

# O papel do juiz na construção do direito: uma perspectiva humanista

**Autor: Paulo Afonso Brum Vaz**

Desembargador Federal, Coordenador do Sistema de Conciliações do TRF da 4a Região, Mestre em Poder Judiciário pela FGV

publicado em 31.10.2011

 

**Sumário:** Introdução. 1 A litigiosidade crescente e suas causas. 2 O Estado como litigante contumaz. 3 A demora enquanto elemento de desequilíbrio entre as partes e fonte de injustiça social. 4 A crise de identidade: a jurisdição constitucional e a força judicial criativa do direito. 5 A relativização da lei e a valorização da figura do juiz na solução do caso concreto. 6 O juiz e as consequências econômicas da sua decisão. 7 Sobre a necessidade de se investir na formação humanista dos juízes. Conclusão.

## Introdução

O Judiciário brasileiro encontra-se mergulhado no que se pode chamar “crise multifacetada”, misturando tensões de eficiência, de identidade e de legitimidade. A **eficiência** é comprometida pelo déficit qualitativo e quantitativo referente à prestação jurisdicional, que, analisada sob o ponto de vista da eficácia e da efetividade, está longe de ser satisfatória. A **identidade**, por sua vez, encontra-se abalada na medida em que o papel de vetor de transformações sociais e instrumento de solução de conflitos com eficácia para a pacificação social também está distante e sensivelmente comprometido pela visão dogmática que impera nos tribunais. A **legitimidade** é discutida na medida da ampliação da atuação da justiça sobre matérias políticas.

São esses três aspectos – eficiência, identidade e legitimidade – que constituem o pano de fundo da presente abordagem sobre o papel da magistratura na construção da almejada justiça social.

A ideia central é de defesa da implementação de uma vertente do socialismo jurídico, que coloca o direito e, conseqüentemente, o Poder Judiciário como protagonistas ativos das transformações sociais. Para isso, é fundamental contar com juízes que sejam capazes de compreender os valores uniformemente compartilhados pela sociedade em determinado momento histórico (comunitarismo).

## 1 A litigiosidade crescente e suas causas

Na raiz dos problemas, temos a pressão que gera a litigiosidade crescente, cobrando cada vez mais produtividade. Experimentamos, nos últimos tempos, um vertiginoso crescimento da demanda social por justiça. A conflituosidade, que se multiplica em progressão geométrica, produz uma plethora invencível de processos para julgamento.

Mas por que aumentou consideravelmente o número de conflitos judicializados?

São várias as explicações para esse fenômeno, começando com o **aumento da população**. Passamos de 90 milhões para quase 200 milhões em 30 anos. Embora o aumento da procura por justiça não guarde proporção direta com o crescimento populacional (a população cresceu 20% nos últimos dez anos, enquanto a procura por justiça aumentou, no mesmo período, 270%), temos que reconhecer que o

aumento populacional influi diretamente na conflituosidade.

Essa nova realidade demográfica vem acompanhada dos fenômenos da **intensificação**, da **rapidez** da **complexidade** das relações sociais e econômicas, fazendo com que as situações de tensão se multipliquem. O aumento dos conflitos resultantes das transformações sociais, econômicas e culturais culmina por gerar litigiosidade judicializada.

Tivemos, por outro lado, uma verdadeira revolução em termos de **urbanização**, de **industrialização** e de **tecnologia** (passamos de uma sociedade rural para uma sociedade urbana,<sup>(1)</sup> industrializada e tecnológica).

A litigiosidade, ademais, está sempre relacionada com a ampliação do papel do Judiciário. E nesse sentido, é preciso reconhecer, experimentou o Judiciário, a partir da última quadra do século passado, uma profunda transformação quantitativa e qualitativa de suas atribuições. Celso Fernandes Campilongo assim expressa o alargamento das funções judiciais:

“Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o círculo de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo de atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça. Assim o juiz não aparece mais como o responsável pela tutela dos direitos e das situações subjetivas, mas também como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrios entre interesses supraindividuais.”<sup>(2)</sup>

Sobretudo depois do advento da Constituição de 1988, tivemos um incremento importante na demanda por justiça,<sup>(3)</sup> com o reconhecimento de novos direitos e instrumentos de tutela jurisdicional para direitos sociais, direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos, como é o caso dos direitos do consumidor, dos relativos ao meio ambiente, dos direitos de informação, dos direitos de cunho econômico e de muitos outros direitos a que correspondem ações afirmativas ou promocionais cujas políticas públicas o Estado está obrigado a criar e efetivar.

Um dado é relevante e confirma a ampliação da atuação do Poder Judiciário. Muitos dos direitos fundamentais previstos na Constituição, cuja efetivação cumpria ao Estado e que não tiveram as condições de seu exercício asseguradas pelos poderes Legislativo e Executivo, somente passaram a ser exercitáveis por decisão judicial. Basta aqui lembrar os direitos da seguridade social (previdência, saúde e assistência social).

O problema da litigiosidade intensa é, em boa medida, de natureza político-social. É reflexo da ausência de políticas públicas que possibilitem a redução da pobreza e das desigualdades sociais; da falta de efetividade de novos direitos que carecem de regulamentação, em razão de vingar o ideário neoliberal no estado brasileiro, colocando em xeque os fundamentos do Estado do bem-estar social, que, diga-se de passagem, no Brasil não chegou a consolidar-se e já está sob fogo cruzado.

A verdade é que passamos da **crise de reconhecimento** dos direitos para a **crise de efetividade**. Já não se busca mais o reconhecimento e a justificação dos direitos do homem, e sim a sua proteção. O problema não é mais filosófico, mas sim, como ensina Bobbio, político.<sup>(4)</sup>

As políticas públicas, entretanto, transitam ao largo das medidas de efetividade dos direitos fundamentais. Esse é um viés de natureza substancial e que persiste sempre subjacente às discussões sobre a

questão do acesso à justiça, desafiando tanto as políticas de governo e de estado como a atuação do poder judiciário na construção da verdadeira justiça social.

Temos ainda, como constatação irretorquível, testando a legitimidade do Poder Judiciário, o fenômeno pós-moderno da **judicialização da política e da politização da Justiça**. A Constituição de 1988 reforçou o papel do Poder Judiciário na **arena política**. Passaram os juizes a ser chamados para decidir conflitos de natureza eminentemente política. No controle da legalidade dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo e como instância superior dos conflitos entre estes, desempenha o Judiciário papel de verdadeiro **protagonista político**. Essas novas atribuições alargam o âmbito de atuação do Judiciário, sobretudo em razão de o país viver um momento de transição e ajustes econômico, político e social, com uma ampla agenda de reformas.

## 2 O Estado como litigante contumaz

É natural que o Estado, cujo papel é o mais destacado no constitucionalismo moderno, dadas as suas responsabilidades, os seus deveres, os seus poderes e as suas limitações, sobretudo na Justiça Federal, devido à competência específica para julgar os processos de seu interesse, seja o maior cliente do Poder Judiciário. Não há nisso qualquer surpresa.

A grande maioria dos processos da Justiça Federal advém do Poder Público Federal, com 77% do total de processos dos 100 maiores litigantes dessa Justiça (68% no polo passivo). O INSS é o maior litigante nacional (22,33%) e também o maior da Justiça Federal (43,12%).**(5)**

O que se impõe destacar é a participação do Estado como litigante contumaz, atuando no polo passivo da maioria das demandas. Esse me parece ser o principal fator contributivo para a ineficiência do Poder Judiciário.

Essa litigiosidade contra o Poder Público deve-se à forma desprovida de ética e irresponsável como o Poder Público lida, na via administrativa, com os direitos e interesses dos administrados. É notável o tratamento tendencioso das pretensões na via administrativa. Há, ao que vejo, um grave equívoco dessa instância ao limitar a exegese da lei à sua literalidade, vale dizer, ao olvidar os demais métodos e critérios existentes, especialmente os filtros constitucionais que a todos os intérpretes vinculam.

Se apenas 1/3 dos conflitos judicializados fosse resolvido administrativamente, e poderia sê-lo, teríamos solucionado o problema do excesso de demanda litigiosa.

Com a ampliação dos canais de acesso à justiça, um bom número de conflitos, que até então era resolvido administrativamente, passou a ser canalizado diretamente ao Poder Judiciário. Há, por assim dizer, um descrédito total na via administrativa e uma tendência de não mais provocá-la (nem falo de exauri-la!).

## 3 A demora enquanto elemento de desequilíbrio entre as partes e fonte de injustiça social

A expectativa de incremento do acesso à justiça, com a criação dos juizados especiais, frustrou-se a partir de uma verdadeira enxurrada de ações. Demanda reprimida, demanda recôndita ou seja lá o que for, o certo é que o número esperado elevou-se ao décuplo na realidade forense.

Assim é que a democratização do acesso à justiça proporcionada pelo advento dos juizados especiais gerou uma verdadeira corrida à justiça, agravando sobremaneira a **crise de eficiência** do Poder Judiciário. Os juizados especiais, pelo menos os federais, desprovidos de infraestrutura funcional e material, passaram a funcionar como **balcão** de benefícios

previdenciários e outros pleitos em face do INSS e de diversas entidades públicas. Resultado: milhares de processos tramitam hoje nos juizados especiais e as vantagens do procedimento célere e informal acabam se perdendo nas delongas e artificiosas formalidades impostas pelos juízes, incapazes para imprimir aos processos o rito que permita sejam os conflitos solucionados em tempo razoável.

Ninguém ignora que o grande inimigo da efetividade da tutela jurisdicional é o tempo, a demora na solução definitiva do litígio. O tempo, ainda que se revele indispensável à segurança jurídica das decisões e à garantia dos direitos fundamentais assegurados aos litigantes, é inimigo da eficácia da tutela jurisdicional. Nicolò Trocker, com acerto, afirmou que

“a justiça realizada morosamente é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também em um cómodo instrumento de ameaça e pressão, em uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição.”(6)

A visualização dos efeitos nefastos do tempo no processo nos permite afirmar que estes atuam sempre em desfavor de quem tem poucas reservas para esperar. Afetam, invariavelmente, o hipossuficiente na relação processual. Mauro Cappelletti, nesse sentido, obtemperou que

“a duração excessiva do processo é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor que o grau de resistência do rico; este último pode normalmente esperar sem dano grave uma Justiça lenta.”(7)

No mesmo sentido, o professor José Carlos Barbosa Moreira observou ser

“evidente que o emperramento do aparelho judicial impede a efetiva realização do princípio da igualdade das partes, que deve ser entendido em acepção substancial, e não apenas formal. Os litigantes economicamente mais débeis são menos aptos a suportar o prolongamento exagerado dos processos.”(8)

#### **4 A crise de identidade: a jurisdição constitucional e a força judicial criativa do direito**

O poder judiciário brasileiro, renitente às transformações e à evolução do direito, persiste obsequioso a uma tradição cultural monista de perfil kelseniano e ao influxo de um ordenamento lógico-formal de raiz liberal-burguesa que, na prática, enxerga o Direito e a Justiça enquanto manifestações emanadas exclusivamente do Estado. Decorrencia disso é a tendência reducionista da norma e da lei, do direito e da justiça.

Analisa-se alguns aspectos dessa **crise de identidade**, não sem antes advertir que nada do que se vai aqui escrever constitui novidade. Não têm essas ideias, de rigor, menos de 50 anos. Apenas nos esforçamos para esquecer-las e os tempos modernos as tornam cada vez mais atuais.

A evolução do mundo moderno, evidenciando a cada dia novas necessidades sociais e exigências de uma sociedade de massa em permanente transformação valorativa e caracterizada por **novos direitos** antes não devidamente reconhecidos, de par com a crescente litigiosidade (aumento das situações conflitivas), exige que o Poder Judiciário se insira nessa realidade cambiante e que seus membros estejam aptos e acessíveis para melhor entendê-la e para desempenhar papel proativo dentro da tendência que tem sido chamada de “globalização das relações sociais”.

É preciso romper com o mito da **neutralidade** do juiz. O juiz atua a vontade da lei, mas também a vontade social e a sua vontade, como

reflexo dos valores que consolidou ao longo de sua existência. Como bem observa Luís Roberto Barroso,

“A **neutralidade**, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (autocrítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (autoconhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas.”(9)

Sobretudo deve o juiz estar sintonizado com as aspirações sociais do seu tempo e apto para, a despeito da ausência de previsão legal, colocar-se como agente e instrumento de transformação social. Consoante leciona Paulo César Bezerra,

“Um juiz apenas dogmático, preso às amarras de uma obrigação única de ‘julgar conforme a lei’, sem a percepção de que, apesar disso, nada o impede de optar por uma interpretação mais sociológica e mais justa, e por uma tomada de posição mais crítica, pode significar uma barreira intransponível para os jurisdicionados.”(10)

É indispensável uma nova visão integrada do sistema jurídico e do meio em que vive o magistrado, compromissada com a identificação dos valores assecuratórios da dignidade humana e com as legítimas aspirações sociais. A desvinculação entre a ordem jurídica e a ordem social (entre o direito aplicado e as necessidades sociais) acarreta a **crise de identidade** e ao mesmo tempo de **legitimação** do Poder Judiciário. Implica descumprimento aos comandos constitucionais de resguardo dos direitos fundamentais. Segundo Marinoni,

“o juiz que apreende o conteúdo do direito do seu momento histórico sabe reconhecer o texto de lei que não guarda ligação com os anseios sociais, bastando a ele, em tal situação, retirar do sistema, principalmente da Constituição, os dados que lhe permitam decidir de modo a fazer valer o conteúdo do direito do seu tempo.”(11)

Parece fora de dúvida, entretanto, que o ideal de justiça não pode ser alcançado pela pura e simples substituição dos juízos de legalidade por juízos subjetivos de mera oportunidade circunstancial, ou pela preterição da axiologia constitucional em nome de ideologias pessoais (alternativismo).

Não é fácil hoje a tarefa de julgar diante da proliferação de normas legais que não são legítimas, seja porque ditadas em favor exclusivo dos interesses do Poder Executivo ou de grupos econômicos dominantes, seja porque alheias aos pressupostos constitucionais, ou ainda porque materialmente desprovidas de razoabilidade e proporcionalidade, ou mesmo contendo outros vícios de inconstitucionalidade, como é o caso da **vedação de retrocessos** no campo dos direitos fundamentais.

Por outro lado, tem-se que reconhecer a temeridade contida no simples desprezo das normas jurídicas criadas por mecanismos ungidos pela vontade soberana do povo, em proveito de normas criadas aleatória e arbitrariamente ao sabor de circunstâncias muitas vezes não bem definidas e provadas. Essa solução representaria a negação da única fonte de legitimidade do direito, que é a Constituição democrática. Estariam comprometidos, feridos de morte, o regime democrático e o Estado de Direito.

Mas dizer que o juiz não atua como legislador positivo, não cria o direito, apenas o aplica, é uma meia verdade. O juiz moderno é fonte de criação do direito. Não produz a norma em abstrato, mas para bem decidir pode inovar criando o direito aplicável ao caso concreto, afastando, se

necessário, a solução legal injusta.(12) A diferença entre a atividade jurisdicional e a legislativa não é de natureza, mas sim de grau. O juiz produz a lei do caso concreto, o legislador, a lei abstrata. Deve, para tanto, buscar inspiração nos mecanismos de hermenêutica oferecidos pelo próprio sistema, especialmente com o manejo dos princípios implícita ou explicitamente insculpidos na Constituição e, sobretudo, com estudo, criatividade e muita sensibilidade.(13)

Acerca do papel do juiz no processo criativo do direito, vale aqui rememorar as palavras do ex-ministro Eros Grau, do STF, ao fundamentar o seu voto quando aquela Corte, diante de uma situação de exceção, entendeu por bem relativizar a regra constitucional do precatório:

“O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, uma zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação, (...) não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.” (STF, Ag. Reg. na Reclamação nº 3.034-2-PB)

Há, na arte de distribuir a justiça ao caso concreto, uma variável nem sempre observada, que impõe ao magistrado um agir conforme a **ética da responsabilidade universal**, que se pauta na necessidade de procurar atender aos interesses daqueles que mais necessitam, de cuidar para que sejam também felizes e de zelar pelo seu bem-estar.(14) O juiz, enquanto membro da sociedade, tem, ainda com maior intensidade, a responsabilidade de cuidar dos outros, incumbe-lhe, em outras palavras, o redobrado dever de zelar pela qualidade de vida de cada membro da nossa sociedade.(15)

Tudo isso requer uma mudança do perfil do magistrado moderno. A exegese dos atos normativos deve atender aos valores eleitos pela Constituição, apanágio irrefutável do Estado Constitucional Democrático de Direito. Esse é um dado de capital importância, porquanto a Constituição atua como limite à tirania do Poder Judiciário e também, obviamente, do legislador e de qualquer aplicador do direito. Como bem assevera o Professor Lenio Streck:

“Na medida em que um texto somente é válido se estiver em conformidade com a Constituição, tem-se no texto constitucional, entendido em sua materialidade, o horizonte de sentido que servirá para esta conformação hermenêutica. Em sendo a Constituição compreendida enquanto um ‘constituir’, os textos infraconstitucionais necessariamente precisam passar por esse banho de imersão constitucional.”(16)

Por derradeiro, cumpre não olvidar que a decisão, obviamente, deve demonstrar com clareza os fundamentos que foram utilizados como forma de evidenciar a sua correção. Por ser garantia do cidadão e ao mesmo tempo um limite democrático da jurisdição, a fundamentação é uma garantia de todo o litigante. A falta de fundamentação corresponde à ausência de critérios de decidir, impossibilita o controle externo das decisões e submete a decisão à nulidade. Decidir sem fundamentar é ferir de morte o Estado de Direito Democrático.

## **5 A relativização da lei e a valorização da figura do juiz na solução do caso concreto**



A superação do positivismo jurídico deu-se a partir do advento do **pensamento crítico do direito** que engendrou uma nova racionalidade para a compreensão do papel da lei na ordem jurídica, afastando a correlação necessária direito-lei, para incluir outras variáveis e atores no fenômeno jurídico. O juiz assume um papel relevante. Direito não é mais unicamente a lei formal, não se resume, pois, ao direito positivado. Como bem refere Luís Roberto Barroso,

“O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontra na lei. A **teoria crítica** resiste, também, à ideia de completude, de autossuficiência e de **pureza**, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos. O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito). A interdisciplinaridade, que colhe elementos em outras áreas do saber – inclusive os menos óbvios, como a psicanálise ou a linguística –, tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico.”

Na modernidade, observou-se que o paradigma jurídico passou da lei, cujas fórmulas abstratas não trazem mais as soluções que a realidade palpitante da vida exige, para a figura do juiz. Como bem observou o professor da Universidade de Coimbra Rui Alarcão, “o direito cada vez menos se entende como um sistema que sai pronto e acabado das mãos do legislador, para cada vez mais aparecer como algo a fazer em concreto, na prática dos tribunais e na prática jurídica não contenciosa”. Há assim, asseverou o professor português,

“um certo deslocamento para o eixo-juiz, importando uma progressiva valorização da jurisprudência [...]. A tarefa do legislador se junta, desse modo, a tarefa autônoma e decisiva do julgador, ‘súdito’ da lei, mas ao mesmo tempo ‘senhor dela’, na medida em que ajuda a vitalizá-la, a descobrir seu sentido, e tirar dela todas as virtualidades, contribuindo, por assim dizer, para ‘fazer a lei’, para ‘fazer o direito’.”

E mais, na pós-modernidade, o paradigma jurídico, que na modernidade se transferiu da lei para a figura do juiz, tende a migrar agora para o caso concreto, “para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido”, conforme refere Luís Roberto Barroso.(17)

A partir desse câmbio do paradigma jurídico, passando a criação do direito a ser uma tarefa muito mais do juiz, a partir do caso concreto, do que do legislador, parece-me adequado que se estabeleça uma espécie de política de “menos leis, melhores leis”, o que contribuiria, inclusive, para desobstruir os canais de acesso do Poder Judiciário. No sentir de Rui Alarcão,

“é obvio que um tal entendimento repercuta na questão da feitura da lei, reforçando a ideia de que se requer especial contenção e comedimento na preparação e na formulação das leis, valorizando decisivamente sua aplicação concreta como momento-chave da realização do direito.”(18)

Na prática forense, o que se vê é o acanhamento da magistratura muitas vezes mesmo diante das oportunidades que expressamente o ordenamento jurídico lhe confere.

Os Juizados Especiais, por exemplo, foram concebidos também para inverter a lógica positivista legalista de interpretar a norma sem a preocupação com a sua efetividade social. Almejou-se exatamente a concepção de um segmento do Poder Judiciário que estivesse vinculado diretamente à efetivação dos fins da República de erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, e adredemente instrumentalizou-se os juízes com o poder de julgar por **equidade** (art. 6º da Lei 9.099/95: “O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”).

E **equidade** corresponde à mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou à matéria do caso concreto. É o resultado de uma interpretação sociológica que atende cada vez mais às consequências prováveis de um modo de entender e aplicar um texto de lei ou uma situação; quanto possível, busca uma conclusão benéfica e compatível com as ideias modernas de proteção aos hipossuficientes e oprimidos, enfim de solidariedade e fraternidade humana.

Muito pouco uso da faculdade legal se vê na prática. Os juízes, produto de um caldo de cultura individualista, elitista e formalista, de fundamentos estanques e burocratizados, são facilmente levados à retração, inclusive quando estimulados a atuar em prol da prestação de uma justiça efetivamente distributiva – mais identificada com a consagração da dignidade da pessoa humana e com os anseios sociais envolvidos nos conflitos.(19)

## 6 O juiz e as consequências econômicas da sua decisão

Em uma pesquisa elaborada pela cientista política Maria Tereza Sadeck para a AMB, entre magistrados, ficou consignado que 85,5% dos entrevistados seguem como orientação preponderante os parâmetros legais; 36,5% revelam compromisso com as consequências econômicas, e 78,5%, com as consequências sociais.(20)

Esses dados comprovam a tendência da magistratura voltada para o legalismo, ficando o social em segundo plano e o econômico com menor intensidade. Quanto ao legalismo, consoante vim de dizer, trata-se de um problema a ser solvido. No que tange à atenção para o social, o resultado revela que ainda há espaço para avançar. A ascensão da jurisdição constitucional e da função social do juiz e a necessidade de efetivação dos direitos sociais constitucionais indicam esse caminho.

Que dizer então sobre a teoria das consequências econômicas da sentença? A chamada “Análise Econômica do Direito” caracteriza-se por inserir no processo decisório a variável econômica. Busca-se, com o uso de ferramentas metodológicas, prever os efeitos econômicos das decisões para a sociedade.(21)

Recente relatório do Banco Mundial considerou que a nossa justiça é imprevisível e gera insegurança na economia. Chegou-se a afirmar que a justiça brasileira afugenta investimentos internacionais no país dada a insegurança jurídica.

A previsibilidade não pode ser considerada um defeito da justiça. Se fosse a justiça totalmente previsível e se soubesse de antemão o resultado dos processos, estaria comprometida a própria razão de existir do Poder Judiciário. É certo que existem alguns focos de exagero de alguns magistrados que avançam o sinal disseminando falsas ilusões, em atitudes de paternalismo demagógico, e isso deve ser evitado.

De outra parte, embora o juiz não possa simplesmente olvidar das consequências econômicas da sua decisão, não poderá o raciocínio econômico constituir um fim em si mesmo, a ponto de obstar a efetivação de um direito fundamental social ou individual, por exemplo.

O problema do exagerado apego ao consequencialismo econômico é que ele está fundado em algumas premissas equivocadas. A primeira delas é pensar que AED é o culto a uma racionalidade (ética) utilitarista que sacrifica direitos fundamentais em proveito de um suposto bem-estar da coletividade (Bentham). A segunda está em refletir a AED desvinculada de um contexto multidisciplinar, como economia pura. A terceira está na falsa ideia de que o capitalismo não pode ser humanista. A quarta é desconsiderar que a função da ordem econômica é satisfazer as necessidades sociais. E a quinta e última é acreditar no fantasma da **quebra do Estado**, vale dizer, pensar que o Poder Judiciário poderá impingir ao Estado tantas condenações que poderão levá-lo à bancarrota.



## 7 Sobre a necessidade de se investir na formação humanista dos juízes

Foi dito que está superada a figura do juiz mero aplicador da lei, aquela figura legalista, asséptica e acrítica. Até porque a moderna dogmática jurídica de há muito deixou para trás a ideia de que as leis possam ter um sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso concreto. O dogma da completude do sistema legal encontra-se hoje ultrapassado. A correlação direito-lei, insistentemente ensinada nos bancos universitários, não encontra mais justificativa. A vinculação direito-Estado, de igual sorte, cedeu espaço para uma visão de sistema aberto de valores, que tem como base a Constituição.

Assim que já não é mais conveniente investir no recrutamento de novos magistrados cujas aptidões e virtudes se resumam a **aspectos dogmáticos** do direito. Uma formação excessivamente dogmática tende a formar juízes excessivamente legalistas.

Consoante asseverou o ministro José Néri da Silveira,

“a sempre crescente complexidade do direito, em nosso tempo, bem assim a dificuldade de compreensão das relações sociais e dos comportamentos humanos, diante dos valores em transformação, a garantia das liberdades, dos direitos e prerrogativas dos cidadãos, os interesses superiores da sociedade para o convívio justo e ordeiro compõem um conjunto de fatores que tornam o exercício da função judicial sempre mais difícil, não se justificando, assim, em hipótese alguma, confiar esse múnus a quem não possui efetiva preparação profissional e formação cultural e humanística.”(22)

As virtudes que hodiernamente se exigem do magistrado são outras. Muito mais do que domínio da técnica jurídica, é curial que o juiz moderno seja um humanista, sensível aos problemas sociais, e que esteja disposto a contribuir para a criação **democrática** da verdadeira justiça. Todo direito brota da realidade social e assim se impõe ao Estado, na dependência da participação dos cidadãos, diretamente ou por meio de suas representações e da legitimidade com que tenha sido formatado. Reporto-me, no ponto, ao escólio do professor Mauro Cappelletti:

“A formação judicial do direito é, portanto, essencialmente participativa, e nesse sentido – muito mais diretamente que as outras formas, a legislativa e a executiva – ela comporta uma intervenção das partes, e por conseguinte dos cidadãos mais diretamente interessados na evolução-criação judicial do direito. Pareceu-me ver nisso o caráter potencialmente democrático da criação do direito por obra dos juízes: é óbvia aí, porém, a necessidade de escolher um juiz que seja acessível às partes, sensível, responsável, às respectivas exigências individuais e sociais.”(23)

Consequentemente, torna-se relevante repensar os métodos de seleção e aperfeiçoamento dos novos juízes, a exigir uma nova postura da Administração da Justiça, com enfoque para a formação humanista e multidisciplinar. O papel das Escolas de Magistratura precisa também de uma reengenharia, para que sejam os cursos realizados, especialmente os de formação, voltados ao humanismo e ao multiculturalismo. O mesmo se diga quanto aos critérios de seleção dos juízes. É necessário concentrar as exigências sobre os conhecimentos humanistas, especialmente sobre os aspectos sociológicos, econômicos e filosóficos dos problemas atuais da sociedade. Não é razoável que não se exijam nos concursos públicos para as carreiras da magistratura conhecimentos sólidos de sociologia jurídica, econômica e filosofia.

Quanto aos mecanismos alternativos de solução consensual dos conflitos, corresponde um inexplicável vazio, que se inicia na formação acadêmica, prossegue na fase de seleção e depois na de formação e aperfeiçoamento dos nossos magistrados, repercutindo negativamente na prática forense.

O modelo tradicional de solução de conflitos empregado pelo Poder Judiciário, detentor do monopólio da jurisdição, coloca as partes em um verdadeiro duelo, uma vez que predispostas em lados antagônicos no processo judicial, acirrando o preexistente estado de tensão em que um ganha e o outro perde, quando ambos não perdem. Na autocomposição, inverte-se essa lógica, pois o que se tem é o chamado “ganha-ganha”: ambas as partes saem vencedoras.(24)

Com a conciliação abre-se uma nova e mais eficaz técnica de gestão do processo, que é a consensual, possibilitando ao Poder Judiciário prestar um serviço mais qualificado e melhorar o atendimento e o nível de satisfação dos seus usuários.

A conciliação, enquanto via integrativa e democrática de solução de conflitos, para além de reduzir a demanda de processos, o que é apenas uma consequência, apresenta a vantagem da verdadeira pacificação social. A melhor sentença não possui o valor de um acordo. Na sentença, o Estado-juiz se substitui à vontade das partes, mas não soluciona o conflito subjetivo destas, gerando, muitas vezes, ainda maior conflituosidade.

Sensível à problemática do Poder Judiciário, por meio da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, o CNJ instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, dispondo que aos órgãos do Poder Judiciário incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Para a magistratura, os esforços no sentido de obter um acordo entre as partes para pôr fim ao litígio mediante solução consensual deixaram de ser uma faculdade para se tornarem uma obrigação que a todos vincula com caráter cogente. Passam a ser um dever do cargo. Até porque a existência formal de uma Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses (conciliação) repercute no patrimônio jurídico de todos os litigantes, aperfeiçoando o direito subjetivo de ter o litígio de que é parte submetido a uma solução pela via autocompositiva.

## Conclusão

Minha conclusão é por demais simplória. Tudo o que foi dito pode ser traduzido de forma singela na afirmação da necessidade de o Poder Judiciário voltar-se para a consagração da Dignidade da Pessoa Humana. Humanismo nada mais é do que o culto à satisfação, o quanto mais ampla possível, da personalidade humana, razão de existir do direito. O Poder Judiciário somente cumpre seu sacrossanto ofício quando se coloca a serviço da satisfação das necessidades humanas em todas as suas dimensões, inclusive a afetiva, mister que exige sensibilidade e consideração, acima de tudo, de que é preciso julgar o caso sempre em razão da pessoa.

## Notas

1. “No começo do século passado, a população brasileira era na sua maior parte rural. Contudo, a partir de 1960, verifica-se um crescimento significativo, principalmente nas cidades, alcançando a maioria urbana em 1970, tendência esta não mais revertida, ao contrário, somente agravada até os dias atuais, atingindo, no ano de 2000, a marca desproporcional de 81% de população urbana contra 19% de população rural” (SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Acesso à Justiça e Autonomia Financeira do Poder Judiciário**: a quarta onda? Curitiba: Juruá, 2008. p. 26).

2. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 38-39.

3. Consoante observou Massami Uyeda, “As mudanças no comportamento dos brasileiros, subsequentes ao término do Regime Militar que havia se instalado no país, com a restituição integral das liberdades públicas e dos direitos e garantias individuais, acendeu a chama da proteção e busca de direitos suprimidos, violados ou mesmo em latência, e fizeram com que o primado do acesso à jurisdição fosse incentivado, posto que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV, CF)” (Constituição Cidadã e os desafios e gargalos da atividade jurisdicional. **Revista Cidadania e Justiça**, n. 99, out. 2008. p. 31).

4. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

5. Dados disponíveis em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2011.

6. TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituizione**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 276-277.

7. CAPPELLETTI, Mauro. El proceso como fenómeno social de masa. In: **Proceso, Ideologías, Sociedad**. Buenos Aires: EJE, 1974. p. 133-4.

8. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As Bases do Direito Processual Civil. In: **Temas de Direito Processual**. 2. ed. Primeira Série. São Paulo: Saraiva. p. 14.

9. BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3208>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

10. BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 205.

11. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 110.

12. Porque a interpretação da norma não fica exclusivamente ao livre talante do seu aplicador, que ao fundamentar sua decisão terá que explicitar as razões de que lançou mão, tem-se que a melhor hermenêutica, a melhor leitura da lei, dá-se quando se encontra a melhor solução para o caso concreto.

13. Vale destacar a importância dos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, verdadeiros vetores da exegese e da aplicação de todos os demais princípios e regras que compõem a ordem jurídica.

14. Na verdade, é fato que a magistratura nacional, encontrando-se efetivamente despreparada – por falta tanto de formação técnica adequada, como de um consistente amparo doutrinário – para compreender a sua real extensão em todos os aspectos materiais envolvidos nas demandas que lhe são submetidas, “enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos, acabando na prática por impedir, tal o grau de limitação imposta por interpretações restritivas, os esforços de modernização e incrementos sociais introduzidos pelo legislador no campo legislativo” (MOREIRA, Helena Ramos Fialho. Op. cit., p. 83).

15. Como bem lembra Sua Santidade, o Dalai Lama, quando “falta consideração pelos sentimentos e bem-estar dos outros, nossas atividades acabam se corrompendo. Quando faltam sentimentos humanos básicos, a religião, a política, a economia e tudo o mais podem se transformar em algo sórdido. Em vez de servirem à humanidade, tornam-se agentes de

sua destruição” (LAMA, Dalai. **Uma ética para o novo milênio**. 6. ed. Trad. Maria Luiza Newlands. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. p. 289).

16. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 596.

17. ALARCÃO, Rui de. Universidade e Magistratura. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXI, p. 339-351, 1985. p. 348.

18. Idem, *ibidem*.

19. Cfe. MOREIRA, Helena Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 82.

20. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/6714>>. Acesso em: 21 jun. 2011.

21. A aplicação da Análise Econômica do Direito (AED) traduz-se no emprego da racionalidade econômica ao Direito, objetivando compreender as condutas tal e como são no mundo atual e encontrar soluções pelo manuseio de um conjunto de normas e instituições fundadas em razões de cunho econômico.

22. SILVEIRA, José Néri da. A formação do Magistrado e o Centro Nacional de Estudos Judiciários. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, n. 57, p. 149.

23. CAPPELLETTI, Mauro. Problemas da reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, n. 65, p. 137.

24. Na lição do professor Kazuo Watanabe, “a ‘cultura da sentença’ traz como consequência o aumento cada vez maior da quantidade de **recursos**, o que explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, como também dos Tribunais Superiores, e até mesmo da Suprema Corte. Mais do que isso, vem aumentando também a quantidade de **execuções judiciais**, que sabidamente é morosa e ineficaz e constitui o calcanhar de Aquiles da Justiça” (Política pública do Poder Judiciário Nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: PELUZO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coords.). **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 4)

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

**VAZ, Paulo Afonso Brum**. *O papel do juiz na construção do direito: uma perspectiva humanista*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/paulo\\_vaz.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/paulo_vaz.html)> Acesso em: 09 nov. 2011.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO  
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS