

## O QUE SE ESPERA DE UM JUIZ?

### *WHAT IS EXPECTED OF A JUDGE?*

**Ivan da Costa Alemão<sup>1</sup>**

**Márcia Regina C. Barroso<sup>2</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Como avaliar um juiz na sociedade; 2 Formação Humanística e Escola da Magistratura; 3 Novos e antigos perfis dos juízes; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

### **RESUMO**

Esse artigo tem como finalidade principal perceber as diferentes visões que se tem em relação à atividade dos juízes no Brasil, tanto pela instituição judiciária, onde daremos destaque às orientações do CNJ, quanto às visões difundidas pelo meio intelectual. Embora apresentemos alguma análise documental, a grande ênfase deste trabalho será teórica. Temos como objetivo fomentar o debate em torno do tema, elucidando uma série de questões pertinentes ao sistema judiciário e à atividade dos juízes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito; Judiciário; Magistratura.

---

<sup>1</sup> Juiz titular da 5ª Vara do Trabalho de Niterói. Professor adjunto da Faculdade de Direito da UFF. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação de Sociologia e Direito (PPGSD-UFF). Doutor em Ciências Humanas (Sociologia) pelo PPGSA-UFRJ (2008), Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo PPGSD-UFF (2001), graduado em Direito pela UFF (1987) e História pela UFF (1980). E-mail: ivanalemao@terra.com.br

<sup>2</sup> Doutoranda em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia da UFRJ, Mestre em Sociologia e Direito pelo Programa de Pós-Graduação de Sociologia e Direito (PPGSD-UFF), Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ - 2009), Especialista em História do Brasil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM -2002) e Bacharel em História pela Universidade Federal Fluminense (UFF - 1996). E-mail: marciajose@ig.com.br

## **ABSTRACT**

This article aims to understand different points of view in relation to decisions of the courts in Brazil, both by the judicial authorities, which will highlight guidelines CNJ, as disclosed by intellectual means. Although not present an analysis of documents, the main emphasis of this work is theoretical. Our goal is to encourage debate around the issue, clarifying a number of issues relating to the judiciary and the activity of judges.

**KEY-WORDS:** Law; Judiciary; Magistracy.

## **INTRODUÇÃO**

Qual o perfil que a sociedade deseja do juiz? Como ele deve exercer a sua atividade profissional? Esta pergunta vem sendo cada vez mais refletida por sociólogos, filósofos, economistas, juristas e psicólogos, que partem, através de seus estudos, de preocupações diversas. São enormes as exigências práticas, teóricas e técnicas sobre os magistrados.

Durante muito tempo existiu uma idéia comum de que o juiz era um mero aplicador da lei num caso concreto, exigindo dele apenas o raciocínio da técnica processual. Hoje, se estabelecem alguns paradigmas que se referem aos juízes e este artigo se propõe aprofundar essa reflexão. A perspectiva de reforma do poder judiciário é uma tônica no mundo ocidental do início do século XXI.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 implementou a esperada reforma no Brasil sem mudar a atual estrutura do Judiciário, mantendo o Supremo Tribunal Federal como um espécie de "representante" institucional dos interesses da magistratura, muito embora as associações de classe possuam as representações corporativas. Porém, a EC 45/2004 criou o Conselho Nacional de Justiça como um órgão de controle, o que tornou a nossa reforma um tanto de cima para baixo, marcadamente de cúpula.

Ao lado do STF, sob a mesma presidência, o CNJ surge como uma espécie de "agência" americana, muito em voga nos EUA e nos últimos tempos implementadas em diversos setores da economia, para regular a administração

dos tribunais. Assim, no Brasil, “o que se espera de um juiz” está intimamente relacionado ao direcionamento indicado pelo CNJ em cooperação com o STF. Entretanto, este artigo pretende refletir não apenas sobre os aspectos relativos aos órgãos oficiais, mas compreender também as expectativas que surgem em relação ao papel dos juízes, difundidas em amplos setores da sociedade.

## **1 COMO AVALIAR UM JUIZ NA SOCIEDADE**

É preciso, antes de tudo, que se faça uma divisão entre duas formas de avaliação dos juízes, embora elas se confundam em muitos momentos. Uma se refere à avaliação feita pela sociedade, pelos sociólogos, filósofos, a mídia e a opinião pública. A outra é a que é realizada pela própria instituição judiciária. Esta última forma de avaliação foi intensificada e desenvolvida principalmente após a EC 45 de 2004, como já mencionamos.

A criação do CNJ ocorreu após longa e intensa discussão sobre a viabilidade ou não de um poder externo exercer algum tipo de controle sobre o poder judiciário. Esse novo órgão foi criado como um meio termo entre as duas fortes opiniões até então vigentes: de um lado, a corrente que negava qualquer controle externo, e, do outro, a que propunha um órgão composto e escolhido por membros exclusivamente externos ao poder judiciário. O CNJ acabou sendo formado por membros de diversas origens, muito embora seja presidido pelo presidente do STF.

Ultimamente o CNJ tem procurado alterar o perfil dos juízes, a começar pela política de uniformização. Embora não se discuta qualquer mudança na existência dos atuais tribunais e suas cortes (aspecto da instituição enquanto órgão), se implementa radical mudança no sentido de uniformizar a carreira e os procedimentos administrativos. Citamos algumas importantes regras criadas pelo CNJ, especificamente para a magistratura:

- Regras para concurso (Resolução n. 75 do Conselho Nacional da Magistratura – CNJ, de 12 de maio de 2009);

- Código de Ética do Magistrado (Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337);

- Regra de promoções (resolução nº 106 de 6.4.2010, que revogou a resolução nº 6 de 13.9.2005).

As mesmas diretrizes são aplicadas tanto para os tribunais nacionais quanto para os regionais. Em torno do tema da celeridade, campanhas são desencadeadas onde são cobrados resultados quantitativos. Os métodos estatísticos, facilitados pelos meios informáticos, vêm se firmado como critérios de avaliação. A prestação de um "bom serviço" do juiz vem sendo medida cada vez mais por meio do número de processos que ele consegue finalizar. Buscar um equilíbrio entre quantidade e qualidade é um desafio atual para o sistema judiciário.

Devemos observar que há hoje em andamento uma enorme transformação nas exigências feitas ao juiz, não só no seu ingresso na magistratura, mas periodicamente por meio de dados estatísticos sobre seu desempenho. Se o perfil do juiz até algum tempo atrás era o de um profundo conhecedor das questões jurídicas, fundamentalmente um intérprete da lei, aquele que basicamente fazia a ponte entre as normas jurídicas e o caso concreto (litígio), hoje se exige dele qualidades administrativas e técnicas de informática. As cobranças feitas pelos canais superiores fazem com que o juiz seja bem mais disciplinado, preocupado com sua imagem perante os órgãos que coletam dados estatísticos e pelos avaliadores.

Já os sociólogos do direito, ao estudarem temáticas referentes ao papel do juiz, observam que o quadro de cidadãos que exercem esta função pública muda em decorrência das exigências sociais, da estrutura do Estado e a forma pela qual ele é investido no cargo. O surgimento dos Estados providência e, posteriormente, o aparecimento do concurso público são, por exemplo, dois importantes fatores que influenciaram na atuação dos juízes, embora eles não fossem os únicos. No antigo modelo de Estado mínimo se exigia dos juízes uma maior preocupação com as lides individuais e privadas, quase sempre oriundas

de relações contratuais ou familiares. Normalmente o sistema de admissão era realizado através de nomeações, o que tornavam os juízes extremamente vinculados ao poder executivo, por vezes atuando quase que como um braço do governo ou de grupos dominantes locais. Até o ano de 1871 o judiciário brasileiro também acumulava a função de poder de polícia. No início da República só os juízes federais<sup>3</sup> tinham as prerrogativas de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Algumas decisões do Supremo Tribunal a estendiam aos juízes estaduais, o que só foi confirmado pela reforma constitucional de 1926, fatos que são bem relatados no livro clássico de Victor Nunes Leal<sup>4</sup> "Coronelismo, Enxada e Voto".

As mudanças de lides também exigiram dos juízes novas especialidades que, em alguns casos, foram acompanhadas de mudanças na estrutura do poder judiciário, como o surgimento do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho na década de 1940. Os conflitos trabalhistas deram origem às lides judiciais coletivas (poder normativo da Justiça do Trabalho). Na década de 1960, com a explosão de litigiosidade ocorrida no mundo ocidental, novos tipos de demandas coletivas surgiram como as que envolviam os direitos das mulheres, e das chamadas minorias. Temas que diziam respeito à estrutura da sociedade, como divórcio, aborto, consumo, foram discutidos não só nos meios jurídicos, mas também através dos meios de comunicação, como o rádio e a TV. Novos instrumentos judiciais só foram introduzidos no Brasil na década de 1990 com a regulamentação das ações civis públicas (1985) e, depois, com a criação dos juizados especiais na década de 1990.

---

<sup>3</sup> Os juízes federais foram extintos em 1937, durante o Estado Novo, sendo que na Ditadura Militar, em 1965, pelo AI n. 2, e Lei 5.010 de 1966, foram criadas varas federais com indicação de seus membros sem concurso público.

<sup>4</sup> LEAL, Victor Nunes (1975). **Coronelismo, Enxada e Voto**. São Paulo: Alfa-Omega.

## **2 FORMAÇÃO HUMANÍSTICA E ESCOLA DA MAGISTRATURA**

A resolução 75 do CNJ deixa bem clara a exigência de uma formação humanística do juiz. Apresenta de certa forma uma mudança que se dá não só em relação ao magistrado, mas também estendendo ao próprio estudante e profissional do direito. Os currículos universitários já expressam essa preocupação, exigindo também professores com novos perfis. Se isso não bastasse, também está sendo incentivada a criação de escolas de magistrados pelas próprias instituições judiciárias.

Para ser implementada essa mudança de perfil do juiz, duas etapas são fundamentais: aperfeiçoar o critério de seleção dos magistrados (principalmente via concurso público) e aperfeiçoar o nível intelectual (por meio das escolas de magistratura).

O concurso público vem sendo discutido quanto à sua permanência, quanto aos seus métodos e os seus critérios de escolha, ressaltando que nem todos os magistrados são admitidos por este mecanismo, havendo o chamado “quinto constitucional” oriundos de membros indicados pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. Mas mesmo neste caso, devem-se aperfeiçoar constantemente os seus critérios de escolha.

A ideia das escolas de magistratura já estava presente na LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura (LC 35/1979). Na forma de seu §1º do art. 87, permite-se que a lei possa condicionar a promoção aos tribunais por merecimento à frequência, com aprovação, a curso ministrado por escola oficial de aperfeiçoamento de magistrados. A Constituição de 1988 estabelecia “previsão de cursos oficiais de preparação e de aperfeiçoamento como requisitos para ingresso e promoção na carreira” (inciso IV do art. 93). Por essa redação, as Escolas não serviriam apenas para promoção, mas também para o próprio ingresso na carreira. A EC de 2004 modificou o referido inciso IV do art. 93 da CF/88:

(...) previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a

participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados.

Segundo Dallari<sup>5</sup>, a idéia de criar no Brasil escolas de magistratura ganhou força na década de setenta, ainda sob a ditadura militar, sendo que muitos juízes criticavam a idéia sob o ponto de vista de que a função de ensinar é das instituições de ensino e não do judiciário. Ressalta que muitas dessas escolas se transformaram em verdadeiros "cursinhos", o que fugia a sua finalidade por estabelecer uma discriminação a favor de candidatos e cobrar elevados preços.

Dallari assim se refere à seleção dos juízes:

A aferição do preparo intelectual dos candidatos a juiz é um ponto de extrema relevância, que se liga diretamente às concepções relativas ao papel social do juiz. Não basta verificar se o candidato tem bons conhecimentos técnico-jurídicos, pois o juiz que oferece apenas isso, ainda em alto grau, não conseguirá ser mais que um eficiente burocrata. É indispensável, para a boa seleção e, conseqüentemente, para que se tenha uma boa magistratura, que sejam selecionadas pessoas que, a par de seus conhecimentos jurídicos, demonstrem ter consciência de que os casos submetidos a sua decisão impliquem interesses de seres humanos. O candidato a juiz deverá demonstrar ter condições para avaliar com independência, equilíbrio, objetividade e atenção aos aspectos humanos e sociais, as circunstâncias de um processo judicial, tratando com igual respeito a todos os interessados e procurando, com firmeza e serenidade, a realização da justiça<sup>6</sup>.

Dallari<sup>7</sup> defendia a formação humanística dos estudantes de direito com conhecimento aprofundado sobre a história e a realidade das sociedades humanas, buscando a compreensão do direito e da justiça. Sendo assim, para

---

<sup>5</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu (1996) **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, p. 30/31.

<sup>6</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**, p. 24/25.

<sup>7</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**, p. 28.

este autor, algumas disciplinas seriam de extrema importância para os cursos de direito como a antropologia, a sociologia e a psicologia.

Nesse sentido Nalini<sup>8</sup> também nos acrescenta ao comentar sobre as Escolas da Magistratura, onde defende uma preparação interdisciplinar, e não somente jurídica: "A falta do conhecimento jurídico não tem sido a mácula maior da justiça nacional". A avaliação institucional do juiz, portanto, cada vez mais, não se limita ao seu ingresso na carreira, mas se efetiva paulatinamente em função de expectativas que a sociedade como um todo tem em relação ao juiz.

As formas pelas quais as promoções têm sido concebidas também têm se alterado e tem se estabelecido critérios cada vez mais rigorosos relacionados principalmente aos aspectos de gestão. Podemos citar como exemplo um dos critérios relacionados à promoção na atual Resolução: o da "gerência administrativa" (letra c do art. 7º da Resolução 106 de 2010).

### **3 NOVOS E ANTIGOS PERFIS DOS JUÍZES**

Durante muito tempo esperou-se que o juiz fosse um fiel cumpridor da lei. Essa exigência não deixou de existir, porém novas doutrinas têm repensado o seu papel, ora direcionando-o para o aspecto mais político, ora mais social, além também daquelas formas que vêm no juiz a figura de um gestor. Pretendemos aqui nessa parte do texto expor algumas reflexões sobre o tema, tanto nacionais quanto internacionais. Iniciaremos nossa reflexão com um autor clássico para a área jurídica que percebe como atividade fundamental do juiz a aplicação da lei. Apresentaremos assim as ideias de Giuseppe Chiovenda, grande teórico de direito processual da primeira metade do século XX.

Enrico Tullio Liebman, que introduziu a obra de Chiovenda "Instituições de Direito Processual Civil" no Brasil, justifica-a, entre outros motivos, pelo fato de este autor ser um eficaz defensor dos princípios do processo oral, e ser um dos

---

<sup>8</sup> NALINI, José Renato (1992). "O juiz e a acesso á justiça", 2ª edição, Revista dos Tribunais, p.160.

pensadores que, talvez, mais que qualquer outro, inspirou o primeiro Código de Processo Civil brasileiro de âmbito nacional, promulgado em 1939<sup>9</sup>.

Chiovenda, no início do século XX, afirmava que a lei moderna impede que as pessoas ajam por conta própria para resolver seus litígios (exercício arbitrário das próprias razões), salvo casos excepcionais.

O Estado moderno, por conseqüência, considera como função essencial própria a administração da justiça; é exclusivamente seu poder de atuar a vontade da lei no caso concreto, poder que se diz *jurisdição*; e a que provê como instituição de órgãos próprios (jurisdicionais). Os mais importantes são os juízes (autoridade judiciária); ao lado deles estão órgãos secundários (serventuários de justiça, escrivães)<sup>10</sup>.

Para o autor, a função pública desenvolvida no processo consiste na "*atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela*". E continua:

Objetivo dos órgãos jurisdicionais é afirmar e atuar aquela vontade de lei que eles *estimam* existentes como vontade concreta, à vista dos fatos que *consideram* como existentes. A atividade dos juízes dirige-se, pois, necessariamente a dois distintos objetivos: exame da *norma* como vontade *abstrata* da lei (questão de *direito*) e exame dos *fatos* que transformam em *concreta* a vontade da lei (questão de *fato*)<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> A unificação do processo foi defendida durante a 1ª República por Rui Barbosa e Castro Nunes, entre outros, mas só foi possível com a Carta de 1934.

<sup>10</sup> CHIOVENDA, Giuseppe (1942). **Instituições de Direito Processual Civil**, São Paulo: Saraiva, 72/74, Vol. I.

<sup>11</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. p.74.

Chiovenda, ao estudar as regras do direito italiano de sua época, demonstrava a diferença em relação aos pensadores alemães (particularmente, Oskar Bülow), que via a possibilidade de o juiz formular o direito, ou seja, “produzir” direito nos casos imprevisíveis pela lei (particularmente aqueles que surgem em consequência de invenções e descobertas). Se a lei era omissa em relação a um fato novo, dizia Chiovenda, é porque “nesse caso falta uma vontade da lei que garanta o bem reclamado pelo autor e se formará uma vontade negativa de lei”<sup>12</sup>. O juiz atua, em todos os casos, conforme a vontade da lei preexistente. Para o autor, o juiz não descobre uma norma, apenas reformula o direito preexistente.

Chiovenda não concorda com a definição de que o processo é uma forma de solucionar controvérsia, pois, esta pode ocorrer fora do processo (arbitramento), assim como há processos sem controvérsia (revelia). Chiovenda discordava de Carnelutti que concebia o objetivo processual como a justa composição da lide (entendida a “lide” como pretensão contrariada porque contradita ou porque não satisfeita). Segundo Chiovenda: “mesmo quando entre as partes existe um contraste, não é objetivo imediato do processo compô-lo, mas dizer a vontade da lei”<sup>13</sup>. Entretanto, a teoria de Carnelutti acabou por prevalecer, tendo a nossa doutrina adotado-a neste ponto, mais do que a de Chiovenda.

Kelsen<sup>14</sup>, sempre atacado como legalista, já admitia o “juiz como legislador”, como ocorrem com os tribunais, normalmente de última instância, que recebem competência para criar precedentes. O autor demonstra que nos sistemas onde o juiz tem mais poder de criação há menor grau de segurança jurídica já que não se sabe exatamente o que tomou como base. Por outro lado, esses sistemas são mais flexíveis. Ou seja, “flexibilidade X segurança jurídica” são os aspectos a serem considerados para se optar por um ou outro sistema. O primeiro sistema é mais flexível, pois o juiz *descobre* o direito. Por isso, segundo Kelsen, o juiz deve

---

<sup>12</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. p.78.

<sup>13</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. p.83.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans (1999). **Teoria Pura do Direito**, São Paulo: Martins Fontes. p.277/281.

pensar como o legislador, como se o estivesse substituindo, se orientado, portanto, por um determinado ideal de justiça.

De toda forma, havendo “criação ou não” por parte do juiz, a medida adotada sempre será a do Direito. Isso fica claro quando Kelsen trata da lacuna do direito. Para ele é errônea a idéia de que quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever ao indivíduo de realizar determinada conduta, permitida é esta conduta. Prossegue o autor:

A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica – e isso também é aplicação do Direito. A aplicação do Direito não será logicamente excluída. E, efetivamente, não se costuma de forma alguma presumir a existência de uma “lacuna” em todos os casos nos quais o dever do demandado ou acusado afirmado pelo demandante ou acusador não é estipulado qualquer norma do Direito vigente<sup>15</sup>.

Mais adiante, Kelsen<sup>16</sup> afirma que a ordem jurídica é sempre aplicável quando o juiz rejeita a ação com o fundamento de que a ela não contém qualquer norma geral que imponha o demandado o dever afirmado pelo demandante.

A falta de lei pode assim implicar em rejeição do pedido. Mas os códigos modernos não vêm adotando essa premissa kelsiana, dando espaço para os juízes preencherem lacunas da lei com a aplicação dos costumes, princípios, etc.<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p.274.

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p.275.

<sup>17</sup> É bem verdade que a Súmula Vinculando do STF de nº 4, quebra esse princípio em sua parte final: “Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, *nem ser substituído por decisão judicial.*” (grifo nosso).

Cappelletti no livro "Juízes Legisladores?" faz uma análise equilibrada sobre a mudança de postura do juiz, exigida pela própria sociedade. A criatividade do juiz é inerente à própria interpretação. É como o interprete de uma música, que sempre deixa a sua marca. Cappelletti entende que a criação do direito está implícita na própria interpretação da lei<sup>18</sup>. E adianta: "O verdadeiro problema é outro, ou seja, o grau de criatividade e dos modos, limites e a aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários"<sup>19</sup>. O autor passa então a visualizar esses limites de criatividade. Adverte o autor que criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente "direito livre", no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto.

Boaventura Santos ao analisar a situação do judiciário português<sup>20</sup> afirma que não haverá reforma sem mudança da cultura jurídica. Para ele a caricatura do juiz atual é o daquele que domina uma cultura normativista, técnico-burocrática, e que possui três grandes ideais: a autonomia do direito, uma idéia de que o direito é um fenômeno totalmente diferente de tudo o que ocorre na sociedade e é autônomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos. Sendo assim, o direito se manifesta na dogmática jurídica, calcado no direito civil e penal.

Para o autor, o juiz deveria ter em sua formação conhecimentos de técnicas contabilísticas, de economia, psicologia, antropologia, sociologia, para assim entender melhor a realidade. Santos chega a admitir a possibilidade de se ter magistrados que não sejam oriundos da faculdade de direito. Até mesmo o concurso público não é pensado como o único meio de ingresso e o vitaliciamento poderia não ser de imediato. O primeiro perfil do juiz desejado é o que possui uma cultura judicial democrática e que esteja aberto a soluções

---

<sup>18</sup> CAPPELLETTI, Mauro (1993). **Juízes legisladores?** RS: Sergio Antonio Fabris Editor. p.20.

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, Mauro (1993). **Juízes legisladores?** RS: Sergio Antonio Fabris Editor. p.21.

<sup>20</sup> SANTOS, Boaventura Sousa (2000), "Que formação para os magistrados nos dias de hoje?". Revista do Ministério Público, nº 82: 7-26.

alternativas. Ressalto aqui um dos temas levantados por Santos para formar o perfil do juiz que ele entende como ideal. Afirma o autor que:

ninguém fala hoje na qualidade das sentenças, das decisões, de como o valor da vida e do corpo dos cidadãos portugueses é processado nos tribunais, porque a qualidade da justiça não está na agenda política. Está apenas a quantidade, a morosidade, a ineficácia, as prescrições. São sempre indicadores quantitativos<sup>21</sup>.

Entretanto, destacamos que Santos dedicou-se à análise do caso português. Para o caso brasileiro podemos citar os estudos de José Renato Nalini, onde argumenta que há indícios de que a justiça se encontraria em crise, fato esse que poderia ser observado nas pesquisas de opinião. A população nem sempre acredita na justiça. Para o autor já não existe espaço, no Brasil, para o juiz omissor, burocrata, compilador de jurisprudência ou distanciado do consenso jurídico<sup>22</sup>.

Ainda nessa linha de raciocínio Nalini indaga: "seria ousado afirmar que o Brasil está precisando de juízes rebeldes em lugar de juízes submissos?"<sup>23</sup>. O autor questiona a metodologia que considera superada dos concursos públicos, organizados por comissões constituída *ad hoc* pela própria instituição. Neles, vencem os que têm uma maior capacidade de memorização, daí o sucesso dos cursinhos preparatórios. Sendo assim: "O produto desse método é o que pode chamar o juiz que não incomoda"<sup>24</sup>. Já tendo demonstrado sua sapiência, esse juiz passa a ser um produtor de jurisprudência, correndo o risco de se distanciar da comunidade: "O mito da inércia do Judiciário, o dogma da imparcialidade e da

---

<sup>21</sup> SANTOS, Boaventura Sousa, "Que formação para os magistrados nos dias de hoje?". Revista do Ministério Público, nº 82, p. 26.

<sup>22</sup> NALINI, José Renato (1992). "O juiz e a acesso á justiça", 2ª edição, Revista dos Tribunais. p.18.

<sup>23</sup> NALINI, José Renato. "O juiz e a acesso á justiça". p.148.

<sup>24</sup> NALINI, José Renato. "O juiz e a acesso á justiça". p.153.

neutralidade confere-lhe uma aura de distanciamento". "Abdica de sua vontade e se afina com aquela exteriorizada pelas Altas Cortes"<sup>25</sup>.

O novo paradigma defendido por Nalini não é calcado na memorização, e sim na flexibilidade, na polivalência, na criatividade e na intuição. Atributos, segundo o autor que nunca estiveram na cogitação dos recrutadores de juízes.

Os juízes éticos ou os bons "rebeldes" para Nalini são aqueles que não recusam um *plus*: "Além da produtividade na solução dos problemas, a formulação de soluções novas para a justiça"<sup>26</sup>, o juiz deve estar preocupado com erradicação da pobreza, como preocupação geral do estado e expressa na Constituição. No recrutamento do juiz "rebelde", a Escola da Magistratura tem um papel muito importante, principalmente com a formação ética, que é um tema sobre o qual o autor tem vários estudos.

Escrevendo em tempos mais recentes, Nalini ao comentar o Código de Ética da Magistratura criado pelo CNJ, afirma que se priorizou mais a quantidade que a qualidade:

A cultura judicial impunha ao juiz brasileiro esmerar-se mais na qualidade e desprezar a quantidade. Quantos juízes considerados gênios se notabilizaram por elaborar *uma* sentença brilhante, ao custo de abandonaram centenas de outros processos. (...) O Brasil precisa mais de *obreiros*, que respondam às urgências de uma justiça que se perdeu no tempo e que se tornou uma instituição burocratizada, resistente à modernidade, incapaz de adotar tecnologias contemporâneas para oferecer um serviço à altura das necessidades<sup>27</sup>.

Ronald Dworkin<sup>28</sup>, um dos principais nomes da teoria jurídica, reconhece que o direito é um fenômeno social. Mas, diria ele, ao contrário de outros fenômenos

---

<sup>25</sup> NALINI, José Renato. "O juiz e a acesso á justiça". p.153.

<sup>26</sup> NALINI, José Renato. "O juiz e a acesso á justiça". p. 156/157.

<sup>27</sup> NALINI, José Renato (2009) **Ética geral e Profissional**. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.417.

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald (1999). **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. p.17.

sociais, a prática do direito é argumentativa. E esse aspecto pode ser estudado externamente ou internamente. No primeiro caso, prevalece o ponto de vista do sociólogo ou do historiador, que pergunta por que certos tipos de argumentos jurídicos se desenvolvem em certas épocas e não em outras. Já o ponto de vista interno, que o autor se propõe a estudar em seu livro, é o da argumentação jurídica, de como ela se desenvolve sob certos casos concretos. O autor irá ressaltar a teoria da intenção do interlocutor, ou seja, o que o legislador quis ou não quando elaborou a lei. Nesse âmbito a decisão do juiz é encarada como um processo de interpretação da lei com reflexos práticos na sociedade.

François Ost em seu artigo "Júpiter, Hércules, Hermes: Três Modelos de Juez" considera três tipos de juízes. O primeiro é o jupiteriano, o que está acima da pirâmide, e que faz as leis e códigos do alto. O segundo é o herculeano, o pragmático, que atua aos moldes da jurisprudência sociológica americana, neste caso a pirâmide fica invertida, ele leva o mundo em seus braços, onde o caso concreto se sobrepõe à lei geral. Por fim, o juiz Hermes que dialoga com os dois, é o mediador, o comunicador, o juiz da rede. O primeiro modelo é o do Estado mínimo, o segundo do Estado social e o terceiro do direito pós-moderno. Os dois primeiros modelos de juízes teriam entrado em crise, dando lugar ao terceiro.

François Ost<sup>29</sup>, já havia escrito sobre o juiz ativo. O "instrutor" seria o ativo e moderno, ao lado do pacificador e árbitro. Comentando sobre Ost, o argentino Cárcova questiona esse tipo de juiz:

Estas circunstâncias recolocam velhas discussões doutrinárias e põe em tensão valores contraditórios. Se é certo que já resulta insólito sustentar velhas teses reducionistas que viam no juiz um aplicador mecânico de normas, um cego executante da vontade do legislador, não é menos certo que seu obrigado teleologismo traz o risco de um disparate decisionista. Quer dizer, uma hipertrofia de sua função que, ao privilegiar a razão de Estado (Carl Schmitt) sobre a hegemonia da norma, atente contra valores democráticos, cuja consecução importou lutas seculares e

---

<sup>29</sup> OST, François (1983). **Juiz Pacificador, Juiz Árbitro e Juiz Instrutor**. Bruxelas: Faculdades Universitárias Saint-Louis.

aos quais não estamos dispostos a renunciar: legalidade, garantismo, princípio de reserva, tipicidade, etc.<sup>30</sup>.

O grau de intervenção da instituição judiciária e do juiz em especial dá margem respectivamente, à judicialização e ao ativismo judicial. Se a judicialização é um fato, já o ativismo judicial uma opção dos juízes.

Comentando sobre os dois, Barroso afirma:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções

---

<sup>30</sup> CÁRCOVA, Carlos Maria (1996). **Direito, Política e Magistratura**. LTr. p.168.

ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas<sup>31</sup>.

Garapon é outro importante teórico que analisa a ascensão dos juízes, mas de forma crítica. Para ele, o enfraquecimento do Estado providência abriu espaço para o aumento da importância do judiciário, mas em contrapartida enfraqueceu a democracia. O ativismo jurisdicional torna a magistratura uma soma de individualidades, o que para ele não é bom para a democracia: "A hierarquia na justiça não é apenas uma ameaça à independência do juiz, é também a garantia de certa unidade do direito, essencial à democracia". Mas, para ele nem toda a magistratura sucumbe à tentação populista. Como censurar um juiz por querer cumprir a lei? É uma questão levantada pelo autor, que dá ênfase à ética:

Quais devem ser as qualidades de um juiz? Como avaliá-las? Devem ser concedidas garantias às funções preenchidas pelos juízes. Enquanto eles se limitavam a aplicar textos legislativos, um duplo controle – jurisdicional e hierárquico – bastava. Mas o juiz passou, nestes últimos tempos, a posição de guardião do templo àquela de *pesquisador do direito*. Onde vai o juiz encontrar por sua vez suas referências para resolver tais questões? Na lei? Está em declínio. Na sua própria subjetividade? É inaceitável. Na sua consciência? Quem a controlará? Numa adaptação razoável e transparente dos princípios fundamentais do direito? Talvez, desde que redobre o rigor e a honestidade intelectual. O juiz não pode mais pretender uma legitimidade exclusivamente positivista num contexto que deixou de sê-lo. Para poder considerar-se censor da ética nos outros, ele deve responder à própria ética<sup>32</sup>.

A função do juiz ativo, ou do ativismo judicial, coloca outra questão: a de que a população é que passa a ser passiva, o que gera acomodação ou domesticação. L. W. Vianna<sup>33</sup> ressalta dois eixos analíticos que têm em comum o

---

<sup>31</sup> BARROSO, Luis Roberto (2008). **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro. p.115.

<sup>32</sup> GARAPON, Antoine (1996). **O juiz e a democracia – o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Editora Revan. p.254.

<sup>33</sup> VIANNA, Werneck et al. (1999) **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan. p. 23/25.

reconhecimento do Poder Judiciário como instituição estratégica nas democracias contemporâneas. No fundo, surge a divergência entre “cidadão-ativo” e “cidadão-cliente”. Por um lado, o eixo “procedimentalista” de Habermas-Garapon e o eixo “substancialista”, de Cappelletti-Dworkin.

Pelo primeiro, a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da liberdade, “ao gozo passivo de direitos”, “à privatização da cidadania”, ao “paternalismo estatal”, na caracterização de Habermas, e, na de Garapon, “à clerização da burocracia”, “a uma justiça de salvação”, com a redução dos cidadão aos estatuto de indivíduos-clientes de um Estado providencial. Para Garapon, não é em direção a um estado-providência e à sua burocracia para onde se deve ir, mas rumo a recursos próprios do grupo social. O papel inovador do juiz estaria, portanto, mas na reestruturação do tecido da sociabilidade, especialmente nos “pontos quentes”, como os do menor, das drogas e da exclusão social em geral. Nesses lugares estratégicos, o juiz procederia como um engenheiro e o terapeuta social, comportando-se como foco de irradiação da democracia deliberativa, e vindo a desempenhar uma função essencial na explicação de um sentido de direito não estatal, comunitário. Para Habermas, a função da Corte Constitucional seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para uma formação de opinião e da vontade própria, a partir da própria cidadania, e não a de se arrogar o papel de legislador político.

Pelo segundo eixo, Cappelletti-Dworkin se valoriza o juiz como personagem de uma *intelligentia* especializada em declarar como direito princípios já admitidos socialmente – vale dizer, não arbitrários – e como intérprete do justo na prática social. O juiz Hércules, defendido por Dworkin, é um personagem, nas palavras de L. W. Vianna<sup>34</sup>, dedicado que faz uma interpretação criativa que deve se esforçar em preservar-mudando o direito real contemporâneo. Em suma, para esse eixo, a decisão substantiva do juiz tem mais peso que a decisão de se garantir procedimentos democráticos.

---

<sup>34</sup> VIANNA, Werneck et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. p. 36.

Algumas análises mais econômicas também procuram estudar algumas tendências no sentido de o juiz favorecer ou não a parte mais fraca. Pinheiro analisa a tendência da politização dos juízes, que é diferente da judicialização da política:

Enquanto a "judicialização" da política, em particular a transferência para o Judiciário da responsabilidade por tornar a legislação mais precisa e consistente, é uma fonte de imprevisibilidade imposta de fora para dentro, o seu fenômeno dual, a "politização" das decisões judiciais, resulta eminentemente de um posicionamento dos próprios juízes. Nossas pesquisas indicaram que esse posicionamento pode traduzir uma tentativa de favorecer grupos sociais mais fracos, como trabalhadores e pequenos devedores, ou simplesmente a visão política do juiz sobre a questão em disputa. Na visão da maioria dos magistrados entrevistados, este último é um fenômeno real, mas que ocorre apenas ocasionalmente; para 20% dos juízes, porém, ele ocorre frequentemente.<sup>35</sup>.

Mais adiante, o autor afirma que:

a 'politização' também resulta da tentativa de alguns magistrados de proteger certos grupos sociais vistos como a parte mais fraca nas disputas levadas aos tribunais. Os próprios magistrados frequentemente se referem a esse posicionamento como refletindo um papel de promover a justiça social que cabe aos juízes desempenhar<sup>36</sup>.

Ferrão & Ribeiro criticam essa análise, e também a de Arida (e outros) que analisam o conceito de "incerteza jurisdicional", que torna difícil executar as garantias contratuais ou revender o crédito. Para aqueles autores, o contrato é relativizado apenas quando eivado de ilegalidade, não se identificando nenhuma voluntariedade do Judiciário no sentido de defender as partes hipossuficientes,

---

<sup>35</sup> PINHEIRO, Armando Castelar (2002) "Judiciário, reforma e economia: uma visão dos magistrados". p.27.

Disponível em: <[http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando\\_Castelar\\_Pinheiro2.pdf](http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf)>

<sup>36</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. "Judiciário, reforma e economia: uma visão dos magistrados". p.28.

além do estabelecido em lei. Mais do que isso, nas áreas que seriam mais sensíveis à existência de um viés intervencionista da justiça, a do crédito e juros, comercial e do inquilinato, vigora a livre contratação e a pouca interferência tanto do legislador quanto dos magistrados. Nessas áreas, quem corre o risco de ver ignorados os termos da contratação é a parte mais fraca, ou seja, o inquilino, o devedor e o pequeno empresário. Os riscos de afastamento do contrato estariam nas áreas mais reguladas, como, por exemplo, nas questões trabalhistas, de seguridade social e ambiental.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Procuramos neste artigo trazer algumas reflexões a respeito da atividade dos juízes em nossa sociedade. Primeiramente destacamos a influência do CNJ e das escolas da magistratura neste aspecto, e posteriormente demos ênfase na análise teórica sobre o tema. De certo, atualmente, muito do que se espera do juiz está intimamente relacionado com a questão da celeridade no sistema judiciário. Entretanto, a celeridade e a eficiência devem estar em consonância com a qualidade dos serviços prestados. Será que priorizando os meios quantitativos estaremos realmente avaliando de forma adequada o sistema judiciário e a atividade dos juízes?

Estamos cientes de que esse artigo é apenas uma reflexão inicial, mas esperamos que ele possa contribuir no debate em questão.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

BARROSO, Luis Roberto (2008). "Judicialização, ativismo e legitimidade democrática". Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro.

ALEMÃO, Ivan da Costa; BARROSO; Márcia Regina C. O que se espera de um juiz? Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

CAPPELLETTI, Mauro (1993). **Juízes legisladores?** RS: Sergio Antonio fabris Editor.

CÁRCOVA, Carlos Maria (1996). **Direito, Política e Magistratura**, São Paulo: LTr.

CHIOVENDA, Giuseppe (1942). **Instituições de Direito Processual Civil**, São Paulo: Saraiva.

DALLARI, Dalmo de Abreu (1996). **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva.

DWORKIN, Ronald (1999). **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes.

FERRÃO, Brisa Lopez de Mello & RIBEIRO, Ivan César Ribeiro (2006). "Os Juízes Brasileiros Favorecem a Parte Mais Fraca?" *Paper* Disponível em: <[http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/e/e3/Os\\_ju%C3%ADzes\\_brasileiros\\_favorecem\\_a\\_parte\\_mais\\_fraca.pdf](http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/e/e3/Os_ju%C3%ADzes_brasileiros_favorecem_a_parte_mais_fraca.pdf)>

GARAPON, Antoine (1996). **O juiz e a democracia – o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Editora Revan.

KELSEN, Hans (1999). **Teoria Pura do Direito**, São Paulo: Martins Fontes.

LEAL, Victor Nunes (1975). **Coronelismo, Enxada e Voto**. São Paulo: Alfa-Omega.

NALINI, José Renato (1992). **O juiz e a acesso á justiça**. 2ª edição, Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_ (2009). **Ética geral e Profissional**. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais.

OST, François (1983) **Juiz Pacificador, Juiz Árbitro e Juiz Instrutor**. Bruxelas: Faculdades Universitárias Saint-Louis.

\_\_\_\_\_ (1993) "Júpiter, Hércules e Hermes: Três Modelos de Juiz", *Doxa*, 14, Alicante.

ALEMÃO, Ivan da Costa; BARROSO; Márcia Regina C. O que se espera de um juiz? Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

PINHEIRO, Armando Castelar (2002) "Judiciário, reforma e economia: uma visão dos magistrados". Disponível em:

<[http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando\\_Castelar\\_Pinheiro2.pdf](http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf)>

SANTOS, Boaventura Sousa (2000), "Que formação para os magistrados nos dias de hoje?". Revista do Ministério Público, nº 82: 7-26.

VIANNA, Werneck et al. (1999) **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan.