

A Relevância da Ética Judiciária no Estado Contemporâneo

Sérvio Túlio Santos Vieira

Desembargador (aposentado) do TJ-RJ. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense-UFF, pela qual é Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidad Del Museo Social Argentino-UMSA.

1 – INTRODUÇÃO

O presente texto aborda a relevância da ética judiciária na era contemporânea, procedendo a uma análise das suas condições atuais, investigando se ela condiz com valores e princípios que devem ser observados pelos magistrados na função jurisdicional do Estado Democrático de Direito. Não faz parcimônia em exemplificar o que fere a ética judiciária nas visões interna e externa, ressaltando a obsolescência dos instrumentos de controle do exercício da atividade judicante nos graus de jurisdição, vale dizer, a Lei Orgânica da Magistratura, o Código de Ética da Magistratura e os Códigos Judiciários Estaduais. Empenha-se em demonstrar que há necessidade de se elaborar um instrumento capaz de promover a adequação da ética à era do Estado contemporâneo, numa mudança de paradigma. Conclui-se com excogitação acerca da elaboração de um Código Modelo de Ética Judiciária, a ser reverenciado pela Magistratura Nacional, a fim de conferir maior autoridade moral à função jurisdicional.

2 – A MODERNIDADE COMO ORIGEM DA JURISDIÇÃO

A jurisdição é atividade exercida por um dos Poderes da República, sendo, portanto, atividade desempenhada pelo Estado, direcionada à prestação de serviço público. Dita atividade advém da modernidade, responsável pela organização e estruturação do Estado. Perfilhada a divisão dos poderes de Montesquieu, surge o novo Estado, um dos maiores legados da era moderna.

Para efeito do tema eleito cumpre perfilhar um marco da modernidade para dar início ao estudo da ética na função jurisdicional do Estado contemporâneo, investigando-se se ela se mostra de acordo com as funções atribuídas ao Poder Judiciário, no compromisso institucional de prestação do serviço público.

Apesar de não se poder afirmar que o marco inicial da modernidade é a Revolução Francesa cumpre ressaltar a relevância desse fato social, que pôs fim ao Antigo Regime.¹ Registros históricos asseveram que a modernidade é proveniente de fatos sociais que antecederam à Revolução Francesa. Sem estabelecer fato social relevante, ela teria início por ocasião das mudanças de estilo, hábito renovado de vida e de organização social ocorridas na Europa, no século XVII, que se espargiram pelo mundo.² Adotando como marco inicial fatos sociais anteriores à Revolução Francesa, o Movimento Iluminista e a Revolução Industrial dariam origem à modernidade.³ Encampando como termo suspensivo da modernidade a Revolução Francesa, pode ser afirmado que ela é responsável pela modificação do comportamento social, por adotar novos princípios e carrear para a época moderna características, atributos e conseqüências diferenciados.

Dentre os princípios destacam-se a universalidade, a individualidade e a autonomia, todos direcionados ao indivíduo. Quanto às características da modernidade avulta a valorização da razão, com uma dimensão cognitiva prática, na expressão kantiana, e emancipatória, além do desenvolvimento da autonomia e da liberdade.⁴

1 Krishan Kumar entende que “a Revolução Francesa tornou-se comum dizer, levava o mundo para uma nova era da história. Marcou o nascimento da modernidade – isto é, de uma época que está em constante formação e re-formação diante de nossos olhos” (**Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna. Novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2. ed., 2006, p. 119.).

2 Anthony Giddens prefere conceituar a modernidade sem aludir ao seu marco inicial, com esteio em Weber, afirmando que se cogita de um “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência” (**As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: ed. Unesp, 1991, p. 11).

3 Zygmunt Bauman afirma: “Quero deixar claro desde o início que chamo de ‘modernidade’ um período histórico que começou na Europa Ocidental no século XVII com uma série de transformações sócio-estruturais e intelectuais profundas e atingiu sua maturidade primeiramente como projeto cultural, com avanço do Iluminismo e depois como forma de vida socialmente consumada, com o desenvolvimento da sociedade industrial (capitalista e, mais tarde, também a comunista)”, *in* **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 11, 299 e 300.

4 Gilvan Luiz Hansen anota que “a Razão é, de fato, o elemento comum a todos os seres humanos e, por isso, assume a condição de fundamento a partir do qual o mundo deve ser organizado. É ela quem deve, a partir de agora, dar unidade e sentido a todas as esferas que compõem a existência humana. Tudo quanto pretenda ter legitimidade para existir necessita, pois, de submeter-se ao crivo da Razão. Na esfera política, destarte, somente é considerado legítimo o governo que basear suas decisões em argumentos racionais, os quais possam ser conhecidos e discutidos pelos membros da sociedade e aceitos como válidos. Igualmente, só têm validade as leis e normas jurídicas fundadas em critérios racionais e que possam ser submetidos ao domínio público; as constituições passam a ser, nesse período, uma exigência social, uma vez que se tornam a consagração de princípios racionais cujos conteúdos

Os consectários da modernidade se acentuaram entre 1789 e 1799, época em que a França viveu fortes mudanças na sua estrutura econômica, política e social. A jurisdição administrativa – que abarcou o sistema lockeano perfilhado na América, em que o controle jurisdicional da Administração Pública tem lastro no princípio da sua submissão à lei – e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão são frutos da Revolução. A Constituição Francesa elaborada pela Assembleia Constituinte de Luis XVI, em 1791, foi a primeira a perfilhar a ética na Administração Pública, impondo ao soberano e aos agentes públicos a submissão dos seus atos à lei. Essas mudanças se espraiaram não só pelos países europeus como por todo mundo.

A estruturação do Estado, como mencionado, eclode como uma das mais importantes mudanças, ou seja, um das principais consequências da modernidade. Organizado como republicano – já que admitido como governo de leis e, após, com a consagração da divisão dos poderes – o Estado passa a voltar sua atenção para os indivíduos participativos. Estes podem agora contar com a legitimidade do Poder Legislativo para fazer das normas de conduta um dever de respeito, obediência e submissão ao que devem ou podem fazer; do Poder Executivo para – com supedâneo em normas legais e regulamentares – dedicar-se à Administração Pública e com o funcionamento do Poder Judiciário, para solucionar os conflitos emergentes das relações e dos fatos jurídicos, além de autorizar o que a norma jurídica dispõe como sendo indispensável para a prática de ato ou de negócio jurídico.

No avanço do tempo, sem discutir se ocorreu o termo final ou resolutivo da modernidade, exsurge a “pós-modernidade”, designação popularizada nos meandros das ciências sociais por Jean-François Lyotard, ao editar a obra **The Post-Modern Condition**, em 1979. Trata-se de uma era correspondente a espaço de tempo posterior à da modernidade – compreendida entre o final da primeira metade do século XX e a época contemporânea – que em velocidade empreendida acima do razoável caminha rumo à busca do novo, contribuindo ainda mais para a modificação do comportamento social. Para ele, citado por Anthony Giddens, a pós-modernidade se traduz numa época de “*deslocamento das tentativas de fundamentar a epistemologia, e da fé no progresso planejado humanamente*” (**As Consequências da Modernidade**, p. 12).

vão nortear as ações de governos, magistrados e demais indivíduos” (**Modernidade, Utopia e Trabalho**. Londrina: Edições Cefil, 1999, p. 37).

A pós-modernidade é um novo tempo, sucessor da modernidade, no entendimento de respeitáveis pensadores. Nesse tempo identifica-se uma crise da razão moderna, com conseqüências negativas que atingiram o final do século XX e atingem o século XXI. Levando em conta o significado do prefixo “pós”, a era da pós-modernidade pode ser entendida como o período *post mortem* da modernidade, ou seja, uma época posterior ao decesso da modernidade. Como diz Krishan Kumar, a pós-modernidade pode ser entendida como a época das “*exéquias realizadas sobre o corpo morto da modernidade, a dissecação de um cadáver*” (*ob. cit.*, p. 106) ou, de acordo com Gilvan Hansen “*a amarga despedida de um defunto que criou muitas expectativas, mas sucumbiu aos efeitos de suas próprias ilusões*” (*ob. cit.*, p. 140).

Na fase de transição entre a modernidade e a pós-modernidade, com a paradoxal ruptura e prolongamento da primeira, na originalidade da segunda, Gilles Lipovetsky afirma que nesse período há “*predominância do individual sobre o universal, do psicológico sobre o ideológico, da comunicação sobre a politização, da diversidade sobre a homogeneidade, do permissivo sobre o coercitivo*” (**A Era do Vazio – ensaio sobre o individualismo contemporâneo**, p. 92). Este mesmo pensador é forte no sentido de sustentar que a pós-modernidade chegou ao seu termo resolutivo, fazendo eclodir a *hipermodernidade*, com predomínio “*do consumismo, do hedonismo, do psicologismo e da comunicação*” sobre os valores da modernidade (**A Invenção do Futuro**, p. 84). Trata-se de um tempo diverso da modernidade.

Certo afirmar, conseqüentemente, que não mais se vive em tempos da modernidade e sim numa época que lhe é após, ou seja, do “fim da história”, da “pós-modernidade”, da “segunda modernidade”, da “sobremodernidade”, da “modernidade líquida” ou dos “tempos líquidos”, nas designações de Zygmund Bauman, em que se verifica que “*uma mudança radical no arranjo do convívio humano e nas condições sociais sob as quais a política-vida é hoje levada, é o fato de que o longo esforço para acelerar a velocidade do movimento chegou ao seu limite natural*” (**Modernidade Líquida**, p. 17-18).⁵

5 O autor, ao discorrer sobre a ‘vida líquido-moderna e seus medos’, referindo-se à época da pós-modernidade, anota que “o ‘progresso’, que já foi a manifestação mais extrema do otimismo radical e uma promessa de felicidade universalmente compartilhada e permanente, se afastou totalmente em direção ao pólo oposto, distópico e fatalista da antecipação: ele agora representa a ameaça de uma mudança inexorável e inescapável que, em vez de augurar a paz e o sossego, pressagia somente a crise e a tensão e impede que haja um momento de descanso” (**Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 16).

A atividade jurisdicional do modo que hoje se encontra organizada e estruturada – integrando a função de um dos Poderes da República – surge nesse contexto, ou seja, nos mais recentes tempos da pós-modernidade, em que o projeto do Estado do bem-estar social aparece bem comprometido, em decorrência de uma constante ameaça de desestabilizar direitos políticos, tendência de postergar o reconhecimento de direitos sociais encartados na Lei Fundamental e desrespeito aos direitos humanos e do cidadão. Aclamada como atividade exercida no Estado Democrático de Direito, em República Federativa, a função judiciária tem como fundamentos, dentre outros, no caso brasileiro, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Sua natureza é de função exercida por um dos Poderes constituídos, sendo credora de legitimidade do povo – haja vista a forma de investidura dos seus membros –, vocacionada e dirigida ao atendimento do que lhe for requerido, não importando quem figura no polo ativo ou passivo da lide ou quem é interessado no deferimento da autorização exigida por lei. Daí a relevância da ética judiciária na contemporaneidade.

3 – A ÉTICA COMO CONDUTA MORAL

3.1 – A Ética em Geral

A ética pode ser conceituada como o discurso sistemático que trata da conduta moral dos indivíduos participativos da sociedade. Via de consequência entende-se por ética judiciária o discurso sistemático que cuida do comportamento moral dos magistrados no exercício da função jurisdicional, observada do ângulo interno e, máxime, do ângulo externo, não só pelos jurisdicionados como também por todos os cidadãos. A afirmação da ética judiciária assume importância por estar atrelada à prestação de serviço público de distribuir justiça e servir de fortalecimento da credibilidade da população no Poder Judiciário.

A ética judiciária na era contemporânea resgata a ética aristotélica, a ética kantiana e a ética deontológica. É aristotélica por reverenciar a justiça, traduzida na virtude moral abrangente das demais virtudes, como a coragem, o equilíbrio, a verdade e a humildade, possibilitando o relacionamento social dos indivíduos. Emoldura-se como kantiana por se pautar por normas de cumprimento da lei moral, referentes aos deveres pessoais e sociais. Enquadra-se como deontológica porque reverencia o justo,

sendo direcionada para o dever, no caso funcional, além de lastrear-se também na moral, que é imperativa. Este último desdobramento da ética bem espelha a ética judiciária, pois priorizar o justo é o que mais interessa à atividade jurisdicional.⁶

O magistrado está encarregado da missão de distribuir justiça. Assim, não há como deixar de ter virtudes e como imperativo a lei moral, devendo prestigiar, dentre outros, valores inerentes à cidadania e à dignidade humana. Ademais, a ele se impõe o cumprimento dos seus deveres funcionais, não devendo se olvidar de ser justo, independentemente do que for incorporado nos diplomas legais e regulamentares encarregados de recomendar a assunção de comportamentos que venham a consagrar a ética na atividade jurisdicional.

Propõe-se a investigar se a conduta dos magistrados, no exercício da função jurisdicional, condiz com a ética judiciária na era contemporânea, vista dos ângulos antes ressaltados. Na era do Estado contemporâneo o juiz pós-moderno não é mais um simples aplicador da lei, e sim um agente público encarregado de concretizar direitos, distribuir e efetivar justiça como, por exemplo, deferir e mandar implementar políticas públicas de pronta e viável execução, na recomendação resultante da conjugação dos arts. 1º, 2º e 3º da Constituição Federal. Portanto, deve se analisar se a conduta dos magistrados é compatível com a ética judiciária na era contemporânea, vista do ângulo kantiano. Isto porque vem se constatando mudança do comportamento funcional e judicante dos magistrados, já que alguns entendem que podem agir sob o pálio de uma incabível imunidade, quer no âmbito interno, isto é, nas atividades administrativas perante o seu órgão julgador, quer no âmbito externo, ou seja, na atividade judicante (processante e decisória).

O modelo de comportamento dos magistrados – tolerado internamente pelos tribunais e externamente pelos cidadãos – muitas vezes não condiz com uma autêntica ética judiciária, que é estóica. Esse modelo de conduta precisa ser analisado, para se verificar a necessidade de mudança de paradigma, como diz Thomas Kuhn, no interesse dos membros da sociedade para quem a função jurisdicional está voltada. E a mudança de paradigma de uma ética judicial, consentânea com o Estado Democrático

6 José Fernando de Castro Farias afirma que “a ética deontológica dá prioridade à noção de justo e concentra-se no dever, ao captar a moral como uma noção imperativa no sentido de que o agente age de acordo com uma regra, máxima ou princípio; o valor moral impõe-se ao agente de forma imperativa. Na concepção deontológica, sendo o justo a noção fundamental, o bem será a ação do agente conforme às exigências da obrigação da lei moral” (*Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.2).

de Direito, só será alcançada se, constatadas a deficiência e a defasagem das normas que regem os deveres, valores e princípios que devem ser seguidos pelos magistrados, for elaborado e instituído um Código Modelo de Ética Judiciária, adequado à era contemporânea, em que a atividade jurisdicional, com a instituição do Conselho Nacional de Justiça, passou a ser fiscalizada pelos cidadãos.

A atividade jurisdicional é desenvolvida pelo Estado pós-moderno em época em que o cidadão – credor de maior acesso à jurisdição – deposita no Poder Judiciário a esperança de ver reparado o direito violado ou atendido o seu interesse. Constatando-se uma acentuada decadência da boa Administração Pública, com ênfase na omissão do implemento de políticas públicas e determinações judiciais para a prática de atos administrativos que lhe compete, há um arremedo de judicialização dos atos inerentes ao exercício dos poderes administrativos, que enfraquece a credibilidade no Executivo e fortalece a credibilidade no Judiciário.⁷

Ao mesmo tempo, esse mesmo cidadão se mostra pouco confiante na função jurisdicional, ao assistir condutas antiéticas de magistrados e o estiolamento da ética judiciária, sendo assombrado por dúvidas quanto à eficiência da atividade judicante e sua autoridade moral, máxime quando no polo contrário da demanda judicial que deflagra figura uma pessoa jurídica de direito público, de direito privado prestadora de serviço público ou integrante da macroestrutura econômica. E mais: ao vislumbrar que nos julgamentos de causas de grande interesse econômico, envolvendo interesse do Executivo a decisão é contaminada pela política, ele não acredita na ética da Magistratura.

Os motivos da morosidade processual já são conhecidos. Não é esse o foco do presente trabalho, que se engaja no desvendamento dos comportamentos dos magistrados que colidem com a ética judiciária, como corolário da inobservância dos valores e princípios, no exercício da função jurisdicional, não só na primeira instância como nas instâncias superiores. Condutas funcionais e processuais aqui denominadas internas e externas acenam para a precitada inobservância de valores e princípios, apontando

7 Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manoel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, com lastro em Antoine Garapon, *in Le Gardien de Promesses*, Paris, ed. Odile Jacob, 1996, p. 36, registram que na sociedade democrática o Estado tudo pode satisfazer, remediar e atender. “Daí que diante da sua decadência, as esperanças nele depositadas se transfiram para a Justiça. Doravante é nela, e via de consequência fora do Estado, que se encaminha a realização da ação política. O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público” (*A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 25).

as omissões legais e regulamentares que deveriam proscrever tais procedimentos. A mudança de paradigma sugerida objetiva reduzir o ceticismo do cidadão na ética judiciária, a fim de dar mais credibilidade à função jurisdicional. Dados existem indicando pontos deficientes da legislação e dos regulamentos dirigidos à ética judiciária no Estado contemporâneo, no âmbito interno.

Os atuais instrumentos de controle da ética judiciária ainda se mostram deficientes, mesmo após o funcionamento do Conselho Nacional de Justiça. Há necessidade de se instituir um novo instrumento, capaz de promover a adequação do comportamento jurisdicional ético ao Estado contemporâneo. Hodiernamente, verifica-se que alguns magistrados não conseguem seguir uma conduta ética própria do Estado Democrático de Direito. Fatos por eles praticados, veiculados pela imprensa, podem revelar o comprometimento de uma conduta ética. Ainda que penderes de apuração pelos órgãos competentes, abalam a credibilidade da população na atividade judiciária.

De vez em quando são noticiados pela imprensa fatos que incutem no cidadão a convicção do comprometimento da ética por magistrados. Na era contemporânea, em que imperam os meios de comunicação mais sofisticados e os espaços são praticamente públicos, a notícia pela imprensa, máxime escrita, de comportamento contrário à ética judiciária, repita-se – mesmo sem ter sido objeto de investigação ou de apuração –, além da repercussão negativa, atinge toda a Magistratura. Por isso, infere-se que há necessidade de se modificar os instrumentos de prevenção de condutas que contrariam a ética judiciária.

Os cidadãos que leram as notícias jornalísticas informando que magistrados feriram a ética judiciária não vão acompanhar as notícias seguintes, nem o resultado das investigações ou das apurações. A primeira notícia sobre fatos antiéticos é a que fica registrada na formação da opinião pública. Os jurisdicionados que até então acreditavam na conduta ética do juiz ficam na dúvida, mesmo sem ter certeza se a informação jornalística é verdadeira. Melhor que os magistrados atuem com ética para que os jurisdicionados dela não duvidem. Mas para isso não basta a expedição de um Regulamento recomendando a observação de princípios éticos, mais direcionados ao magistrado do 1º grau de jurisdição. É preciso mais.

A relevância da atividade jurisdicional exige um absoluto respeito à ética, não só por se tratar de serviço público – onde se exercitam os

direitos do homem e do cidadão e que deve respeito à dignidade humana – como também por lhe ter sido, pela Constituição Federal, delegada a especialização da solução dos mais variados conflitos. Nessa espécie de serviço público, o que se tem atualmente de controle de condutas antiéticas no exercício da jurisdição ainda é pouco, com poucas normas legais e regulamentares de combate ao comportamento contrário à ética judicial. Como foi dito, alguns magistrados entendem que estão amparados por uma suposta imunidade judiciária. Percebe-se também que há uma proposital defasagem de atualização e alteração das regras de conduta. A atualização destas, porém, é imprescindível à mudança de paradigma da conduta dos que exercem a jurisdição.

3.2 – A Ética na Jurisdição como Serviço Público

A jurisdição tem atributos e se norteia por princípios que se vinculam ao desempenho da sua atividade. Poder, dever, função e atividade constituem os atributos da jurisdição.

A jurisdição é poder atribuído ao Judiciário pela Constituição. Diz-se que é dever por estar obrigada a funcionar após provocação da parte ou do interessado (arts. 2º e 262, do Cód. Proc. Civil). Emoldura-se como função por estar incumbida, através do processo, de resolver os conflitos individuais ou coletivos, ainda que a solução não tenha previsão legal (art. 126, do Cód. Proc. Civil; art. 4º, do Decreto-lei nº 4.657/42). É atividade porque o processo – sendo composto de várias formalidades envolvendo o juiz, partes e auxiliares da justiça, além de outros protagonistas – é desenvolvido para se chegar à decisão final, com a sua efetivação.

Independência, imparcialidade, publicidade e razoável duração do processo são os princípios que norteiam seu exercício.

O princípio da independência se confunde com a autonomia da função jurisdicional. O Poder Judiciário é controlado pelo Conselho Nacional de Justiça, não com relação à atividade jurisdicional, mas sim no que atine às suas atividades administrativas e financeiras e ao cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados (arts. 92, I-A e 103-B § 4º, da Carta Federal).

O princípio da imparcialidade diz respeito à isenção do magistrado no exercício da atividade para decidir os litígios. No desempenho da atividade jurisdicional deve o juiz examinar com profundidade as provas produzidas.

Na reverência dos valores que compõem a imparcialidade, submete-se ao que lhe é vedado pelo art. 95, parágrafo único, da Constituição Federativa. Em cumprimento ao dever que lhe é imposto como garantia da imparcialidade em prol dos litigantes, deve se abster de receber auxílio ou contribuição de pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado (arts. 95, par. único, IV, da Constituição Federal e 135, IV, da Lei Processual Civil). As garantias de imparcialidade não são instituídas para preservar a relevância da função exercida. Elas são dirigidas aos cidadãos para que – estando em juízo como autores ou réus – não duvidem da isenção do juiz ao conduzir o processo, acreditando que ele zela pela ética.

O magistrado, *verbi gratia*, há de se afastar do processo em que instituições financeiras – ainda que encarregadas de depósitos judiciais ou de outras funções auxiliares da justiça, figuram como partes em demandas judiciais no seu juízo – promovem encontro de juízes, em fins de semana, em aprazíveis localidades, devendo se abster do desfrute gratuito dos serviços de hotel de luxo e das suas refeições. A observância do princípio da imparcialidade objetiva fazer com que o juiz não abalroe a ética no processamento e no julgamento do feito que preside, tendendo a beneficiar uma das partes. O juiz é o agente do Estado erigido em autoridade designada para funcionar como terceiro encarregado de decidir o conflito, sem interesse no direito subjetivo das partes.

Para ele é irrelevante se a sua decisão vai agradar ou desagradar um dos litigantes. A equidistância é caracterizadora da imparcialidade da função jurisdicional. Ao cidadão que carrou para a jurisdição a questão pertinente ao conflito e àquele em desfavor de quem ela se dirige interessa a solução por um magistrado que se pautar pela ética.⁸

O princípio da imparcialidade também se estende ao impedimento do magistrado, quando o legislador, atento à ética, dispõe que ele deve também se afastar do processo em todas as situações identificadas no art. 134 da Lei Processual Civil. Se não o faz, compromete a ética.

⁸ Mauro Cappelletti anota: “o valor ‘final’, a ‘essência’ ou a ‘natureza’, por assim dizer – da função judiciária é, portanto, que a decisão seja tomada por um terceiro imparcial, *tertius super partes*, depois que as partes tenham tido a possibilidade de apresentar e defender o seu caso: possibilidade que assegura, além de tudo, o caráter eminentemente ‘participativo’ da função judiciária e da própria jurisprudência, entendida como fonte, embora informal, de criação e evolução do direito. E, na verdade, justamente estas duas características, a imparcialidade do juiz (*nemo iudex in causa sua*) e a possibilidade das partes de fazer valer em juízo as próprias razões (*audiatur et altera pars*, isto que constitui a ‘fairness’ do processo), consideram-se por séculos como as duas regras fundamentais – as ‘regras da justiça natural’ ou ‘*rules of natural justice*’ – do processo judiciário” (Juizes Irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 32-33).

A função judiciária verga-se à publicidade dos atos judiciais. Despachos, decisões, sentenças e acórdãos não têm valor senão depois de publicados nos órgãos de imprensa. A ética judiciária proscree atos secretos. As audiências e sessões são públicas, salvo nos casos previstos em lei (arts. 5º, LX e 93, IX, da Constituição Federal; art. 155, do Cód. Proc. Civil). As decisões administrativas dos tribunais além de motivadas também se regem pela publicidade. E mais: para evitar o corporativismo, as decisões administrativas referentes aos processos disciplinares são tomadas pelo voto da maioria dos seus membros (art. 93, X, da Carta da República).

Fora da atividade jurisdicional o magistrado, na função administrativa (Presidência, Vice-Presidência, Corregedoria de Justiça e Conselho da Magistratura), deve sujeitar seus atos à publicação (art. 37, da Lei Fundamental). Enfim, os processos e os procedimentos deflagrados no Judiciário devem contar com a reverência da publicidade dos seus atos. A publicidade, como adiante se verá no exame do Código de Ética da Magistratura, dá “transparência” aos atos jurisdicionais na atividade desenvolvida.

O serviço público é mantido pelos tributos arrecadados, o que veio a se incorporar ao Estado moderno e também ao Estado pós-moderno ou contemporâneo. Quando o cidadão provoca a jurisdição passa à condição de credor da solução do litígio que ajuizou. O resultado deve vir dentro de um prazo razoável, bastando que sejam observadas as formalidades processuais. Somente com o julgamento em caráter definitivo é que a prestação do serviço público estará concluída. A prestação de serviço público é dever do Estado. Este é erigido em devedor da solução.⁹

Considerando que a atividade jurisdicional se traduz em serviço público, restou introduzido no art. 5º da Lei Maior o inciso LXXVIII, pela Emenda Constitucional nº 45/04. Este inciso dispôs sobre o princípio da razoável duração do processo. A solução do litígio em tempo razoável é garantia do seu bom funcionamento. Muito embora a atividade jurisdicional não se inclua dentre as atividades administrativas dos três Poderes, tendo o art. 37 da Carta Federal sido alterado pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, para incluir o princípio da eficiência – sendo dita atividade uma faceta da prestação de serviço público – é forçoso convir que

⁹ José Fernando de Castro Farias, com lastro em preleção de Léon Duguit, ao tratar do “serviço público” afirma: “apresentada como critério geral do campo de ação do Estado, a noção de serviço público implica essencialmente uma idéia de obrigação positiva. Da *soberania ao serviço público*, passa-se de uma visão do Estado como poder público a uma concepção do Estado como ‘função social’. Neste ponto, o funcionalismo de Duguit segue uma lógica cara a Durkheim, quando este escreve: ‘todo o direito é público, no sentido de que ele é uma função social e que todos os indivíduos são, mesmo que a títulos diversos, funcionários da sociedade’ ” (*A Teoria do Estado no Fim do Século XIX e no Início do Século XX*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 88).

os serviços judiciários por ele devem se pautar. O exercício da jurisdição, portanto, não pode se prostrar no tempo, deixando o cidadão na expectativa prolongada de obter o resultado do processo.

O jurisdicionado não pode se cansar de tal forma que venha a se desinteressar pela solução da lide e a parte contrária se acomodar, no errôneo entendimento de que sairá vencedora em razão da demora da entrega da prestação jurisdicional. A solução da demanda deve ser apresentada tão logo o processo esteja em condições de ser julgado. O julgamento do feito traz em si um princípio ético implícito: ele deve ocorrer no momento em que a causa estiver “madura”. O exercício da atividade jurisdicional vincula o juiz a velar pela rápida solução do litígio (art. 125, II, do Cód. Proc. Civil).

A entrega da prestação jurisdicional tardia erige o processo em injusto, podendo prejudicar direito do cidadão, às vezes de matiz fundamental. O retardo da entrega da prestação jurisdicional, além de se incompatibilizar com a ética judiciária na era contemporânea, incute no cidadão jurisdicionado fundada dúvida quanto à eficiência da função jurisdicional. Isto não quer dizer, contudo, que o magistrado deve processar e julgar os feitos açodadamente para alcançar as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça ou pelo seu tribunal. O juiz que assim se comporta, sem respeitar as etapas procedimentais estabelecidas na lei processual – deixando de examinar as provas e de fundamentar suas decisões, faltando com seus deveres funcionais, para mostrar que está recuperando o tempo perdido –, também viola a ética.

3.3 – A Ética Judiciária na Era Contemporânea

A conduta dos indivíduos participativos, além de se nortear pela razão, deve estar impregnada de valores instituídos pela sociedade. Se estes indivíduos são membros de um dos Poderes da República, urge que seus valores estejam aflorados e se mostrem presentes no exercício das suas funções, de modo que possam servir de norte à ética para manter e incrementar a confiança na sociedade na autoridade moral da atividade pública.

A atividade jurisdicional é exercida por cidadãos investidos na função pública, que vão julgar interesses de outros integrantes da sociedade. Deles se exige maior observância dos valores e princípios que integram a ética, que passa a ser judiciária. Trata-se de uma ética imprescindível ao bom exercício da função de dizer o direito, justamente em Estado Democrático de Direito. Este garante aos cidadãos jurisdicionados uma atividade

judiciária independente das funções administrativa e legislativa, a legalidade dos atos que provém da Administração Pública – que só pode atuar em conformidade com o corpo de leis aprovadas e editadas – e a não interveniência do Estado no que for aspirado socialmente em conduta ou atividade permitida. De outro ângulo, garante o conjunto de normas que estruturam a Democracia. Como diz Delamar José Volpato Dutra “*sob o ponto de vista normativo, o Estado de Direito justifica-se por assegurar um conjunto de regras que estruturam o procedimento democrático*” (**Manual de Filosofia do Direito**. Caxias do Sul: Educs, 2008, p. 101).

A ética judiciária deve ser analisada dos ângulos interno e externo.

Do ângulo interno exige-se do magistrado de primeiro grau de jurisdição a observância dos valores morais e cumprimento dos deveres inerentes ao seu cargo, emoldurados nos diplomas legais e regulamentares adiante mencionados, além de lhanza, cautela e conhecimento das normas de conduta social, para que se afaste qualquer dúvida sobre sua integridade moral. O juiz está cercado de fiscais do seu comportamento, que se estende desde o mais simples empregado terceirizado da limpeza das repartições judiciárias ao Chefe do seu Poder, passando pela observação dos que militam no foro, partes e testemunhas que o avaliam, aclamando se ele se comporta de acordo com a ética ou a conspurca.

Às vezes a conduta antiética do magistrado se deve à falta de discernimento da relevância da função jurisdicional que lhe exige comportamento inteiramente diferenciado dos demais indivíduos participativos. É mister que ele tenha essa consciência moral para agir eticamente.

O Código Civil, por exemplo, reprovava o procedimento do magistrado que, desrespeitando o disposto no art. 497, III, adquire, em hasta pública, bem sobre o qual se estende sua autoridade em feito judicial. Suponha-se que – após se remover para comarca próxima onde exercia a função judicante – arremate imóvel penhorado em execução de título extrajudicial levado à praça, cujo processo por ele foi iniciado. Em princípio não há nulidade, já que não mais exercia jurisdição no órgão julgador onde o feito tramitava. No entanto, feriu a ética, uma vez que atingiu a substância da sua conduta, demonstradora de obtenção de vantagem, ao adquirir bem cujas características conhecia em razão do ofício judicante, possibilitando o oferecimento de um lance único que o levou a vencer a licitação, afastando a oferta de outros licitantes. Estes, desconhecendo as características do imóvel, se abstiveram de elevar o preço ofertado pelo magistrado arrematante.

Em outro exemplo, o Estatuto Civil rechaça o comportamento do magistrado que falta com seus deveres funcionais. Ao deixar de admitir a escusa do tutor nomeado, estabelece o art. 1.739 que o juiz responde diretamente por perdas e danos que o menor suportar, numa demonstração de reprovação máxima do seu vilipêndio à ética judicial, de modo a excluir a responsabilidade civil objetiva do Estado, por ato do seu agente público no exercício da suas funções, traçada como linha geral nos arts. 37 § 6º, da Carta Federal e 43, da Lei Civil.

Do ângulo externo exige-se do julgador o compromisso com os valores e princípios processuais, tais como o contraditório e ampla defesa e o devido processo legal, emoldurados nos art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, para legitimar suas decisões e investigar se elas devem ser corrigidas por uma instância revisora. Ainda que orientado e pautado por uma microética, vale dizer, uma ética das relações interpessoais, em decorrência do cargo que ocupa e da função que exerce, urge que o magistrado se conscientize de que ao processar e julgar ação coletiva, *exempli gratia*, quando o feito se submete a julgamento – não mais por ele, mas por um colegiado de magistrados – sua decisão, em grau de recurso, será revista com a presunção de que os valores e princípios éticos da sua atuação funcional foram observados. Daí porque sua conduta deve se nortear pela decência e probidade jurisdicionais ínsitas à atividade estatal que exerce.

No 2º grau de jurisdição, a ética judiciária merece abordagem para que se possa, tal como ocorre no primeiro grau, conhecer a necessidade de mudança de paradigma.

Do ângulo interno, o magistrado deve agir com equilíbrio ao disputar funções, tais como as de direção do tribunal, presidência de associações ou de órgãos administrativos ou julgadores, de modo a não faltar com a ética, muitas vezes demonstrada pelo não cumprimento dos prazos para relatar, proceder à revisão, redigir votos e ementas, pedir dia para julgamento, colocar em mesa os processos, comparecer e participar das sessões da sua turma ou câmara. Do contrário assumirá um comportamento contrário à ética. Observe-se que essa conduta antiética não vem tratada na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, no Código de Ética da Magistratura, nos Códigos Judiciários Estaduais ou mesmo nos Regimentos Internos dos Tribunais.

Ainda no que tange ao comportamento ético visto do ângulo interno, o magistrado de grau mais elevado deve se abster da prática do patri-

monialismo e do nepotismo, procedimentos injustificáveis e demonstradores de uma crise de paradigma político-social.

A indicação de pessoas ou servidores para ocupar cargos comissionados ou funções de confiança em seu gabinete e outros mais para a direção da secretaria do seu órgão julgador deve recair em indivíduos credores de conhecimentos técnico-jurídicos para exercê-los. Quando o magistrado atende a pedidos de parentes, amigos, colegas ou políticos, indicando para ocupar cargos ou funções pessoas despreparadas, além de ferir a ética compromete sua independência, dando a entender aos servidores do quadro efetivo, aos jurisdicionados e aos cidadãos que o órgão julgador onde exerce a jurisdição e os cargos comissionados ou funções de confiança a eles pertencem, como se tivessem sido privatizados.¹⁰

Demais disso, não deve o magistrado se olvidar de que a escolha dos assessores, assistentes ou auxiliares, naquelas condições, pode prejudicar sua produtividade, uma vez que certamente ficará abaixo da qualidade e da quantidade ostentadas pelos seus colegas que indicaram para os cargos ou funções pessoas altamente qualificadas. O resultado dessa conduta violadora da ética é a prestação de um serviço público de baixa qualidade, além do retardo dos processos, muitas vezes julgados bem após o decurso dos prazos legais.

Por intermédio do segundo comportamento, magistrados da maior hierarquia judiciária não se importavam com a indicação de parentes para ocupar diretamente os cargos ou funções nos seus gabinetes. Sendo uma espécie do gênero patrimonialismo, o nepotismo sempre foi visto com “maus olhos”. A nomeação de cônjuge, companheiro, parente em linha reta descendente, colateral e até por afinidade deve ser evitada. Foi prática muito comum de magistrados promovidos ao 2º grau ou investidos no cargo pelo quinto constitucional a que se refere o art. 94 da Lei Fundamental.

A prática do nepotismo – reveladora de conduta que agride a ética judiciária e é reprovada pela população – vem sendo rechaçada pelo Conselho Nacional de Justiça, instituído pela Emenda Constitucional nº 45/04 como órgão do Poder Judiciário. Assim que instalado o dito Conselho editou a Resolução nº 07, de 18/10/05, expedida no âmbito da competên-

10 José Murilo de Carvalho, em entrevista concedida à imprensa acerca do tema “Agruras Democráticas”, ao responder à 1ª pergunta do jornalista sobre corrupção e escândalos, registrou: “certamente não é igual em todos os países, sobretudo protestantes, em que a ética pública é mais rigorosa. Mas é comum em países de origem ibérica por conta do patrimonialismo, em que a distinção entre o público e o privado é pouco nítida. A distinção que existe é de que ou é meu ou é do Estado, e, se for do Estado, eu posso meter a mão. A ideia de que o público é de todos os que pagam impostos não faz parte da nossa cultura” (*O Globo, Caderno Ciência-História*, sábado, 23/05/09, p. 36).

cia que lhe outorgou o art. 103-B, § 4º, II, da Carta Federal. Com fulcro nos princípios da moralidade e da impessoalidade, versado no art. 37 do mesmo diploma constitucional, não hesitou em “*disciplinar o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário*”. O nepotismo vem sendo combatido, mas ainda não chegou ao seu termo resolutivo.

Ainda que dissimulado – através da indicação do seu parente para ocupar cargo em comissão ou função gratificada em gabinete de colega e, em expediente de reciprocidade, de parente deste para cargo ou função igual ou equivalente no seu gabinete – o ferimento da ética judiciária persiste. Por isso que a denominada “investidura cruzada” foi alvo de novo controle administrativo, desta vez pela vez pela Suprema Corte, que não hesitou em editar a Súmula Vinculante 13, dispondo: “*a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal*”.

A prática antiética do critério da pessoalidade continua se, por acaso, o magistrado indica para ser nomeado em seu gabinete parente em quarto grau, como, *exempli gratia*, um primo ou um sobrinho-neto, que obtém a investidura. A nomeação não é vedada pelas normas legais e regulamentares, nem pela precitada Súmula Vinculante. Pode parecer que o comportamento não fere a ética. Ao reverso, se quem ele indicou e foi nomeado é parente, mormente quando pouco ou nada entende dos serviços judiciários, infere-se um nepotismo arrefecido.

Dentro das condutas antiéticas mencionadas pode ser incluída, ainda, a contratação de pessoas indicadas – em regra vinculadas por laços de amizade ou de parentesco com o magistrado gestor ou não ocupante de cargo de direção – para admissão em emprego de firmas que prestam serviços nos tribunais. São os chamados terceirizados, que muitas vezes permanecem no serviço público no regime celetista, por longos períodos, já que não há vedação para a renovação do contrato ou da transferência dos beneficiados para a empresa que vence a concorrência para prestar

serviços nas Cortes de Justiça. Essa prática não é expressamente vedada, como se vê do art. 3º, da Resolução nº 07/05 do Conselho Nacional de Justiça que proscreeve, apenas, a contratação e a manutenção de contrato de prestação de serviço com empresa que tenha, entre seus empregados, parente do magistrado ocupante ou não de cargo de direção no tribunal, o que permite – para quem quer se comportar aeticamente – influenciar a pessoa jurídica a contratá-lo posteriormente.

Do exame das normas legais e regulamentares que tratam da ética judiciária vê-se que elas mais se dirigem aos juízes monocráticos, isto é, do primeiro grau, do que aos magistrados das instâncias recursais. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional nunca se preocupou com o patrimonialismo ou com o nepotismo, práticas antiéticas que – embora tenham sido bastante reduzidas – ainda são encontradas nos tribunais, menosprezando valores e inobservando princípios que acarretam a redução da confiança da sociedade na autoridade moral do Poder Judiciário. O jurisdicionado não pode continuar a assistir essas práticas, pois sua confiança é dirigida a uma atividade jurisdicional integrada por magistrados que devem respeitar os princípios da impessoalidade e da moralidade.¹¹

Ao magistrado da instância revisora se exige mais. Não se está diante de uma microética da instância originária. Ao participar, *v. g.*, de julgamento de representação de inconstitucionalidade de lei municipal, de mandado de segurança coletivo, de ação rescisória de sentença proferida em ação fundada em pretensão de interesse difuso, de uniformização de jurisprudência, de elaboração de súmula da jurisprudência predominante, em colegiado judicante, com elevado número de membros, como o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, há uma dimensão pública maior da sua conduta, que, reunida com as dos demais julgadores, muito se aproxima da macroética, malgrado inexistam no processo judicial as macroestruturas que dão origem às decisões coletivas.

Do ponto de vista externo, exige-se mais do magistrado do 2º grau de jurisdição. Ao proceder ao julgamento dos feitos em que é relator,

11 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar da 'Ética na administração pública' registra: "moralidade tem sido cada vez mais cobrada dos parlamentares, dos juízes e dos administradores, na medida em que aumentam as decepções populares com a conduta de seus dirigentes. O descrédito dos políticos, como não poderia deixar de ocorrer, se tem comunicado às próprias instituições, abalando-as profundamente nos seus alicerces, tantas vezes tão laboriosos plantados pelos povos. Em nosso País, essa crise é grande e necessita ser superada, até como condição para a retomada da governabilidade e do desenvolvimento. A preocupação com a moralidade é reclamo público, presente no povo, nos meios de comunicação e, é de se esperar, com frutífera repercussão na consciência e na ação dos homens públicos e dos profissionais do direito" (**Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 3. ed., 2007, p. 51).

revisor ou vogal, o julgador deve se pautar pela ética do discurso, máxime quando se trata de representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. No julgamento da declaração de inconstitucionalidade da lei que é palco do ataque judicial, por colidir com normas e princípios da Constituição, o magistrado votante ou falante, no linguajar habermasiano, deve assumir comportamento ético de tal forma que – admitindo a sustentação dos demais votantes e ouvindo entendimentos contrários ao seu – não utilize argumentos estranhos à ética discursiva, na ávida tentativa de fazer prevalecer seu ponto de vista ou o seu convencimento.¹²

Nos julgamentos colegiados os debates são intensos e muitas vezes calorosos, máxime quando envolvem questões de grande repercussão nacional ou local. Os discursos apresentam pretensões de validade lógico-semânticas e pragmáticas. Quando na sessão do tribunal o magistrado relator apresenta o seu voto, fundado no seu convencimento, e o revisor ou o vogal diverge, deve este tratar aquele com simetria, dignidade e respeito. As argumentações devem surgir como procedimentos de entendimentos mútuos.¹³

4 – A REGULAMENTAÇÃO DA ÉTICA JUDICIÁRIA

O exercício da atividade judiciária requer sejam asseguradas garantias de independência do magistrado, em decorrência do cargo vitalício que ocupa. Se assim não fosse, quando contrariasse interesses maiores – notadamente dos demais Poderes – seria destituído, removido do seu lugar ou teria seus vencimentos reduzidos. Além disso, para que se dedique inteiramente à função judicante são asseguradas garantias de imparcialidade que impõem ao magistrado as proibições elencadas no art. 95, parágrafo único, da Constituição Federal. Ao ser empossado no primeiro ou no segundo grau de jurisdição presta compromisso de cumprir a Constituição e as leis vigentes no País e os deveres inerentes ao seu cargo. Seus deveres estão elencados na Constituição Federal, na Lei Orgânica da

12 Luiz Guilherme Marinoni, com lastro em preleção de Robert Alexy, ao tratar dos ‘Direitos fundamentais e democracia-O problema do controle do juiz sobre a decisão da maioria’, afirma que: “o controle judicial de constitucionalidade das leis se justifica quando os juizes demonstram publicamente que seus julgamentos estão amparados em argumentos que são reconhecidos como bons argumentos, ou, ao menos, como argumentos plausíveis, por todas aquelas pessoas racionais que aceitam a Constituição” (**Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed., 2008, p. 92).

13 Jürgen Habermas leciona que “a partir de pontos de vista *procedurais*, as argumentações aparecem, em seguida, como processos de entendimento mútuo que são regulados de tal maneira que proponentes e oponentes possam, numa atitude hipotética e liberados da pressão da ação e da experiência, examinar as pretensões de validade que se tornaram problemáticas” (**Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2. ed., 2003, p. 110).

Magistratura Nacional, no Código de Ética da Magistratura e nos Códigos Judiciários Estaduais.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional data de 14/03/79. Com mais de trinta anos de vigência e composta por 147 artigos, está desatualizada, uma vez que multifários dispositivos legais foram revogados pela Constituição Federal de 1988 e Emendas Constitucionais posteriores. O Título III, que se divide em três Capítulos, versa sobre a Disciplina Judiciária, dedicando não mais do que cinco preceptivos à ética judiciária. O Capítulo I trata dos deveres do magistrado (arts. 35 a 39); o Capítulo II cuida das penalidades que a ele podem ser impostas (arts. 40 a 48) e o Capítulo III versa sobre sua responsabilidade (art. 49). Da sua leitura se constata a obsolescência do trintenário diploma legal, por se apresentar como um conjunto de normas que pouco versam sobre o comportamento ético dos magistrados. Aliás, sua edição coincide com o ano em que a expressão “pós-modernidade” foi popularizada por Jean-François Lyotard. A Magistratura Nacional carece de um novo Estatuto.

O Código de Ética da Magistratura, editado em 18/09/08 pelo Conselho Nacional de Justiça, dentro das atribuições que lhe foram conferidas pelos arts. 103-B § 4º, I e II, da Carta Federal e 60 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, se traduz num diploma regulamentar, composto de 42 artigos, que exterioriza os princípios norteadores da função jurisdicional: independência, imparcialidade, conhecimento e capacitação, cortesia, transparência, segredo profissional, prudência, diligência, integridade profissional e pessoal, dignidade, honra e decoro. O Regulamento da Ética Judiciária está supedaneado nos deveres do magistrado, conforme dispõem os arts. 35, VIII e 56, II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional: pautar-se por um comportamento compatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções e manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

Dito Regulamento tem força de lei, haja vista ter sido expedido na esteira da Emenda Constitucional nº 45/04, vinculando todos os magistrados da Federação a obedecer aos princípios que perfilhou. Contudo, cogita-se de um conjunto de regras de recomendação, quanto ao seu proceder no desempenho da atividade estatal, destituídas de preceitos que façam com que eles absorvam a consciência de uma postura ética consentânea com as exigências dos cidadãos.

De outra parte, abstraído o campo punitivo-disciplinar, é recomendável que um Código de Ética faça previsão de sanções administrativas para o caso da conduta antiética acarretar consequências advindas da

violação dos preceitos, como, por exemplo, reparar o prejuízo causado ao Erário, ou à parte litigante ou ao interessado, quando retardar ato de ofício ou, ainda, o reconhecimento público do procedimento antiético, com divulgação de reparação voluntária do que foi reprovado pela sociedade ou pelo seu tribunal, sem prejuízo de outras sanções meramente administrativas. A persistir o que hoje se tem, pouco adianta anunciar regras de conduta ética sem que possa contar, como foi dito, com um instrumento capaz de ajustá-las à realidade do Estado contemporâneo.

No âmbito estadual, o Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro – CODJERJ, editado pelo Tribunal de Justiça, através da Resolução nº 01, de 21/03/75, cuida da “ética funcional” do magistrado nos arts. 206 a 211, reproduzindo as vedações da Constituição Federal e da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Sua maior recomendação consta do art. 206: deve o magistrado manter irrepreensível procedimento na vida pública e particular, pugnando pelo prestígio da justiça, zelando pela dignidade das funções e respeitando as do Ministério Público e dos advogados.

Embora tenha também força de lei, uma vez que editado com fulcro em permissivo da Constituição Federal então em vigor e na Lei nº 5.621/70, prestando-se a vincular todos os magistrados fluminenses, verifica-se que o Capítulo IV, do Título III do CODJERJ, que cuida dos seus direitos e deveres, traduz-se em normas de reprodução de dispositivos da Constituição Federal vigente à época. Não apresenta regras de comportamento voltadas para a ética, nem de valorização dos direitos do cidadão em juízo.

O magistrado deve obediência aos jurisdicionados do seu modo de agir. Todo aquele que atua com ética aumenta a confiança da sociedade na autoridade moral da atividade judiciária. A conjugação da Lei Orgânica da Magistratura Nacional com o Código de Ética da Magistratura e os Códigos Judiciários Estaduais, ainda que insuficientes para vincular o magistrado a atuar com observância dos princípios da ética judiciária, se esforçam para obter o seu perfil ideal. Louva-se a maioria que assim procede no exercício da judicatura.¹⁴ Entrementes, quando se trata da minoria cujo compor-

14 Diógenes Madeu, citando Aniceto Lopes Aliende, registra: “traçado o perfil do juiz, em sua conceituação ideal, como paradigma abstrato, dele exigiu Hélio Tornaghi, para a preservação da justiça, ‘o decoro nas atitudes, a decência nas ações, a seriedade na análise dos problemas, a nobreza no trato, o pundonor, a honra, a altivez, a seriedade’. (...) ‘esses atributos, que devem exornar a pessoa que assume o encargo de tornar efetiva a distribuição da justiça, são qualidades morais indispensáveis, que exigem o complemento de uma sólida e diversificada cultura jurídica; uma experiência de vida; uma percepção da natureza humana; uma capacidade de raciocínio lógico, que englobe essa sutil intuição que se convencionou denominar de senso comum’. A inteligência e o saber jurídico aliam-se na composição do acervo indispensável para que se tenha definitivamente delineada a figura do juiz” (**Ética Geral e Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56).

tamento colide com a ética no desempenho da sua atividade, infere-se que não há um instrumento hábil a compelir o magistrado a segui-la ou a prevenir a prática de condutas antiéticas, o que está a exigir mudança de paradigma.

O projeto do novo Estatuto da Magistratura tramita nos órgãos competentes. Depois que tomar corpo, for publicado e entrar em vigor, há que se editar um Código de Ética que venha a regulamentá-lo, servindo de modelo para o desempenho da atividade jurisdicional. Do contrário, a reunião de regras de conduta continuarão a decorar mais um diploma legal e a ética judicial permanecerá como está, sendo vilipendiada por alguns poucos magistrados que não valorizam o seu cargo e a relevante função que exercem.

5 - CONCLUSÃO

A função judiciária vem do poder que emana do povo, para este estando voltada. Está à sua disposição, bastando a deflagração da pretensão ou a apresentação do requerimento para iniciar sua atividade. A atividade é exercida em Estado de Direito, vale dizer, em democracia, que “*é o governo do povo para o povo e pelo povo*”, como já dizia Abraham Lincoln, em 1863. O poder vem do povo que o exerce para o atendimento das pretensões envolvendo direitos e interesses dos indivíduos participativos.

Traduzindo-se em atividade de interesse geral, desenvolvida em República Federativa, a jurisdição se preocupa em atender, dentre outros, ao que diz respeito a dois objetivos da democracia: à cidadania e à dignidade da pessoa humana, sem se olvidar de se esforçar ao máximo para corrigir e reparar o que não é feito a título de direitos fundamentais. Como função de um dos Poderes da República, na conjugação dos arts. 1º, parágrafo único e 2º da Lei Fundamental com o art. 1º do Código de Processo Civil, a jurisdição é exercida na mesma direção da atividade administrativa desempenhada pelo Poder Executivo. A diferença reside apenas na natureza da função que ditos poderes exercem. Ao Executivo cumpre administrar e ao Judiciário solucionar conflitos.

Ao prestar o serviço público, tal como o Executivo, a função jurisdicional, reverenciando a ética judiciária no cumprimento dos seus deveres, objetiva alcançar também o que está encartado no art. 3º da Lei Maior:

a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esse último objetivo, qual seja, a promoção do bem de todos, muito se ajusta à atividade jurisdicional, eis que se trata de função exercida por um dos Poderes da República para solucionar conflitos. A solução dada à lide serve de função educativa coadjuvante, uma vez que, ao tomar conhecimento do resultado do processo, seus protagonistas se encarregam de divulgar o que foi decidido para os cidadãos jurisdicionados.

Os que se encontram na mesma situação ou em situação assemelhada, tomam conhecimento de que devem se comportar consoante o comando emergente da decisão judicial. Do contrário, se persistirem no comportamento diferenciado, poderão ter seus direitos ou interesses atingidos, caso deflagrem demanda ou venham a responder aos seus termos. Os demais Poderes da República, em casos iguais, também se curvam ao comando decisório, devendo modificar os entendimentos até então mantidos. Daí a relevância da ética judiciária, para que os jurisdicionados confiem na autoridade moral da Magistratura.

A jurisdição não só decorre da estruturação do Estado como ostenta manifestação da sua soberania. Como dever se obriga a responder às pretensões que lhe são dirigidas, acolhendo ou rejeitando as de natureza contenciosa e os requerimentos de índole graciosa. Através do processo, serve de instrumento de solução dos conflitos intersubjetivos, controle das condutas anti-sociais e controle da constitucionalidade normativa, tudo no interesse individual, coletivo ou difuso.

A função jurisdicional na era contemporânea, focada na cidadania e na dignidade da pessoa humana, pauta-se por uma ética diferenciada, atenta à recomendação constitucional. Por isso tem sido invocada para o implemento de políticas públicas, no atendimento, dentro do possível, dos direitos fundamentais do cidadão, na omissão do Executivo. A ética da função judicante é bem diversa da que caracteriza as atividades administrativa e legislativa.

A atividade judiciária sempre esteve presente, do Antigo Regime à pós-modernidade. Na Antiguidade, ainda que se ressentindo de estru-

ração, mas dotada de função mediadora, era invocada e procurada pelos súditos, na busca de solução dos seus conflitos.¹⁵ Em Roma era um pouco diferente: o pretor atuava como representante do Poder Executivo e do Poder Judicial. À proporção que o Império Romano se estendia o soberano delegava a função jurisdicional aos juízes.

A divisão dos poderes idealizada por Montesquieu proclamou a atribuição de dizer o direito ao Poder Judiciário. Porém, nos Estados totalitários modernos as funções administrativa e jurisdicional foram aglutinadas, ao passo que a legislativa restou esvaziada. A maioria dos Estados modernos se afastou do totalitarismo e a função jurisdicional recuperou o seu poder. Assim se mantém até o advento da pós-modernidade, onde o Estado de Direito está presente.

A jurisdição na era contemporânea é diferente. Tendo o indivíduo deixado a heteronomia, com aquisição de esclarecimento, o Estado pós-moderno encartou em sua legislação a facilidade de acesso à sua atividade, sendo garantido não só o ingresso em juízo como também o cumprimento da decisão. A Constituição da Espanha garante ao cidadão não só o acesso à jurisdição como também à tutela judicial efetiva (art. 24). No âmbito interno, a Constituição da República erigiu o acesso à jurisdição em garantia fundamental, ampliando o conteúdo dos preceitos constantes das Constituições anteriores, insculpindo no art. 5º, XXXV: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

O acesso à jurisdição restou facilitado por haver a Constituição Federal posto diversos órgãos do Poder Judiciário à disposição do cidadão, de acordo com o rol do art. 92. Chamada a funcionar, a atividade judiciária não pode se furtar ao dever de prestar a tutela jurisdicional, o que se deve ao fato de ter como o mais importante dos objetivos: a distribuição de justiça. O cumprimento das decisões fica a cargo da própria jurisdição, *ex vi* da norma processual aberta, inscrita no art. 461 da Lei Processual Civil, de modo que o cidadão vencedor obtenha a efetivação do que restou decidido. O juiz pós-moderno pode adotar as medidas adequadas à efetivação do julgado, não devendo esmorecer no caso de resistência ao cumprimento, seja quem for o vencido ou executado. É seu dever. E cum-

15 Aristóteles já anunciava: “Eis porque, quando ocorrem disputas, as pessoas recorrem ao juiz. Recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada, e as pessoas procuram o juiz como um intermediário, e em algumas cidades-Estado os juízes são chamados mediadores, na convicção de que, se os litigantes conseguirem o meio-termo, obterão o que é justo. Portanto, justo é um meio termo já que o juiz o é” (*Ética a Nicômaco*. São Paulo, Martin Claret, 1. reimp., 2008, p. 111).

prir dever funcional de dar execução à decisão é também se comportar conforme a ética judiciária.

Outro aspecto da relevância da ética judiciária é o registro de que o magistrado justo e que adota procedimento adequado ao exercício da atividade jurisdicional do Estado contemporâneo deve observar que a legitimidade da sua decisão vai depender da maior participação das partes no processo.

O processo tem como efeito legitimar a decisão proferida. Isto se dá através da efetiva participação das partes e debates que contribuíram para a formação da convicção do juiz e entrega da prestação jurisdicional. A participação das partes no processo legitima a decisão proferida no instrumento da função jurisdicional da era contemporânea. A participação é possível em decorrência da observância dos princípios que regem o processo civil, alguns deles erigidos em direito fundamental, como ocorre com o contraditório e ampla defesa e o devido processo legal, inscritos no art. 5º, LIV e LV da Carta Federal.

A ética do discurso tem aplicação aos precitados princípios, por possibilitar às partes sustentar seus argumentos, o que se inicia com a petição inicial, prossegue com a contestação e culmina com a audiência de instrução e julgamento, onde os debates (discursos) assumem a maior relevância, tornando o processo justo. Conseqüentemente, ao reverenciar a ética discursiva, o magistrado não só fortalece a aplicação dos precitados princípios constitucionais, como também consagra a assunção de procedimento conforme a ética judiciária do Estado contemporâneo.¹⁶

A participação consiste na oportunidade das partes de apresentar e sustentar suas razões e de se contrapor, produzir provas, integrar as audiências, sessões e julgamentos, com sustentações (discursos), de modo a influenciar na formação de uma decisão fundamentada, demonstradora de uma atuação ostensivamente democrática.¹⁷ A atividade jurisdicional da era

16 Walter Reese-Schäfer registra: “a ética do discurso não precisa apregoar certos valores de conteúdo, passíveis sempre de discussão, como por exemplo os direitos humanos, porém, ao invés disso, ela pode descrever, numa perspectiva exterior caracterizável como objetiva, quase jurídica, os procedimentos do entendimento entre iguais. Quando esses procedimentos efetivamente são executados, o resultado também teria que ser considerado “justo”, ao passo que se poderia discutir interminavelmente sobre justiça quanto ao conteúdo. Habermas apóia-se aqui estritamente no modelo jurídico: quando ocorrer um procedimento legal, no qual ambas as partes forem ouvidas e as leis observadas, também a sentença poderá ser considerada justa. Ela não precisará mais ser determinada a partir de uma ideia substancialista de justiça, que cada um inferiu, de acordo com sua própria concepção de justiça, a partir de suas interpretações individuais do que ele ou ela considera direito” (**Compreender Habermas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 68).

17 Luiz Guilherme Marinoni, anota que a participação através do contraditório e da publicidade dos atos processuais confere à parte a oportunidade de interferir sobre a formação da decisão, garantindo a sua justiça (*Op. cit.*, p. 455).

contemporânea recomenda que o magistrado, antes de proferir a decisão, proceda ao exame das normas jurídicas que servem de lastro às razões dos litigantes com os pressupostos comunicativos e condições do processo legislativo democrático.¹⁸

Ao adotar comportamento ético e se abster das condutas antiéticas o magistrado reverencia a autêntica ética judiciária. Isto pode se alcançar com a elaboração de um Código Modelo de Ética Judiciária, consentâneo com a era do Estado contemporâneo. De que modo? Ouvidos os órgãos de classe e os magistrados, que se comprometem a respeitá-lo, será editado com legitimidade do órgão encarregado de fiscalizar o seu cumprimento. Os demais Poderes, os jurisdicionados e os cidadãos louvarão. O Poder Judiciário se fortalecerá. ❖

18 Luiz Guilherme Marinoni, desta vez em consonância com entendimento de Habermas, sustenta que “a jurisdição deve buscar legitimidade assegurando que o processo de gênese da lei seja receptivo àquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público. O juiz deveria estar atento ao consenso formado no espaço público a partir da discussão e do debate” (“Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional” *in* **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 535).