

Responsabilidade Política e Social dos Juízes nas Democracias Modernas

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Introdução

O tema que me foi proposto pelos organizadores do “*V Congreso Internacional de Derecho de Daños*”, a celebrar-se em 24 e 25 de abril de 1997, na Faculdade de Direito da Universidad de Buenos Aires, sobre “*La responsabilidad política y social de los jueces en las democracias modernas*”, apresenta uma dificuldade inicial, quanto à definição do conteúdo a ser abordado. Para superá-la, adotei uma classificação diferente daquela empregada por **Mauro Cappelletti**, em “*Giudici Irresponsabili?*”, incluindo na responsabilidade jurídica, que é o gênero, ao lado da penal, da disciplinar e da civil, também a responsabilidade política, pois esta última está igualmente prevista em normas jurídicas, constitucionais e ordinárias, reguladoras dos casos de sua incidência e do procedimento para sua apuração e julgamento, sendo que a sentença de procedência aplicará uma sanção legal como consequência jurídica prevista para o caso. Essa responsabilidade política, pela raridade da sua apuração, não tem apresentado maior interesse para os juristas, embora o seu estudo deva ser aprofundado para estimular, pelo menos, o aperfeiçoamento da instituição. Separada está a responsabilidade social do juiz, que surge diretamente frente à sociedade e que não se insere no esquema jurídico por falta de regulação legal para a sua apuração e aplicação de sanção, mas que assume cada vez maior importância no estado democrático.

Proponho-me a examinar a responsabilidade política assim como regulada no Brasil e a estudar o tema da responsabilidade social à luz dos conceitos sobre a natureza da função judicial e do estado democrático.

Classificação das responsabilidades

Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da respon-

sabilidade.¹ No que diz com a responsabilidade dos que exercem função pública, “desde que se não admita a irresponsabilidade outrora consagrada nas antigas monarquias, quando os grandes servidores eram antes ministros da coroa que do país, e apenas perante o rei respondiam; desde que o povo passou a ter existência política, a disciplina da responsabilidade do governo converteu-se num dos problemas básicos da organização estatal, não tendo faltado mesmo quem visse na possibilidade de aplicar-se aos governantes o princípio da responsabilidade, o traço distintivo do Estado moderno”.²

A responsabilidade jurídica – sob o aspecto que nos interessa – consiste na atribuição de uma sanção legal pela existência de fato causador de dano juridicamente apreciável. Essa sanção, consequência prevista no ordenamento legal para o caso, pode ser de natureza retributiva, isto é, penal, aplicada, principalmente como castigo pelo cometimento de ato típico penal com os demais elementos caracterizadores do delito e com os requisitos para a imposição dessa espécie de resposta (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, pressupostos da punibilidade); disciplinar, restrita ao âmbito administrativo, por violação a deveres para com o Estado, aplicada sem necessidade da interferência da jurisdição e sem os efeitos que podem resultar da sentença penal condenatória (reincidência); civil, aplicada com o intuito da reparação do dano, e política, cuja sanção principal consiste na perda do cargo, havendo em algumas legislações, como no Brasil, a possibilidade da pena de interdição, por um certo tempo, do exercício de outra função pública.

Cappelletti, ao propor uma tipologia da responsabilidade judicial, faz a seguinte distinção: responsabilidade política, em face dos poderes políticos do Estado, prevista na legislação ordinária ou na Constituição (o *impeachment* da Inglaterra, EEUU e Alemanha); a responsabilidade social, perante organismos ou grupos sociais determinados, de que é exemplo o *recall*, previsto em alguns Estados americanos, e como acontecia na União Soviética, onde os soviéticos, para os juízes dos tribunais superiores, ou as coletividades locais votavam a remoção do juiz que infringira dever profissional; a responsabilidade jurídica do Estado (substitutiva), exclusiva ou concorrente com a responsabilidade pessoal do juiz; a responsabilidade jurídica (pessoal) do juiz, que pode ser penal, civil ou disciplinar³.

1. **Aguiar Dias**, Da Responsabilidade Civil, Forense, Rio, p. 9.

2. **Paulo Brossard de Souza Pinto**, O *Impeachment*. Ed. Globo, Porto Alegre, 1965, p. 10.

3. **Op. cit.**, trad. de Carlos Alberto A. Oliveira, Ed. Fabris, Porto Alegre, 1989, pp. 36 e seguintes; Quanto à Rússia, observo que, atualmente, já não é mais assim; a Constituição da Federação Russa, de 12.12.93, dispõe: “Art. 121. Os juízes não podem ser removidos. Art. 122. Um juiz não pode ter seus poderes retirados ou suspensos, exceto segundo os procedimentos e pelos motivos estabelecidos pela lei federal”.

Deixei de adotar a classificação exposta pelo eminente professor porque a responsabilidade política é uma espécie do gênero responsabilidade jurídica, pois o procedimento do *impeachment*, o julgamento da acusação e o efeito que decorre do juízo de sua procedência são todos atos jurídicos, assim entendidos aqueles que estão regulados em uma norma dotada de coação, cujo descumprimento permite a imposição da consequência prevista, segundo um conceito formal do jurídico⁴, que se aceita para o caso. Além disso, a responsabilidade social de que dá exemplos é uma forma de responsabilidade política e, portanto, jurídica.

Da responsabilidade civil do juiz tratei no artigo “Responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional”⁵, cumprindo agora examinar os casos de responsabilidade política e de responsabilidade social.

Responsabilidade política

A responsabilidade política, acima definida como espécie de responsabilidade jurídica, distingue-se das demais porque a sua única finalidade se esgota com o afastamento do juiz do exercício da função e a perda do cargo (também sob o nome de remoção), com possibilidade de ser prevista a pena acessória de inabilitação para o exercício da função pública por um certo tempo. Além disso, esse tipo de responsabilidade se caracteriza porque não se baseia, “pelo menos de forma principal, na violação de deveres jurídicos, mas sobretudo em comportamentos (inclusive comportamentos de natureza privada, fora da atividade jurisdicional) valorizados com base em critérios políticos”⁶, isso porque, no processo que lhe corresponde, “as infrações são apreciadas e julgadas em relação à conduta geral da autoridade”⁷. O procedimento é especial, o julgamento ocorre normalmente perante um órgão político, e a pena aplicada é política.

Na Inglaterra, os juizes podem ser acusados pela Câmara dos Comuns perante a Câmara dos Lordes, removidos pela Rainha, a pedido das duas Casas do Parlamento, em se tratando de tribunais superiores, ou a pedido do Lord Chanceler. Nos EEUU, além do *impeachment* dos juizes federais, previsto na Constituição para os casos de traição, corrupção ou outros graves delitos

4. **Norberto Bobbio**, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1965, pp. 18 e seguintes.

5. *Los Nuevos Daños*, Coordenador: Carlos A. Ghersi Hammurabi, 1995, Buenos Aires, p. 251; Rev. *Ajuris*, 1993, Porto Alegre, v. 59, p. 5.

6. **Cappelletti**, *op. cit.*, pp. 36/37.

7. **Paulo Brossard**, *op. cit.*, p. 135.

(art. II, Secção 4), com acusação pela Câmara dos Deputados e julgamento pelo Senado, há em alguns Estados a possibilidade de afastamento dos juizes estaduais eleitos através do *recall*, que é uma manifestação popular a pedido de um certo número de eleitores visando à remoção do juiz (ou de outros representantes eleitos) antes do término do seu mandato. Na Alemanha, dispõe o art. 98, inc. II, da Constituição Federal: “Quando um juiz federal, dentro ou fora da sua função, infringir os princípios da Lei Fundamental ou a ordem constitucional de um Estado, o Tribunal Federal Constitucional, por solicitação do Parlamento Federal, poderá ordenar, com uma maioria de dois terços, que o juiz seja transferido para outro cargo ou aposentado. No caso de infração premeditada, pode ser ordenada a sua demissão.”

Na Argentina, o art. 53 da Constituição da Nação, com a redação dada pela reforma de 1994, atribui à Câmara dos Deputados o direito de acusar ante o Senado os membros da Corte Suprema, nas causas de responsabilidade pelo mau desempenho ou por delito no exercício de suas funções. Com isso, ficou excluída a referência constante do anterior art. 45, que também mencionava os membros dos tribunais inferiores da Nação e os submetia ao mesmo foro; estes têm agora sua responsabilidade prevista no art. 115, pelas causas enumeradas no art. 53, com acusação formulada pelo Conselho da Magistratura, que decide sobre a abertura do procedimento de remoção e suspensão provisória, e julgamento por um júri *jurado de enjuiciamento* integrado por legisladores, magistrados e advogados de matrícula federal, na forma do que dispuser a lei sobre o Conselho da Magistratura.

A Constituição do Brasil, promulgada em 1988, assim distribuiu a competência para processar e julgar juizes por crime de responsabilidade: ao Senado Federal, os crimes dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 52, II); ao STF, os dos Ministros dos Tribunais Superiores (art. 102, I, b); ao Superior Tribunal de Justiça, os dos desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos membros dos Tribunais Regionais Federais; aos Tribunais de Justiça dos Estados, os dos demais juizes estaduais, que são os juizes dos Tribunais de Alçada, onde houver, e os juizes de direito (art. 96, III).

A expressão “crime de responsabilidade” entrou para a Constituição sem exato conceito técnico ou científico e decorre de defeito de linguagem que se insinuou na nossa legislação no Primeiro Reinado, servindo para designar indistintamente infrações políticas, cometidas por autoridades políticas, e infrações funcionais (crimes comuns) praticadas por funcionários públicos⁸. Por isso, conclui o eminente professor e jurista, “se aos crimes de responsabilidade

8. Paulo Brossard, *op. cit.*, pp. 62/63.

de, enquanto relacionados a ilícitos políticos, se reservasse a denominação de infrações políticas, por exemplo, melhor se atenderia à natureza das coisas e se evitaria o escolho decorrente da designação, pelo mesmo nome, de realidades diversas”⁹.

A Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade (leia-se: crimes políticos) e regula o respectivo processo de julgamento, depois de definir os praticados pelo Presidente da República e pelos Ministros de Estado, com o respectivo procedimento, contém a seguinte disposição:

“Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1. alterar por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2. proferir julgamento quando, por lei, seja suspeito na causa; 3. exercer atividade político-partidária; 4. ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5. proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decoro de suas funções.”

É permitido a todo cidadão denunciar, perante o Senado Federal, o Ministro do Supremo Tribunal incurso em uma das hipóteses acima enumeradas, desde que não tenha deixado definitivamente o cargo (arts. 41 e 42). Essa limitação decorre da consideração de que, sendo objetivo do processo de responsabilidade política apenas o afastamento do acusado do exercício das funções do seu cargo, a ocorrência daquele fato precedente impede a instauração do processo e extingue o já iniciado, por falta de interesse. A denúncia será processada, inicialmente, perante uma comissão especial; decidindo o Senado pela procedência da acusação, o denunciado ficará suspenso de suas funções, sujeitar-se-á à acusação criminal e sofrerá redução de um terço dos seus vencimentos, até sentença final; depois disso, oportunizado o oferecimento de libelo e da contrariedade, o feito será julgado pelo Senado Federal, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, sendo aplicada a pena pelo voto favorável de dois terços dos senadores, em votação nominal. Não há notícia de que tenha sido admitido, por comissão especial, o processamento de denúncia contra ministro do STF.

A mesma Constituição da República, no art. 95, I, garante a todos os juízes a vitaliciedade, fazendo depender a perda do cargo de sentença judicial transitada em julgado. Essa exigência de ‘sentença judicial’ não se aplica quando se cuida de responsabilidade política dos Ministros do Supremo Tribunal, pois para esse caso a sentença é proferida pelo Senado Federal.

9. *Op. cit.*, p. 64.

A lei ordinária não versa sobre a responsabilidade política dos demais magistrados, embora tenha a Constituição da República se preocupado em distribuir a competência entre diversos Tribunais (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça), para o julgamento desses crimes. Assim, apenas para a responsabilização política dos Ministros da Corte Suprema existe regulamentação legal.

Nessas circunstâncias, poder-se-ia cogitar da possibilidade de apurar a responsabilidade política dos magistrados de todos os níveis, uma vez que está fixada a competência do órgão julgador, podendo ser feita a aplicação analógica quanto ao mais, no que concerne aos procedimentos e à definição das condutas ilícitas. Isso porque, sendo inconfundível a responsabilidade política com a criminal, não se aplicaria àquela o princípio basilar do Direito Penal, **nullum crimen, nulla poena sine lege**, a exigir a prévia definição legal do ilícito como condição para a caracterização da conduta criminosa e aplicação da pena. Tal não tem sido admitido, porém, à falta de lei dispendo expressamente sobre a instauração de processo por crime político de outros magistrados que não os referidos na Lei nº 1.079/50¹⁰. É certo que o crime político, pela sua própria natureza, pode ser e tem sido definido em termos amplos, pois basicamente consiste em conduta incompatível com o exercício da função, comportamento que será visto e valorizado no contexto na totalidade das circunstâncias profissionais, funcionais e políticas existentes no momento do julgamento. Basta trazer – como exemplos – a regra do art. 53 da Constituição da Nação Argentina, que permite o ajuizamento de causa de responsabilidade pelo “mau desempenho” da função judicial; o princípio da responsabilidade política do juiz inglês por “incapacidade ou conduta inidônea”; o preceito da Constituição americana, que permite o afastamento “por traição, corrupção ou outros graves delitos” (art. II, Sec. 4), e da regra do Direito alemão, sobre a violação a princípio da Lei Fundamental (art. 98, II). A dificuldade, porém, não reside exclusivamente na necessidade de superação do princípio **nullum crimen sine lege**, uma vez que poderia incidir, por analogia, o disposto no art. 39 da Lei nº 1.079/50, pois razoavelmente há de se admitir aplicáveis a todos os juízes as hipóteses de má conduta ali definidas, porquanto a nenhum se permite alterar indevidamente voto ou sentença, proferir julgamento com parcialidade, praticar a política partidária ou proceder com indignidade e falta de decoro. Ainda que se aceite a suficiência da definição da conduta passível de

10. STF – Queixa-Crime nº 332/DF, 1988; Pleno, rel. Min. Francisco Rezek; STJ – Representação nº 8/GO, 1990, Corte Especial, rel. Min. Gueiros Leite.

sanção política, com aplicação extensiva do enunciado na Lei nº 1.079/50, e indicado na Constituição o órgão competente para o julgamento, a verdade é que há um vazio legislativo, seja por falta de autorização do legislador ordinário para a instauração de outros processos de *impeachment* que não aqueles referidos na Lei nº 1.079/50, seja porque continua faltando, para o caso dos demais juízes, a regulação do processo, matéria da competência legislativa da União, a qual deve dispor sobre a legitimação ativa, fases do processo, etc. Os tribunais, é certo, têm competência para elaborar seus regimentos internos, mas “com observância das normas de processo” (art. 96, I, a, da Constituição), que no caso inexistem. Para o *impeachment* do Presidente da República, a Carta de 1988 enumerou sete hipóteses de atentados à Constituição (contra a existência da União; o livre exercício dos Poderes; o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; a segurança interna; a probidade na administração; a lei orçamentária; o cumprimento das leis e das decisões judiciais) e concluiu, no parágrafo único do art. 85: “Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento”. Ora, se para a apuração da responsabilidade do Presidente da República está prevista legislação ordinária reguladora de processo e julgamento, com igual razão há de ser feita a mesma exigência para a responsabilização política das outras autoridades, sendo certo que somente aos Ministros do STF dedicou a lei ordinária sua atenção.

É preciso reconhecer, portanto, de um lado, a inoperância da lei para o caso da responsabilidade política dos ministros do Supremo Tribunal Federal, jamais aplicada, e, de outro, a existência de um vazio legislativo em relação aos demais juízes. O primeiro dado não impressiona, pois bem pode acontecer que baste a existência de tal procedimento, sem que jamais tenha a necessidade de ser aplicado; o segundo defeito, todavia, é grave, vez que o ordenamento jurídico do país deveria contar com a estruturação legal de um instituto que, apesar de sua escassa incidência, pode ser decisivo em certas circunstâncias, como mostra a nossa recente história política.

O art. 95, I, última parte da Constituição de 1988, dispõe que o juiz vitalício somente perderá o cargo por efeito de sentença judicial transitada em julgado: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado”. Nos termos do art. 47, inc. I, da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35, de 14.03.79), a pena de demissão dos magistrados vitalícios será imposta em ação penal por crime comum ou de responsabilidade.

Este é na verdade o crime funcional, que pode ser cometido por funcionário em geral contra a administração pública, previsto no Código Penal e em leis extravagantes, sendo exemplo o peculato e a corrupção passiva (arts. 312 e 317), ou o crime previsto no art. 2º da Lei nº 5.021, de 09.06.66, que submete às penas do art. 315 do Código Penal (emprego irregular de verbas públicas) o juiz que indevidamente ordenar a execução de pagamento de vantagens a funcionários públicos. Ao condenado a pena privativa da liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever (crime funcional), ou a quatro anos, nos demais casos (crime comum), pode ser imposta a perda do cargo, como efeito de sentença (art. 92, I, do Código Penal). O disposto no inc. II do art. 26 da Loman, que permitia a perda do cargo através de procedimento administrativo está hoje revogado pelo art. 95, I, última parte da Constituição.

Afora o disposto na Lei nº 1.079/50, a hipótese que mais se aproximou da sanção política aos magistrados estava prevista na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, no Capítulo IV, que instituiu o Conselho Nacional da Magistratura, depois revogado pelo texto constitucional de 1988, e que previa a possibilidade de aposentadoria, com vencimentos proporcionais, para o juiz vitalício, e de demissão, para o não vitalício, quando manifestamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo; de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho (arts. 47, II, e 56 da Loman). Extinto o Conselho, cujas atribuições não foram transferidas a outro órgão, e posta a sentença judicial como requisito para a perda da vitaliciedade, desapareceu a possibilidade da aplicação dessas sanções.

Também pode ser obtida sentença de perda do cargo (art. 95 da Constituição) através de ação ordinária cível, instaurada a pedido do tribunal a que estiver vinculado o juiz, nos casos de incompatibilidade para o exercício da função enumerados no artigo 95, parágrafo único (exercício de outro cargo ou função, salvo uma de magistério; recebimento de custas ou participação em processo; dedicação à atividade político-partidária). Essa ação ordinária em muito se aproxima da responsabilização política, pois tem por fundamento conduta incompatível com o exercício da função e, por objetivo, a obtenção de sentença que decreta a perda do cargo do juiz. Diferentemente, porém, não se encontra na competência originária dos Tribunais, devendo ser processada desde a primeira instância, seguindo a tramitação prevista no ordenamento processual civil, sem a especificidade do procedimento do *impeachment*, e com os recursos ordinários e extraordinários naquele permitidos. Sendo uma manifestação jurisdicional e não política, embora constitua mais um ato de defe-

sa do Estado do que propriamente uma pena aplicada ao processado, não admite a discricção ampla do julgamento político.

Em resumo: a Lei nº 1.079/50 define os crimes políticos (denominando-os de crimes de responsabilidade) dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; inexistente, para os demais, norma sistematizadora da responsabilidade política, que não tem sido apurada; a perda do cargo do juiz vitalício pode ser imposta como efeito de sentença criminal, por crime funcional ou comum (art. 92, I, do Código Penal), ou em processo civil, instaurado para apurar os casos de incompatibilidade para o exercício da função (art. 95, I, e parágrafo único da CF); extinto o Conselho Nacional da Magistratura e exigida a sentença como pressuposto para a perda do cargo, ficou sem aplicação a regra que permitia aplicar administrativamente a pena de aposentadoria ou de demissão por procedimento incompatível (arts. 47, II, e 56 da Lei Orgânica da Magistratura).

Passo a examinar o tema da subordinação do juiz ao estado democrático.

O juiz responde perante a sociedade pelo exercício da sua função, que é, como as demais funções do Estado, meio de realização dos valores fundamentais por ela consagrados. No estado democrático, o juiz assume o compromisso de exercer o poder estatal de acordo com os princípios orientadores do ordenamento jurídico que o investiu no cargo e de onde lhe advém a força da decisão. Do descumprimento desse dever podem derivar duas espécies de responsabilidade, a responsabilidade jurídica, com possibilidade de perda do cargo se infringir princípio constitucional, como está previsto na Constituição da República Federal da Alemanha, e a responsabilidade social, que é de ordem ética.

Há quem sugira incluir, no conceito de responsabilidade política, também a responsabilidade social do juiz, como o faz **Frederico Carpi**: “Pode-se falar de responsabilidade do juiz ante a opinião pública, e portanto de uma responsabilidade política *lato sensu* dos sujeitos que exercem uma das funções fundamentais do Estado”¹¹. Isso, porém, não pode ser aceito porque a responsabilidade política de que antes tratamos é de natureza jurídica, acarretando as conseqüências previstas no sistema, enquanto que a responsabilidade social está destituída dessa eficácia.

Diz-se responsabilidade política porque permite juízo discricionário sobre a conveniência ou não da permanência no cargo do denunciado, em julgamento proferido comumente por órgão político, mas não porque se lhe exija um certo comportamento político, ou que suas decisões devam ter conteúdo político determinado, a favor ou contra políticas de governo, de partidos ou de

11. A Responsabilidade do Juiz, Revista de Processo, nº 78, p. 123.

grupos. A responsabilidade política, compreendida nesse último sentido, a implicar a possibilidade de se impor ao juiz a perda da liberdade decisória, sob pena de sanção jurídica, é própria dos estados autoritários: “*El juez está exento de responsabilidad politica directa. Cuando a los jueces se exige responsabilidad politica está en abierto período revolucionario y cuando el juez actúa políticamente se está en período dictatorial*”¹². Situação assim estava claramente presente no estado fascista, quando o Ministro Alfredo Rocco, com um jogo de palavras, afirmava: “*La magistratura non deve far politica di nessun genere. Non vogliamo che faccia politica governativa o fascista, ma esigiamo fermamente che non faccia politica antigovernativa o antifascista*”¹³. Quer dizer, o juiz italiano podia ser livre para tomar qualquer decisão, desde que não fosse contra o governo, o que significava que não era livre. Lembra a resposta dada por Henry Ford aos que pretendiam introduzir novas cores na pintura dos automóveis: podia ser qualquer uma, desde que preta; ou, ainda, a explicação de um Ministro da Educação do Brasil, no período discricionário: existia a liberdade de ensino e todas as teorias poderiam ser estudadas na Universidade; as contrárias ao Governo, porém, apenas para serem criticadas.

No estado constitucional democrático, o juiz está subordinado diretamente à constituição do seu país. Nos ordenamentos onde estiver prevista a sua responsabilidade jurídica, por descumprir os princípios constitucionais, poderá sofrer as conseqüências previstas. A subordinação do juiz ao estado democrático, porém, não pode ser causa da perda da sua liberdade decisória, pois se fosse assim teríamos na democracia a mesma perda de liberdade encontrada nos estados totalitários, onde o juiz pode ser afastado de suas funções através de um julgamento de conteúdo ideológico, sobre o que seja a melhor ou a ‘única correta’ interpretação da norma constitucional. Se isso fosse possível, alguém julgaria a sentença sob uma perspectiva política e poderia punir o juiz que desatendesse à orientação de quem faz a avaliação. Por isso, a responsabilidade do juiz perante a sociedade democrática, que decorre do compromisso com a preservação dos seus fundamentos, não pode atingir a sua imparcialidade, garantida pela sua independência e imunidade. O julgador deve ser imparcial, isto é, estranho e distante do interesse das partes (“o juiz é um terceiro estranho à demanda”), na frase de **Piero Calamandrei**¹⁴, julgando a causa de acordo com as suas circunstâncias, e não a prejudgando. Para

12. **Jose Almagro Nosete**, *Responsabilidad Judicial*, Ed. El Almendro, Córdoba, 1984, p. 114.

13. **Alessandro Giuliani** e **Nicola Picardi**, *La responsabilita del giudice: dallo stato liberale allo stato fascista*, *Studi in memoria di Salvatore Satta*, Padova, 1982, vol. 1^a, p. 650.

14. *Processo e Democrazia*, Cedam, Padova, 1954, p. 47.

que seja imparcial, além da independência institucional, caracterizada pela autonomia da magistratura frente aos outros Poderes, deve gozar de independência individual, somente submetido ao ordenamento jurídico do país. Essa independência individual põe o juiz a salvo de ordens de outros Poderes, de outros órgãos do próprio Poder Judiciário, e de grupos de pressão, tanto mais espúrios quanto menos visíveis. Impende que seja imune à pressão externa, antes de tomar a decisão, e ainda imune à reação que se segue à sentença, pelos que têm seus interesses contrariados. É irresponsável politicamente, no sentido de que não sofrerá sanção jurídica por desagradar a políticas governamentais ou de grupos de poder.

Pergunta-se: no exercício de sua função, o juiz que infringir princípio da democracia poderá sofrer responsabilização política? Sim, se prevista no ordenamento a incidência de alguma espécie de sanção jurídica, de afastamento ou de perda do cargo, por violação a princípio constitucional. Assim a matéria está especificamente prevista e regulada na Constituição da República Federal da Alemanha, que teve exemplos bem próximos a inspirar a regra. Igualmente, nos países onde a definição dos casos em que o juiz tem responsabilidade política está feita em termos imprecisos ('bom desempenho', 'comportamento incompatível', etc.). No Brasil, nada existe sobre isso, pois não consta de sua legislação a cláusula geral de responsabilização política, e a tipificação feita pela Lei nº 1.079/50 não contempla a hipótese. Antes de regular a matéria, conviria ao legislador ponderar sobre os dois valores a proteger: de um lado, o regime democrático; de outro, a independência do juiz na interpretação do Direito. Se, para garantir a democracia, tem o Estado que suprimir a liberdade dos seus juizes, já não seria um Estado democrático, pois não havendo liberdade para julgar e garantir os direitos dos cidadãos, certamente não existiria para mais nada. De outro lado, está o dever de preservação e de autodefesa do regime político. O tema não é pacífico e foi recentemente examinado por **Gregory Fox** e **Georg Nolte**, cujo ensaio "*concludes that both national and international practice favor a substantive model of democracy, which holds that the long-term survival of democratic institutions outweighs short-term deprivation of political rights to anti-democratic actors*"¹⁵. No caso dos juizes, a melhor salvaguarda da democracia contra ataques que eventualmente lhe possam endereçar seus próprios juizes é instituir, de um lado, adequado procedimento recursal para a reforma, dentro do mesmo processo, das decisões que tenham esse defeito; de outro, é sistematizar a proteção dos princípios constitucionais democráticos, enumerando claramente as situações que, avaliadas

15. *Intolerant Democracies*, *Harvard International Law Journal*, winter 1995, v. 36/n. 1, p. 1.

objetivamente e tendo em vista a gravidade dos danos concretos causados à ordem jurídica, incompatibilizem o juiz para o exercício do cargo.

Responsabilidade social

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 aplicação de sanções jurídicas.

Se o juiz exercesse mandato temporário ou eletivo, a conseqüência seria a sua não-renovação; a garantia da vitaliciedade (como acontece no Brasil) ou a de permanência no cargo durante um certo tempo (como se dá com os juízes da Corte Constitucional alemã) impedem que sofra, pela simples reprovação ética, semelhante sanção. Na carreira, porém, tal valoração poderá ter efeitos bem significativos, ainda que a causa de sua aplicação fique dissimulada, pois muito seguidamente o desempenho do juiz é avaliado através de juízos subjetivos de merecimento ou de habilitação para promoção a cargo mais elevado, designação ao exercício de funções ou escolha para a composição de certos colegiados, juízos esses emanados dos próprios órgãos do Judiciário, ou dos outros Poderes, quando a eles incumbe participar de tais atos.

A atuação do juiz é controlada pela comunidade total, porque há sempre uma tensão entre o princípio que o submete à ordem legal, o princípio que exige a realização da justiça no caso concreto, e a “*remisión de la decisión judicial, al menos en último término, a la voluntad del cuerpo social*”¹⁶. É mediante esse processo de controle que se pode aferir a “aceitabilidade do resultado”, que funciona como um critério limitador da subjetividade do juiz.

Além disso, e mais diretamente, a decisão é controlada pelos grupos interessados, ou porque vinculados de alguma maneira à demanda ou porque participantes da cena judiciária, como os advogados, juristas e professores. O Prof. **Clóvis do Couto e Silva** observou, a respeito da aplicação pelos juízes de princípios e conceitos indeterminados, que “aos juristas cabe o controle da fundamentação judicial. Inexistindo esse segundo elemento, de que resulta o equilíbrio no desenvolvimento das instituições jurídicas, é possível que impere

16. **Modesto Saavedra**, *Interpetación Judicial del Derecho y Democracia*, Ajuris, Porto Alegre, 1996, v. 68, p. 299.

o arbítrio, ou, pelo menos, a errônea concepção de ser Direito tudo o que resulta das decisões dos juízes”¹⁷.

Para que seja efetivamente exercida tal fiscalização, são importantes a publicidade e a fundamentação das decisões, meios através dos quais se efetiva o conhecimento público do ato e das razões justificadoras da escolha. A Constituição do Brasil impõe aos tribunais: a) a obrigatoriedade da motivação das decisões administrativas (art. 93, X), isto é, o tribunal, ao praticar o ato administrativo, deve indicar o fato (motivo) que, de acordo com a lei, autoriza aquela decisão; b) todos os seus julgamentos são públicos, com a consignação dos votos dissidentes (art. 93, IX, primeira parte), particularidade essa importante do sistema brasileiro e que serve para o pleno conhecimento da atividade dos tribunais; c) todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, com a indicação das razões jurídicas que, admitidas pelo sistema, levaram o juiz àquela opção decisória (art. 93, IX, segunda parte). A fundamentação se desenvolve através de argumentação mais complexa do que a exigida para a motivação: enquanto para esta basta a indicação do fato precedente, que serve de motivo à decisão, a fundamentação – além da definição do fato antecedente e das normas aplicáveis – deverá ainda conter a exposição das razões pelas quais assim foi definido o fato, escolhidas e interpretadas as normas para o encontro daquela determinada decisão. Essa fundamentação, portanto, com as características de ser racional, completa e compreensível, interessa não apenas à funcionalidade do processo, mas deve ser vista “*come garanzia, ossia come condizione necessaria per il controllo democratico diffuso sull’esercizio del potere giurisdizionale*”¹⁸.

O crescente número de demandas expande o interesse pelo resultado dos processos e isso determina o aumento do controle difuso sobre as decisões dos juízes. Diversos fatores contribuem para a intensificação da busca de uma solução judicial: em primeiro lugar, a vocação do nosso Estado, comprovada e reforçada pelo constituinte de 1988, de judicializar todos os litígios, nos níveis institucionais e individuais, de sorte que qualquer pretensão pode ser levada ao juiz, e a maioria delas somente em juízo podem ser resolvidas, ao contrário de outros países, onde intensamente são utilizadas outras vias para a solução dos conflitos; depois, o acréscimo da produção legislativa, derivado da maior ingerência do Estado na regulação das relações sociais e econômicas; a deficiência dos textos legislativos, muitos deles elaborados para atender a assuntos

17. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português, Estudos de Dir. Civ. Brasil-Portugal, São Paulo, RT, 1979.

18. **Michele Taruffo**, *Il Significato Costituzionale dell’obbligo di Motivazione*, in Participação e Processo, coordenação de **Grinover, Dinamarco e Watanabe**, RT, São Paulo, 1988, pp. 37 e seguintes.

econômico-financeiros, sem obediência à melhor técnica; a ampliação do campo dos direitos subjetivos, e conseqüente aumento da possibilidade de sua violação; o fortalecimento da consciência de cidadania e de intransigência na defesa dos direitos individuais e coletivos. No Brasil, depois da Constituição de 1988, houve significativo acréscimo dos recursos que chegam aos tribunais superiores, números que se elevam continuamente, bastando referir que em 1996 chegaram no Supremo Tribunal Federal 30.000 novos processos, e no Superior Tribunal de Justiça, mais de 70.000; no Estado de São Paulo, foram ajuizadas na primeira instância mais de três milhões de ações. Essa quantidade de feitos, interessando a milhões de pessoas, em significativo percentual referem-se aos direitos públicos dos cidadãos. De outra parte, aumenta a participação da mídia na divulgação dos atos forenses, permitindo o acompanhamento do processo e o conhecimento do conteúdo das decisões, o que se alastrará pelo uso da telemática, com os bancos de dados dos principais tribunais do país, a começar pelo Supremo Tribunal Federal, já colocados à disposição do público para acesso via internet, com acompanhamento da tramitação dos feitos e conhecimento do conteúdo das decisões.

A função do juiz e a lição de Dworkin

O exame do tema da responsabilidade social dos juízes está diretamente vinculado à natureza da função jurisdicional e ao conceito de democracia. Isso porque, dependendo da resposta que for dada a essas duas questões, a responsabilização ocorrerá em outros limites e por causas diversas.

A indagação é a seguinte: qual a real função exercida pelo juiz e como isso se conjuga com a sua responsabilidade social em uma democracia?

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 un simple operador de una maquinaria diseñada y construida por el legislador*” (Merryman, 1969: 37/38), *es decir, de forma altamente mecánica y a-creativa, tanto respecto de cuestiones procesales como sustantivas*¹⁹, não existiria o problema, porquanto a sentença seria simples e automática aplicação particularizada da lei ao caso concreto.

Mas não é assim, e sobre isso todos estão de acordo. Os jusnaturalistas preconizam a existência de uma lei superior ao direito positivo, este expresso nos precedentes e nas leis, devendo o juiz afastar a norma inferior quando em contraste 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 prece-

19. Jose-Juan Toharia, *El juez Español*, ed. Tecnos, Madrid, 1975, p. 24.

dentos, abandonando-os “... se um tal precedente é muito injusto”²⁰. 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.A. Hart**, o filósofo do direito positivista mais importante da geração pós-guerra: “*he thought that in the penumbral situation judges must necessarily legislate*”²¹.

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 atua em um âmbito de liberdade para criar a norma individualizada. Essa a crítica que já fiz, em trabalho anterior²² 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. 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.

Contribuiu substancialmente para o encontro de um boa solução a tese do prof. **Ronald Dworkin**, da Universidade de Oxford, sucessor e aluno de **Hart**, mas não seu discípulo, à qual acrescento o complemento proposto por **Sheldon Leader**.

Segundo **Dworkin**, o sistema jurídico não é um sistema composto unicamente por ‘regras’ de condutas, que seriam, na versão de **Hart**, primárias (que concedem direitos ou impõem obrigações) e secundárias (que estabelecem como e por quem as regras primárias podem ser formadas, reconhecidas, modificadas ou anuladas), – cuja incidência sobre um fato excluiria a incidência de regra em sentido oposto, mas também integrado por ‘princípios’ e ‘políticas’. Princípio “é todo o *standard* que não seja regra, é um ‘*standard* que deve ser observado, não porque permite realizar ou atender a uma situação econômica, política ou social, julgada desejável, mas porque ele constitui uma exigência de justiça e de equidade ou de outra dimensão moral”²³. As regras ou

20. **Blackstone**, *Commentaries on the Laws of England*, 1/70.

21. **H.L.A. Hart**, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review*, v. 71, 1958, pp. 593 e segs.; *The concept of Law*, 1961, p. 144.

22. *Interpretação*, *Ajuris*, 1989, v. 45, p. 7.

23. **R. M. Dworkin**, *The Philosophy of the Law*, Oxford University Press, 1977, p. 43.

são aplicadas, ou não o são, enquanto que os princípios, enunciadores de uma orientação geral, não necessitam de uma decisão particular, podendo conviver dentro do mesmo ordenamento princípios opostos, pois, diferentemente das regras, eles podem ter peso ou importância. “Quando os princípios estão em conflito (por exemplo, a política de proteção dos consumidores de automóveis com o princípio da liberdade contratual), aquele que deve resolver este conflito deve ter em conta o peso relativo de cada um”²⁴. Já quanto à ‘política’, disse o autor: “Chamo política o tipo de *standard* que determina um fim a atender, como por exemplo o progresso para a coletividade de um ponto de vista econômico, político ou social”²⁵.

Dworkin sustenta, em *Laws Empire*, que a sua tese do direito como unidade propõe ao juiz trabalhar com um sistema jurídico integrado de regras e de princípios, de onde poderia ser extraída a melhor solução para os casos difíceis (*hard cases*, nos quais haveria aparentemente mais de uma solução possível, igualmente legítimas), permitindo “ao juiz supor que o direito está estruturado por um conjunto de princípios coerentes concernentes à justiça e à equidade, e de aplicá-los aos casos novos de tal sorte que a situação de cada pessoa possa ser julgada com equidade e justiça segundo os mesmos *standards*”²⁶. Compara o trabalho de um juiz imaginário, Hércules, ao de um romancista que participa de uma obra coletiva, que ao redigir o seu capítulo não pode desconhecer o que já está escrito, mas que deve escrever para frente; assim também o juiz deve ser capaz de considerar o direito existente e extrair os princípios que lhe permitam dirigir a sua interpretação para a solução do caso. “Essa interpretação deve em princípio ser global, ela deve ir das regras e dos dispositivos constitucionais mais fundamentais aos detalhes do direito privado. A melhor interpretação é aquela que faz dessa estrutura complexa a melhor estrutura política, e das decisões passadas (e leis) o melhor resultado possível”. Para o exame do caso, deve o juiz enumerar os princípios possivelmente aplicáveis e submetê-los a um juízo crítico, a fim de adotar aquele que, guardando coerência com o sistema (o que limitaria a influência das suas convicções particulares), melhor realizaria a justiça e a equidade²⁷. “O juiz deve chegar à sua própria conclusão fazendo o melhor para preservar a identidade e a integridade da história do direito que ele tem diante de si, mas com a liberdade de modificá-la em proveito dos melhores princípios de moral po-

24. *Op. cit.*, p. 47.

25. *Op. cit.*, p. 43.

26. **Ronald Dworkin**, *La Chaîne du Droit, Droit et Societé*, 1/51.

27. **Dworkin**, *op. loc. cit.*

lítica (justiça e equidade) que ele possa desenvolver”²⁸. Havendo possibilidade de escolha de duas soluções, ambas atendendo à exigência da concordância, “o juiz deve escolher entre as duas interpretações possíveis, preferindo aquela dentre elas que reflita a estrutura das instituições e as decisões da comunidade – suas normas públicas em seu conjunto – como melhor solução do ponto de vista da moral política. Suas convicções políticas e morais são pois diretamente engajadas”²⁹. O limite que ele deve respeitar é a identidade do sistema, do qual não deve se separar a ponto de perdê-la³⁰.

A teoria de **Dworkin** serve bem para demonstrar, de um lado, que o juiz não é neutro no julgamento que faz, e, de outro, o equívoco dos positivistas em atribuir ao juiz, na falta de uma regra clara para a solução do caso, um poder criador discricionário³¹. A sua faina está inserida no ordenamento vigente no país, que constitui um sistema composto não apenas de regras, mas também de princípios, os quais devem ser extraídos, ponderados e utilizados pelo juiz na solução do caso; para isso, será decisiva a escolha que ele fizer em favor do princípio que creia seja o melhor para atender ao espírito de unidade do sistema.

Para afastar as críticas de circularidade e de compromisso ideológico, a primeira porque o juiz poderia avançar no direito, mas estaria ao mesmo tempo limitado pela necessidade de concordância da sua decisão com esse mesmo direito, e a segunda porque a escolha da melhor solução estaria sempre de acordo com o mais ajustado à teoria política do juiz, parece conveniente a contribuição de **Sheldon Leader**. Diferentemente do modelo operacional proposto por **Dworkin**, que permite ao juiz aproximar-se do problema examinando-o imediatamente em todos os seus aspectos, de tal sorte que argumentos da teoria da decisão judicial poderiam atuar ao lado de princípios políticos, **Leader** propõe que esse trabalho se desenvolva em duas fases: “Nessa segunda versão, Hércules não faria intervir o conjunto da sua teoria política, para encontrar o equilíbrio entre todos os elementos. Em lugar disso, ele consideraria cada elemento e as soluções que se relacionam aos problemas de decisão por etapas, cada uma delas sendo autônoma e servindo de base para a continuidade da elaboração da decisão. Um tal desenvolvimento em termos de etapas deveria traçar uma separação entre os elementos que entram como elemento institucional de uma decisão, que fazem um bom ou um mau

28. **Sheldon Leader**, *Le Juge, la Politique et la Neutralité. A Propos des Travaux de Ronald Dworkin, Droit et Société*, 2/1986, p. 23.

29. **Dworkin**, *La chaîne du Droit*, p. 68.

30. **Leader**, *op. cit.*, p. 29.

31. **Michel Troper**, *Les juges pris aux sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin, Droit et Société*, 2/41.

espécimen de julgamento judiciário, e aqueles que concernem ao fundo, que mostram uma boa ou má concepção da justiça social. O conteúdo do direito estabelecido, com o qual se busca a concordância, é estabelecido antes que entrem em jogo as questões da justiça social. Essas questões de justiça social são examinadas do interior dos limites fixados pela exigência de concordância com o direito estabelecido”³².

A atividade do juiz, portanto, de descoberta do direito, não é neutra, mas também não é discricionária, devendo ser adotada em função das regras e princípios, implícitos e explícitos adotados pelo sistema, de tal sorte que a decisão, ainda que inovadora, mantenha coerência com o ordenamento jurídico vigente, que não perde por isso a sua identidade. O sistema jurídico de um Estado democrático permite liberdade decisória, nas condições acima referidas, e espera do juiz, a quem garante independência institucional e funcional, – a utilização dessa liberdade para a realização dos seus valores e por isso é que ele tem responsabilidade social.

A tarefa de julgador consistirá, primeiramente, em fixar as “regras” aplicáveis ao caso, de acordo com o direito estabelecido e as normas comuns de hermenêutica; depois, em uma segunda etapa, definirá os “princípios” acolhidos pelo ordenamento jurídico que poderão ser antagônicos entre si e servirão para orientar o seu julgamento. “Nesta perspectiva, considera-se o ordenamento jurídico de modo compreensivo, abrangendo as leis, sua ordenação hierárquica, os princípios diretores que orientam sua organização, os conceitos jurídicos que as permeiam, os valores que lhes são subjacentes e aqueles por elas buscados, bem como as idéias fundamentadoras dos direitos fundamentais do homem, progressivamente apreendidas pela consciência humana, tal como derivadas das lutas sociais e fixadas pelos costumes e tratados internacionais”³³.

O trabalho operacional do juiz, porém, não se esgota nessas duas fases; como proposto pelos doutrinadores citados no início deste capítulo, mas se completa com uma terceira etapa. Nesse último momento, o juiz fará atuar as “políticas” consagradas na Constituição, com as quais fará a escolha dos princípios e dará conteúdo aos conceitos éticos de justiça e de equidade.

Nesse trabalho final, o juiz será orientado pelas normas constitucionais e ordinárias que estabeleceram os objetivos e os fins do Estado. Aquilo que **Dworkin** denominou de ‘políticas’, e no Brasil tem sido definido como ‘nor-

32. *Le Juge*, p. 35.

33. **Plauto Faraco de Azevedo**, *Aplicação do Direito e Contexto Social*, RT, São Paulo, 1996, p. 119.

mas-objetivo' ou 'normas-fim', não fica fora da consideração do julgador, pois tais *standards* são manifestações do legislador constituinte que não podem ser desprezadas no trabalho interpretativo, sendo para isso plenamente eficazes. Em Estados onde a Constituição é pródiga em enunciar princípios, políticas e fins (p. ex.: arts. 41 e 42 da *Constitución Argentina*, com a reforma de 1994; arts. 5º, 6º e 7º da Constituição do Brasil), o juiz tem referenciais bem definidos.

O prof. **Eros Grau**, partindo da classificação exposta por **Miguel Reale** sobre normas de conduta (que disciplinam o comportamento dos indivíduos) e normas de organização (que dispõem sobre estrutura e funcionamento dos órgãos, e sobre técnicas de aplicação das normas de conduta), identifica as normas-objetivo como aquelas que “definem resultados concretos que devem ser alcançados pelos seus destinatários... fixam fins a serem alcançados. Fixam objetivos”³⁴. **José Afonso da Silva** as denomina de “normas-fim”: “Assim, a determinação constitucional, segundo a qual a ordem econômica e social tem por fim realizar a justiça social, constitui uma norma-fim, que permeia todos os direitos econômicos e sociais... nesse sentido, hão de reputar-se plenamente eficazes e diretamente aplicáveis”³⁵. São esses propósitos consagrados pelo legislador, principalmente pelo constituinte, que têm eficácia interpretativa para determinar, na sua última fase, a opção decisória.

Democracia substancial

Incluído o ideal democrático como essencial ao direito do Estado³⁶, os seus princípios são *standards* orientadores dos juízes, advindo do seu descumprimento a frustração dessa expectativa e a sua responsabilização social. Mesmo porque esse regime permite a formulação adequada de juízos de valor no seu mais alto grau, oferecendo o processo democrático um conjunto de métodos satisfatórios para o encontro de soluções adequadas aos problemas sociais³⁷.

É preciso examinar, então, os princípios que estão incluídos nesse conceito de democracia.

Norberto Bobbio, em conferência pronunciada no Chile, entre as duas

34. Direito, Conceitos e Normas Jurídicas, RT, São Paulo, 1988, pp. 131 e segs.

35. As disposições constitucionais programáticas sobre a ordem econômica e social, RDM 55/74.

36. **Jerome Hall**, Democracia e Direito, Zahar, Rio, p. 774.

37. **Jerome Hall**, op. cit., p. 82.

possibilidades de definição: formal (democracia pelo povo); substancial (democracia para o povo), optou pela primeira, pois considerou bastante a definição mínima procedimental para distinguir um regime democrático de um regime não-democrático, concluindo por afirmar ser democrático “o regime que permite tomar decisões com o máximo de consenso dos cidadãos, fundado sobre os princípios de liberdade, de modo que os cidadãos possam eleger seus governantes, e, ao mesmo tempo, fundado sobre o princípio de estado de direito, que é o que obriga os governantes a não exorbitar seu poder e a exercê-lo no âmbito das normas escritas”³⁸. É a mesma definição dada por **Shumpeter**, para quem a democracia garante o meio para a tomada de decisão, mas não prescreve a decisão ela mesma: “*Democracy is the institutional arrangement for arriving at political decisions in which individual acquire the power to decide by means of a competitive struggle for the people’s vote*”.³⁹

Porém, como observa **J. Rolland Pennock**, a forma pela qual a palavra se emprega modernamente denota muito mais que um conjunto de dispositivos institucionais⁴⁰, os quais devem ser vistos não como um fim em si, mas como meio para a criação de uma sociedade na qual os cidadãos gozam de certos direitos essenciais. **German José Bidart Campos** definiu a democracia como “*una forma de Estado que, orientada al bien común, respeta los derechos de la persona humana, de las personas morales e instituciones, y realiza la convivencia pacífica de todos en la libertad*”⁴¹. Os direitos fundamentais foram classificados por **T. H. Marshall** em: a) direitos civis, compostos dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça; b) direitos políticos, como o de participar no exercício do poder político como membro de um organismo investido de autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo; c) direitos sociais, que se referem a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade⁴². Modernamente, os direitos humanos têm sido classificados por “gerações”, em três

38. *Fundamento y futuro de la Democracia*, Ed. Fac. Ciências Jurídicas, Universidade de Valparaíso, p. 45.

39. *Capitalism, Socialism and Democracy*, 1947, p. 269.

40. *La Democracia en la Actualidad*, Uteha, México, 1967, p. 163.

41. *Doctrina del Estado Democrático*, EJE, 1961, Buenos Aires, p. 206.

42. *Cidadania, Classe Social e Status*, Rio, Zahar, 1967, p. 64, apud **Oswaldo Agripino de Castro Jr.**, Os Direitos Humanos no Brasil e a sua Garantia através dos Instrumentos Processuais Constitucionais, Revista de Informação Legislativa, ano 33, abril/junho 1996, nº 130, pp. 83 e seguintes.

etapas: a) a geração dos direitos de origem burguesa, que se caracterizam como direito de defesa e se destinam a garantir a autonomia das pessoas; b) a geração ligada ao constitucionalismo sócio-econômico, como os direitos que geram obrigação positiva do Estado; c) os de terceira geração, que pretendem satisfazer necessidades propostas pelas transformações tecnológicas da sociedade moderna (meio ambiente, consumidor, informática, etc.)⁴³. As duas classificações nos auxiliam a compreender a extensão dos direitos fundamentais e a amplitude do compromisso assumido pelo Estado.

Consta do preâmbulo da Constituição do Brasil de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...”.

Devemos adotar, portanto, um conceito substantivo de democracia, em cuja essência estão os direitos fundamentais do homem, assim como enumerados no preâmbulo e definidos nos diversos dispositivos da Carta Constitucional. E embora hoje a palavra de ordem que nos vem de fora seja o liberalismo e a globalização dos mercados, com esquecimento de tudo o que possa lembrar o social, convém repetir a advertência de Alain Touraine “O que deve ser mantido ou mesmo reforçado do passado é o ‘*Welfare State*’ tal como foi criado na Europa”⁴⁴.

No tema dos direitos fundamentais, cumpre ainda dar realce às disposições sobre os tratados internacionais. “Neste sentido, a Constituição de 1988, após proclamar que o Brasil rege-se em suas relações internacionais pelo princípio, **inter alia**, da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), constituindo-se em Estado Democrático de Direito e tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), dispõe que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º). Cabe, portanto, o ensinamento do prof. **A.A.C. Trindade**, segundo o qual o art. 5º se insere na nova tendência das constituições latino-americanas recentes no sentido de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais interna-

43. **Pablo Lucas Murillo**, *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 33/34; também, em **Néstor Pedro Sagüés**, *Introducción al Texto de la Constitución de la Nación Argentina*, Astrea, 3ª ed., p. 37.

44. Folha de São Paulo, 23.02.97.

cionalmente consagrados”⁴⁵. Apesar disso, permanece a orientação de que o tratado tem posição hierárquica igual à da lei ordinária, revogando a anterior, mas a que sucede ao tratado tem prevalência sobre este (**Pedro Abreu Dallari**, Normas Internacionais de Direitos Humanos e a Jurisdição Nacional, Revista Especial do TRT, 3ª Região, São Paulo, 1997). Nesse ponto, mais forte é o que consta no art. 75, inc. 22, da Constituição da Nação Argentina, que coloca os tratados acima das leis e faz a enumeração daqueles que, versando sobre direitos humanos, têm hierarquia constitucional; “*eso no significa que formalmente integren la Constitución, aunque sí valen como la Constitución*”⁴⁶.

Os enunciados políticos incluídos na Constituição ou por ela mandados observar servem de paradigma aos juízes no julgamento das pretensões dos cidadãos manifestadas através dos diversos meios de acesso à Justiça, valendo lembrar, além das ações previstas na legislação ordinária processual: o mandado de segurança, contra ato ilegal de autoridade (e também contra ato de particular, cf. art. 43 da Constituição da Argentina); o **habeas corpus**, contra ofensa à liberdade de locomoção (e também contra agravamento da detenção e desaparecimento de pessoas, cfe. art. 43, 3ª parte da Const. da Argentina); o **habeas data**, para a defesa do direito à autodeterminação sobre os dados pessoais; o mandado de injunção, para fazer valer direito constitucionalmente assegurado; a ação direta de inconstitucionalidade, para obter decisão declaratória de invalidade da lei, com efeito geral; a ação direta de constitucionalidade, para reconhecimento da validade da lei; a ação civil pública, para defesa de direitos do cidadão, do meio ambiente e do consumidor; a ação popular, para a defesa do erário público, etc.

No Estado democrático em que a Constituição enumera regras, princípios e políticas tão extensivamente, consagrando os pressupostos essenciais de um estado democrático, como acontece no Brasil, cabe ao juiz formular uma teoria do direito e encontrar para o caso concreto a solução que satisfaça à exigência de conformar-se com o sistema e realizar a justiça: “Obedecendo às diretrizes fundamentais da ordem jurídica, resta-lhe um campo imenso, onde as virtualidades de seu trabalho podem tornar-se fecundas”⁴⁷. Aliás, o juiz só aplica a lei injusta se quiser⁴⁸. Contribui para isso o nosso sistema de controle da constitucionalidade, que é amplo, feito de modo difuso, através de exceção, em qualquer demanda, por todo juiz e em todas as instâncias, com efeito

45. **Castro Jr.**, op. cit., p. 87.

46. **Sagüés**, loc. cit., p. 32.

47. **Plauto Faraco de Azevedo**, op. cit., p. 144.

48. **Juarez Freitas**, A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta. Vozes, 1989, p. 89.

restrito ao processo, e também através de ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal, com efeito **erga omnes**. Nessa função, ressalta a importância do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional, investido que está “na capacidade de, interpretando juridicamente o texto da Constituição, traçar, em consequência, o alcance das diretrizes políticas nele subjacentes”⁴⁹.

Por fim, resta dizer que a democracia, sendo o governo da maioria, não existe para assegurar a tirania dessa maioria. O constitucionalismo, diz **Neil MacCormick**, é um requisito prévio à democracia. Deve, e de fato o faz, impor limites à tirania da maioria e ao igualitarismo absoluto⁵⁰. A decisão da maioria, somente por ser da maioria, não é necessariamente a melhor, esteja ela expressa na lei ou manifestada pela opinião pública. “A soberania do povo não é ilimitada; está circunscrita pelos limites da justiça e dos direitos dos indivíduos. A vontade de um povo não pode tornar justo o que é injusto”⁵¹. A opinião pública pode ser facilmente manipulada nos tempos de “consenso fabricado”, no dizer de Chomsky, e o é cada vez mais nos Estados onde inexistente efetivo controle para impedir o monopólio da informação. A opinião da maioria pode ser incoerente com o sistema, e por isso desconsiderada pelo juiz, que tem um compromisso de coerência. É por isso que o juiz pode decidir contra a opinião pública, ou afastar a lei, ainda que representem a vontade da maioria, pois aquela pode ofender a lei, e esta, vulnerar a Constituição. Ao lado do princípio democrático de respeito à vontade da maioria, também existe o que impõe o respeito à minoria: “Faz parte essencial da democracia a representação apropriada das minorias”⁵². A tolerância é um dos elementos que compõem o princípio de igualdade, sendo ela uma condição de progresso, da busca da verdade e do exercício da liberdade⁵³. A intolerância, dessarte, ofende o princípio político da igualdade e é causa da discriminação jurídica, ambas as situações incompatíveis com o estado democrático. Nessa perspectiva, incumbe ao juiz afastar a manifestação da maioria que represente tratamento iníquo contra a minoria.

Ainda nesse ponto me socorro da lição recente de **Dworkin**, em artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo: “É antidemocrático que um grupo de juízes – nomeados, e não eleitos tome decisões morais fundamentais em

49. **Miguel Seabra Fagundes**, As Funções Políticas do Supremo Tribunal Federal, Arquivos do Min. da Justiça, nº 157, p. 29.

50. *Constitucionalismo y Democracia*, Anuario de Derechos Humanos, Un. Complutense, Madrid, nº 5.367/380.

51. **Benjamin Constant**, Principios Políticos Constitucionais, Liber Juris, Rio, 1989, p. 70.

52. **Stuart Mill**, Governo Representativo, Ibrasa, São Paulo, p. 92.

53. **Alfonso de Julios Campuzano**, *Minorias y Tolerancia sobre los Fundamentos de la Democracia*, Rev. da Fac. Dir. Curitiba/PR, 1994/1995, v. 28, 11-41.

nome de todos. Isso depende de como se define a democracia. Democracia é o governo pelo povo, mas filósofos e cientistas políticos divergem quanto ao que isso quer dizer. Muitos pensam que significa o governo exercido de acordo com a vontade da maioria. Se assim for, a revisão judicial é obviamente antidemocrática, pois, às vezes, faz com que a maioria não possa ter a lei que deseja. Outros têm uma concepção diferente de democracia: acham que ela não é o governo exercido pela maioria, mas por todas as pessoas agindo em conjunto, numa espécie de parceria ou *joint venture*, de modo que até os cidadãos que votaram contra determinada lei se incluem, por força de sua participação nessa parceria, entre seus autores... Se adotarmos esta segunda visão de democracia – se a virmos como uma *joint venture* de que todos os cidadãos participam –, então pensaremos que uma nação não é verdadeiramente democrática mesmo que suas autoridades sejam eleitas pela maioria dos cidadãos, a menos que essas autoridades e as leis que elas fazem tratem todos, e não só a maioria, como membros plenos e iguais da comunidade. Ou seja, nenhuma comunidade é democrática, nem decisões e eleições majoritárias são legítimas, se a comunidade e suas decisões não respeitarem os direitos fundamentais de todo cidadão, individualmente. Desse modo, não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são um pré-requisito da própria legitimidade deste não serão violados. Naturalmente, os juízes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação de juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política no longo prazo.” (Ed. de 26.03.97).

Essa última observação reforça a idéia de que o juiz embora sendo socialmente responsável, não pode ter sua permanência no cargo submetida à aprovação da maioria, pois se fosse assim não teria condições de desconsiderar a opinião pública eventualmente formada em sentido contrário, para fazer prevalecer o princípio democrático de respeito à minoria.

Em conclusão, a responsabilidade política do juiz é uma espécie de responsabilidade jurídica, que tem sido raramente usada e, no Brasil, está regulada em lei ordinária apenas relativamente aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a denominação de crimes de responsabilidade. A responsabilidade social implica apenas um juízo ético contra o juiz que descumpra o dever que o sistema lhe impõe de decidir de acordo com os princípios democráticos. Para a definição dessa responsabilidade considera-se a lição de **Dworkin**, quanto à natureza da função judicial, e os enunciados de uma democracia substantiva.

Essa espécie de responsabilização assume cada vez maior importância, na medida em que aumenta o controle difuso da ação dos juízes.

O Estado democrático não se realiza pela previsão da lei, mas sim depende de efetiva vivência, que só acontece com o engajamento de todos os cidadãos, muito especialmente dos que de algum modo exercem os poderes públicos, cabendo aos juízes participarem dessa empresa. É preciso, portanto, um comprometimento pessoal, diuturnamente renovado, dos juízes para com os princípios da democracia e com os valores da equidade e da justiça; além da responsabilidade jurídica, em todas suas espécies, e da responsabilidade social, o mais eficaz desses controles está na efetiva responsabilização moral do juiz perante a própria consciência, que permanentemente o acompanha e não precisa de nenhum procedimento formal externo para se manifestar.