sup> TORRES, Ricardo Lobo. "Moralidade e Finanças Públicas". In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org.), *Estudos ...*, op. cit., p. 548.

<sup>37</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., p. 170.

A repressão aos abusos de conduta de determinados juízes, todavia, não irá assegurar a observância dos princípios fundamentais positivados na Constituição e estará restrita a alguns poucos magistrados que não honrem sua missão. Estes casos de desvio profissional, ainda que possam se apresentar em número maior do que seria desejável, serão hipóteses isoladas, para as quais o Direito Penal, as normas disciplinares e, eventualmente, a reparação das perdas e danos causados à parte prejudicada já permitem uma adequada resposta.

Estes mecanismos tradicionais, de natureza repressiva, não são suficientes para assegurar a primazia dos princípios constitucionais fundamentais. Ganha importância, neste ponto, a argumentação jurídica e a conscientização de juízes, e do Poder Judiciário como Instituição, para a dimensão social e moral da função jurisdicional, que consiste em alcançar a realização concreta e efetiva de princípios e valores consagrados no texto constitucional<sup>38</sup>, ainda que se reconheça que, “havendo uma moralidade na Constituição, cabe ao juiz interpretá-la”<sup>39</sup>.

A responsabilidade social do juiz “se exprime na mais ampla sujeição dos provimentos jurisdicionais à crítica da opinião pública”<sup>40</sup> e, por igual, na capacidade de convencimento dos operadores jurídicos e da sociedade como um todo acerca da correção desta decisão, que, do contrário, será apenas um mero ato de autoridade, próximo do arbítrio<sup>41</sup>.

A distinção entre regras e princípios, hoje consagrada em doutrina<sup>42</sup>, e o conseqüente reconhecimento de que tanto princípios quanto regras são normas jurídicas, posto que “ambos dizem o que deve ser”<sup>43</sup>, constitui o “marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais”<sup>44</sup>. Afirmar-se que alguém é titular de um direito

<sup>38</sup> Cf. RAZ, Joseph, *op. cit.*, p. 327.

<sup>39</sup> TORRES, Ricardo Lobo, *op. cit.*, p. 548.

<sup>40</sup> FERRAJOLI, L., *apud* DÍAZ, Adrían Rentería, *op. cit.*, p. 187.

<sup>41</sup> Neste sentido, Joseph Raz afirma que, diante de um caso concreto, supondo-se a possibilidade de a autoridade preferir apenas uma solução considerada justa, tendo sido esta adotada na hipótese, somente a menção à justiça da decisão, sem a necessária demonstração de sua correção, seria insuficiente para convencer as partes envolvidas no litígio, pois, se estas pudessem concordar sobre o que era justo, não teriam a necessidade de um árbitro para decidir. Cf. *op. cit.*, p. 219.

<sup>42</sup> Vide, para uma extensa e minuciosa abordagem da matéria, BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p. 13-99.

<sup>43</sup> ALEXY *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

<sup>44</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 81.

fundamental implica necessariamente reconhecer a existência de uma norma válida de direito fundamental que outorgue este direito a determinada pessoa<sup>45</sup>. Entretanto, o inverso – ou seja, dizer-se que toda norma de direito fundamental corresponderá sempre a um direito fundamental – não é necessariamente válido, pois a teoria dos direitos fundamentais admite a existência de “normas de direito fundamental” que se refiram a bens ou interesses coletivos.

Neste sentido, esclarece Robert Alexy que, entre os princípios relevantes para a aplicação de uma teoria dos direitos fundamentais se incluem não apenas aqueles que consagram “direitos fundamentais *prima facie*” mas também aqueles que têm por objeto a tutela de bens coletivos e que podem ser utilizados como razões contra ou a favor de tais direitos<sup>46</sup>. O mesmo vale para as regras. Em outras palavras, normas de direito fundamental, consagradas explícita ou implicitamente no texto constitucional, podem ora conferir direitos fundamentais a determinados indivíduos, ora lhes atribuir deveres, em prol de um interesse coletivo previamente determinado pelo texto da Constituição.

Cabe ao juiz, por conseguinte, sopesar os aspectos individuais e a dimensão coletiva envolvidos em determinado litígio e, valendo-se dos princípios constitucionais aplicáveis à solução do caso concreto, expor com coerência seu raciocínio jurídico, para que sua fundamentação possa ser “controlada pelos grupos interessados, ou porque vinculados de alguma maneira à demanda ou porque participantes da cena judiciária, como os advogados, juristas e professores”<sup>47</sup>.

Conclui Ruy Rosado de Aguiar Jr.:

*“A responsabilidade social se põe diretamente entre o juiz e a sociedade como um todo, e permite um juízo ético de reprovação, fundamentado na expectativa de que ele exercerá do melhor modo possível as funções do seu cargo, tendo em vista a base democrática que anima essa sociedade. Há para o juiz o dever de atender a tal expectativa, embora a esse dever de prestação não corresponda nenhuma responsabilidade jurídica, pois o descumprimento não ensejará nenhuma aplicação de sanções jurídicas”*<sup>48</sup>.

A impossibilidade de aplicação de sanções jurídicas ao juiz que deixa de fundamentar, coerentemente, determinada decisão induz à conclusão segundo a qual a

<sup>45</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 48.

<sup>46</sup> *Op. cit.*, p. 130.

<sup>47</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado, *op. cit.*, p. 605.

<sup>48</sup> *Op. cit.*, p. 604.

responsabilidade social de que se cuida seria mera utopia e teria natureza prescritiva e ideal<sup>49</sup>, o que não impede, contudo, que dela se extraia conseqüências para o litúgio decidido, ainda que transite em julgado a sentença de mérito.

Viu-se que a coisa julgada contrária aos princípios fundamentais da Constituição não pode adquirir a imutabilidade que lhe é, em regra, característica. Em decorrência, cogitando-se de sentença ou acórdão que não decide as questões postas em juízo e, portanto, não atende ao dever de fundamentação imposto pelo art. 93, IX, da Constituição Federal, pode-se admitir o ajuizamento de uma ação autônoma<sup>50</sup>, visando a declaração de nulidade da decisão.

A dificuldade em admitir a impugnação da decisão definitiva de mérito, mediante ação autônoma, com base na regra do art. 486 do Código de Processo Civil, além das resistências decorrentes do apego ao formalismo e ao conservadorismo, reside no fato de que, mediante demanda proposta perante juízo de primeira instância, possa ser pleiteada a desconstituição de decisão proferida por órgão colegiado de determinado Tribunal, o que, no mínimo, contrariaria a lógica.

Todavia, com a previsão da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, hoje regulamentada pela Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999, o ordenamento jurídico brasileiro passou a dispor de mecanismo de controle que pode ser utilizado com este fim, caso a decisão tenha sido oriunda de Tribunal de segunda instância ou Tribunal Superior, considerando-se que há de ser pequeno o número de casos em que vícios desta natureza terão relevância jurídica, o que permitiria ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição, reexaminar a validade jurídica de sentenças e acórdãos transitados em julgado e não mais sujeitos à desconstituição pela via de ação rescisória.

<sup>49</sup> DÍAZ, Adrián Rentería, *op. cit.*, p. 188.

<sup>50</sup> Cf. DINAMARCO, *op. cit.*, p. 71, citando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na hipótese de decisão transitada em julgado, sem a citação do réu (RE n.º 97.589, Rel. Min. Moreira Alves, publ. DJU 03.06.1983). A 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp. n.º 199.153-GO, Rel. Min. Peçanha Martins, admitiu a utilização da ação civil pública para obter a declaração de nulidade de sentença que, em embargos a execução de título extrajudicial, rejeitou os embargos opostos por determinado município e incluiu, dentre as verbas que seriam devidas, parcela que não tinha sido objeto da execução nem do contrato executado. Vide CUNHA, Sérgio Pimentel Borges da. *Recurso Especial n.º 199.153-GO – Possibilidade de, em ação civil pública, declarar-se a nulidade absoluta de decisão – comentários*. In: MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – Direito Processual Civil*, Vol. X. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 165-169.

A sentença ou acórdão é “ato do Poder Público”, como exige o art. 1º da Lei n.º 9.882/99, e, caso afronte preceito fundamental, como a exigência de fundamentação da decisão judicial, que é corolário do princípio democrático, estará sujeito à impugnação pela via da arguição de descumprimento.

Afirma o Ministro Gilmar Ferreira Mendes que a arguição “há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição - alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário”<sup>51</sup>, concluindo:

*“A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometem gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de prestação judicial efetiva. Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental”<sup>52</sup>.*

Caso se entenda que o juízo de primeira instância não tem competência para rever decisão de Tribunal, decidindo ação autônoma de impugnação ajuizada com amparo no art. 486 do Código de Processo Civil, não haveria, na hipótese, “qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade”, estando preenchido o requisito da subsidiariedade estabelecido pelo art. 4º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99

Como o art. 102, §1º, da CF e a Lei n.º 9882/99 não definem o que se deve entender por “preceito fundamental”, para fins de aplicação do novo instituto, haveria tão somente a necessidade de se delimitar o âmbito de aplicação do novo instrumento processual.

Afirma o Ministro Carlos Velloso, citando a lição de José Afonso da Silva:

<sup>51</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. “Origens e Perspectivas da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”, in *Direito Contemporâneo - Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 141.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 142.

*“Os preceitos constitucionais fundamentais não são apenas os princípios fundamentais inscritos nos arts. 1º a 4º da Constituição. Ensina José Afonso da Silva: ‘Preceitos fundamentais’ não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’. É mais ampla, abrange a estes e a todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias e fundamentais (tit. II)”<sup>53</sup>*

Já Clemerson Clève e Cibele Fernandes Dias entendem que “os preceitos fundamentais são aquelas normas constitucionais que garantam a identidade da Constituição”, esclarecendo que “é possível afirmar que as cláusulas pétreas, mormente as consignadas no art. 60, § 4º, são preceitos fundamentais”<sup>54</sup>. Na mesma linha, opina Oscar Dias Corrêa, citado pelo Ministro Néri da Silveira na decisão proferida na ADPF n.º 01-RJ, que, dentre os preceitos fundamentais, –

*“(…) podem ser indicados, porque, pelo próprio texto, não objeto de emenda, deliberação e, menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do estado democrático, vale dizer, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais, individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político-administrativa (…)”<sup>55</sup>.*

Para que a solução proposta seja utilizada na prática, será necessário, no entanto, aguardar o julgamento da medida cautelar, requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, na ação direta que visa a declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 9.882/99, considerando que diferentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a relação de prejudicialidade externa existente entre a ADIN n.º 2231-DF e as arguições de descumprimento de preceito fundamental já propostas, vêm determinando a suspensão do processamento das arguições em tramitação, aplicando a regra

<sup>53</sup> “A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”, in *Direito Contemporâneo - Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.), op. cit., p. 38.

<sup>54</sup> CLÈVE, Clemerson Merlin. “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. In: *Novos Rumos da Autonomia Municipal*. BASTOS, Evandro de Castro, e BORGES JÚNIOR, Odilon. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 76).

<sup>55</sup> Decisão na ADPF n.º 01-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira.

do art. 265, IV, do Código de Processo Civil<sup>56</sup>.

#### IV. CONCLUSÃO

A responsabilidade social do juiz se perfaz com o reconhecimento de que a função judicial “visa a realização dos princípios fundamentais sobre os quais se assenta a organização dos sistemas republicano e democrático”<sup>57</sup>, consagrados no texto constitucional.

A exigência de fundamentação das decisões judiciais exerce um papel fundamental no controle social da Magistratura e das decisões judiciais. Assim, não basta a introdução no ordenamento jurídico brasileiro, de um mecanismo de controle, externo ou interno, das atividades dos juizes, o qual estará forçosamente limitado a examinar desvios de conduta, de caráter subjetivo, os quais podem ser eficazmente reprimidos mediante a aplicação das normas relativas à responsabilidade penal, disciplinar e civil dos magistrados. Faz-se necessário que o juiz tome consciência de seu compromisso com a argumentação jurídica e aceite o fato de que, vivendo-se em democracia, também as decisões judiciais sujeitam-se às críticas dos operadores jurídicos e da sociedade em geral.

Mesmo a coisa julgada material não estará a salvo de questionamentos, podendo ser desconstituída quando manifestamente contrária ao texto constitucional, sendo lícito cogitar-se do ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental,

<sup>56</sup> Ressalte-se que, nos termos do art. 266 do Código de Processo Civil, durante o período de suspensão do processo pode o magistrado determinar a adoção de medidas urgentes que se fizerem necessárias, visando evitar a ocorrência de dano irreparável. Valendo-se deste dispositivo, o Ministro Maurício Corrêa concedeu liminar, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 10-AL, proposta pelo Governador do Estado de Alagoas, determinando a suspensão de todos os processos ou reclamações que tramitavam perante o Tribunal de Justiça daquele Estado e que, segundo alegado pelo Chefe do Poder Executivo local, acarretavam séria subversão da ordem jurídica e impunham dano de difícil reparação ao erário. Afirmou, na ocasião, o Min. Maurício Corrêa: “(…) 2. Iniciado o julgamento do pedido cautelar na sessão do dia 30 de agosto de 2001, o Pleno do Supremo Tribunal Federal houve por bem adiar sua apreciação, até o julgamento da ADI n.º 2231 - 9/DF, distribuída ao eminente Ministro Néri da Silveira. 3. Resta evidente, contudo, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e o fundado receio de que, antes do julgamento deste processo, ocorra grave lesão ao direito do requerente, em virtude das ordens de pagamento e de seqüestro de verbas públicas, desestabilizando-se as finanças do Estado de Alagoas. 4. Ante tais circunstâncias, com base no artigo 005º, § 001º, da Lei nº 9882/99, defiro, “ad referendum” do Tribunal Pleno, o pedido cautelar e determino a suspensão da vigência dos artigos 353 a 360 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, de 30 de abril de 1981, e, em consequência, ordeno seja sustado o andamento de todas as reclamações ora em tramitação naquela Corte e demais decisões que envolvam a aplicação dos preceitos ora suspensos e que não tenham ainda transitado em julgado, até o julgamento final desta arguição” (Medida Liminar na ADPF n.º10-AL, Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão pendente de publicação – informação obtida no sítio [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)). Como se viu, a liminar deferida exclui, expressamente, as decisões já transitadas em julgado, o que não exclui a adoção de entendimento diverso em outra ocasião.

<sup>57</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “O Ambiente Sistêmico da Função Judicial e o Espaço Político da Magistratura”. *Revista de Processo* 98:51, 2000.

perante o Supremo Tribunal Federal, para desconstituir a coisa julgada inconstitucional, caso a lei que disciplina o instituto seja declarada constitucional pela Corte Suprema.

## V. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JR., Ruy Rosado. "Responsabilidade Política e Social dos Juízes nas Democracias Modernas". In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: 1997, p. 591-619.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "O Ambiente Sistêmico da Função Judicial e o Espaço Político da Magistratura". *Revista de Processo* 98:51, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p. 13-99.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. "Quis Custodes Custodiet? Qui nous protegera contre ceux qui nous protègent? Étude de droit comparé sur la responsabilité des autorités judiciaires". In: *Le Pouvoir des Juges*. Paris: Economica, 1990, p. 115-177.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CLÈVE, Clemerson Merlin. "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental". In: *Novos Rumos da Autonomia Municipal*. BASTOS, Evandro de Castro, e BORGES JÚNIOR, Odilon. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CUNHA, Sergio Pimentel Borges da. *Recurso Especial n.º 199.153-GO – Possibilidade de, em ação civil pública, declarar-se a nulidade absoluta de decisão – comentários*. In: MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – Direito Processual Civil*, Vol X. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 165-169.

DÍAZ, Adrián Rentería. "Il Giudice: quale responsabilità". *Revista de Processo* 82: 173-197, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. "Relativizar a Coisa Julgada Material". In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 33-76.

HABERMAS, Jürgen. *Droit et Démocratie – Entre faits et normes*. Paris: Gallimard, 1997, p. 492.

MARENGIO, Roberto. "Note in Tema di Discrezionalità del Giudice Civile". *Revista de Processo* 86:158-173, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Origens e Perspectivas da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental", in *Direito Contemporâneo - Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 7-36.

\_\_\_\_\_. *Legitimidade e Discricionariedade – Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A Antecipação da Tutela Jurisdicional na Reforma do Código de Processo Civil". *Revista de Processo* 81:210, 1996.

\_\_\_\_\_. "As Bases do Direito Processual Civil". In: *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito". In: *Temas de Direito Processual Civil*, 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 95.

\_\_\_\_\_. "A Justiça no Limiar de Novo Século". In: *Temas de Direito Processual Civil*, 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 33.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1999, p. 176.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª ed.. Coimbra: Armenio Amado, 1997.

RAZ, Joseph. *Ethics in The Public Domain – Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976, p. 407.

TORRES, Ricardo Lobo. "Moralidade e Finanças Públicas". In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito*. DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.