

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Alberto de Amorim Micheli

REFLEXÕES SOBRE A INCIDÊNCIA DA ÉTICA E DO DIREITO
NA ESFERA POLÍTICO-DISCIPLINAR DO PODER JUDICIÁRIO

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2012

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Alberto de Amorim Micheli

REFLEXÕES SOBRE A INCIDÊNCIA DA ÉTICA E DO DIREITO
NA ESFERA POLÍTICO-DISCIPLINAR DO PODER JUDICIÁRIO

MESTRADO DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Marcia Cristina de Souza Alvim.

SÃO PAULO
2012

Banca Examinadora

Agradecimentos

Não poderia deixar aqui de agradecer ao Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho, meu primeiro orientador, cuja paixão pelo ensino da Filosofia muito me inspirou na realização deste trabalho, inclusive na escolha do tema, bem como à Profa. Dra. Marcia Cristina de Souza Alvim, minha atual orientadora, que com sua dedicação, proficiência e inexigível paciência me possibilitou corrigir e aprimorar a presente dissertação para adequá-la à apresentação final. A ambos, portanto, os meus mais sinceros agradecimentos.

O Perigo nas Relações Humanas

Nas relações humanas o perigo é coisa de todos os dias. Deves precaver-te bem contra este perigo, debes estar sempre de olhos bem abertos: não há nenhum outro tão frequente, tão constante, tão enganador! A tempestade ameaça antes de rebentar, os edifícios estalam antes de cair por terra, o fumo anuncia o incêndio próximo: o mal causado pelo homem é súbito e disfarça-se com tanto mais cuidado quanto mais próximo está. Fazes mal em confiar na aparência das pessoas que se te dirigem: têm rosto humano, mas instintos de feras. Só que nestas apenas o ataque direto é perigoso; se nos passam adiante não voltam atrás à nossa procura. Aliás, somente a necessidade as instiga a fazer mal; a fome ou o medo é que as forcem a lutar. O homem, esse, destrói o seu semelhante por prazer. Tu, contudo, pensando embora nos perigos que te podem vir do homem, pensa também nos teus deveres enquanto homem. Evita, por um lado, que te façam mal, evita, por outro, que faças tu mal a alguém. Alegra-te com a satisfação dos outros, comove-te com os seus dissabores, nunca te esqueças dos serviços que debes prestar, nem dos perigos a evitar. Que ganharás tu vivendo segundo esta norma? Se não evitas que te façam mal, pelo menos consegues que te não tomem por tolo. Acima de tudo, porém, refugia-te na filosofia: ela te protegerá no seu seio, neste templo sagrado viverás seguro ou, pelo menos, mais seguro. Não dão encontrões uns nos outros senão os que caminham pela mesma estrada. Não deverás, todavia, fazer alarde da tua filosofia; muitos dos seus adeptos viram-se em situações perigosas por a praticarem com excessiva altivez e obstinação. Usa-a tu para te livrares dos teus vícios, não para exprobares os dos outros. Que ela te não leve a viver ao invés de todos os demais, nem a parecer condenar tudo aquilo que não praticas. É possível ser sábio sem jactância e sem provocar hostilidades.

Sêneca, in 'Cartas a Lucílio'

RESUMO

O presente trabalho foi elaborado com a finalidade de efetuarmos uma abordagem crítica em relação à questão da incidência da Ética e do Direito na esfera da atividade político-disciplinar do Poder Judiciário. De fato, de acordo com o que pretendemos demonstrar, na atuação política de controle disciplinar (respectivamente a magistrados) o Poder Judiciário algumas vezes não atua com o mesmo rigor, na observância de preceitos éticos e legais, que emprega em sua atividade jurisdicional. Bem por isso, selecionamos um caso ocorrido há poucos anos na magistratura paulista, que causou certo rumor *interna corporis*, daí o interesse em abordá-lo, no qual podem ser questionados diversos aspectos éticos-legais verificados. Por fim, entendemos aqui também oportuno destacar que o objetivo do trabalho não é generalizar, mas apenas demonstrar que é mais fácil encontrar esse tipo de problema num processo disciplinar do que num processo judicial.

Palavras-chave: Ética, Direito, Poder Judiciário, ético-legal, disciplinar, política e político-disciplinar

ABSTRACT

This work has been developed in order to provide a critical approach concerning the role of Ethics and Law within the ambit of the Judiciary's political activity. We intend to demonstrate that the Judiciary does not always act in the strict observance of ethical and legal principles when it comes to the political activity of disciplinary control against judges. We therefore selected a case, which took place a few years ago in the Judiciary of the State of São Paulo and was rather controversial *interna corporis*, in which several possible violations of ethical-legal principles might be found. Finally we outline that the purpose of this work is not to generalize, but yet to show that it is easier to find such problems in the course of an administrative process of disciplinary control than in a judicial process.

Key words: Ethic, Law, Judiciary, ethical-legal, political activity, disciplinary control, administrative process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1. ÉTICA E DIREITO.....	15
1.1 INTERDISCIPLINARIDADE COM A FILOSOFIA DO DIREITO.....	15
CAPÍTULO 2. ÉTICA.....	19
2.1 CONCEITO E NOÇÕES GERAIS.....	19
2.2 MORALIDADE E ÉTICA.....	26
CAPÍTULO 3. DIREITO.....	35
3.1 CONCEITO E NOÇÕES GERAIS.....	35
3.2 ÉTICA E DIREITO.....	45
CAPÍTULO 4. A ÉTICA E O DIREITO NA ATUAÇÃO POLÍTICO-DISCIPLINAR DO PODER JUDICIÁRIO.....	54
4.1 A ATIVIDADE POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO.....	54
4.2 BREVE SÍNTESE DA HIPÓTESE PARADIGMÁTICA.....	57
4.3 POSSÍVEIS VIOLAÇÕES ÉTICO-LEGAIS VERIFICADAS.....	72
CONCLUSÃO.....	138
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	149

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi elaborado não com objetivos de propor conceitos doutrinários a respeito da matéria, mesmo porque isso, certamente, representaria muita pretensão de nossa parte. O escopo maior que buscamos aqui alcançar é o de efetuar uma abordagem crítica em relação à questão da incidência da Ética e do Direito na esfera da atividade política do Poder Judiciário, especificamente no campo disciplinar, quando em confronto com a atividade jurisdicional propriamente dita.

Se, em princípio, parece óbvio que, em toda e qualquer atividade do Poder Judiciário, deva necessariamente incidir a observância dos princípios éticos e legais – até porque, sem o emprego da ética e a devida aplicação do direito, dificilmente se lograria obter a solução mais justa para a hipótese concreta (objetivo da consecução da Justiça) –, na prática, a questão não é tão simples assim, pois, ao menos sob nossa ótica, como nos esforçaremos em demonstrar ao longo do presente trabalho, fora de sua precípua atividade (a jurisdicional), na atuação política de controle disciplinar, respectivamente a magistrados, diversamente, o Poder Judiciário nem sempre se conduz dentro da estrita observância de preceitos éticos e legais.

E, para tanto, reputamos possuir à disposição valiosa fonte de subsídios: a nossa própria experiência pessoal de muitos anos dentro da magistratura paulista, com o conhecimento, assim, de casos concretos em que, por exemplo, não se justificaria a existência de determinado processo administrativo-disciplinar, quer seja em termos de instauração, quer seja em termos de conclusão, se respeitados os mesmos limites éticos e legais que de regra se observam na atividade jurisdicional desse Poder da República.

Assim como também, em caminho inverso, muitas vezes se deixam de tomar medidas no campo disciplinar por razões que em instante algum são recomendadas pelo emprego da ética e do direito. De fato, a não observância de tais mandamentos igualmente se verifica nos casos em que se faz exigível a apuração disciplinar, mas ela não vem, por conta dos favorecimentos e interesses pessoais que encontram,

nessa órbita (a sede política, seja administrativa seja disciplinar), ambiente propício para proliferar, inclusive como não raro divulgado na mídia em geral, tanto que esse foi um dos argumentos de maior peso que levaram à criação em nosso país do Conselho Nacional de Justiça poucos anos atrás.

Isso, no entanto, será analisado mais adiante, pois a questão integra a própria essência da presente dissertação elaborada. Desde logo, porém, ressalta-se que nos ocuparemos da atuação positiva do Poder Judiciário no campo político-disciplinar, ou seja, quando há efetiva instauração de procedimento próprio dessa natureza contra magistrado, até porque, como paradigma, será mencionado, no trabalho desenvolvido, caso concreto peculiar e muito comentado (dentro da instituição) que envolveu magistrado da Corte Estadual Paulista em passado recente.

De fato, muitas das afirmações e colocações que serão feitas ao longo do estudo – notadamente quando se afirma existir justamente um diferencial ético-legal entre processos de natureza judicial e de natureza administrativo-disciplinar – dependem essencialmente de comparação com hipóteses concretas, sob pena de, se assim não se fizesse, ficar eventualmente restrito o trabalho a um punhado de conjecturas e posições de caráter puramente pessoal, o que poderia torná-lo absolutamente estéril e, sobretudo, enfadonho.

De outra banda, embora, em princípio, alguns leitores possam se surpreender com a colocação efetuada, no que diz respeito ao exercício de atividade também política pelo Poder Judiciário, sob o argumento de que tal poder desempenharia atividade apenas jurisdicional, uma melhor reflexão sobre a matéria não tem como não nos conduzir a uma negativa para tal obsoleto pensamento.

Com efeito, primeiramente, dúvida não há de que toda a atividade do Poder Judiciário fora do campo jurisdicional assume contornos marcadamente políticos, obviamente não se podendo confundir aqui, desnecessário seria até ressaltar, tal atuação política com a político-partidária. A distinção, todavia, é desde logo salutar, de forma a prevenir os mais incautos e evitar apressados juízos de desvalor acerca do trabalho que ora se desenvolve.

Assim, toda a atividade administrativa do Poder Judiciário, por exemplo, na estruturação de seus tribunais e órgãos de primeira instância, no controle de seu orçamento ou na elaboração de quadros de carreiras para seus servidores, situa-se, integralmente, dentro de um conceito puramente político.

Afinal, o chamado ato político não passa de um ato de governo, praticado discricionariamente por qualquer dos agentes que compõem os Poderes do Estado.

Mas não é só: nesse diapasão, também a atuação disciplinar (administrativo-disciplinar) do Poder Judiciário, exercida sobre os magistrados e os servidores que o integram, possui caráter igualmente político – aqui, repita-se, considerada *lato sensu* a atividade política –, dada, inclusive, a presença de marcante discricionariedade no seu exercício, principalmente no caso dos primeiros.

Neste trabalho, aliás, cumpre desde já consignar, não nos ocuparemos da atividade político-disciplinar exercida pelo Poder Judiciário sobre os servidores em geral (como, por exemplo, Escreventes, Auxiliares e Oficiais de Justiça), mas apenas daquela direcionada aos Magistrados, como já acima assinalado, inclusive com a adoção como paradigma de caso concreto envolvendo juiz de direito estadual.

E a razão da escolha é óbvia. Primeiro porque o específico interesse no assunto decorre de nossa própria condição de integrante da magistratura e, portanto, com maior conhecimento sobre casos que envolvem magistrados. Em segundo lugar, se o trabalho abordasse também a atuação disciplinar relativa aos servidores do Poder Judiciários, a questão se afastaria bem mais dos objetivos por nós perseguidos, pois, nesse caso, a margem de discricionariedade dos órgãos processantes é significativamente menor, por conta principalmente da existência de legislação própria mais abundante (estatuto dos servidores públicos – não aplicável aos magistrados salvo em pouquíssimos aspectos – e algumas leis especiais) a reger a matéria, mormente na esfera procedimental, o que, assim, em princípio, situaria a matéria em campo bem mais próximo da seara exclusiva do Direito Administrativo.

A par disso, tampouco temos a pretensão de fazer um trabalho que abranja em nível nacional a questão tratada, mesmo porque nem dispomos de material para fazê-lo. O que embasa a presente dissertação é, repita-se, o conhecimento obtido como integrante da magistratura paulista já há muitos anos e, portanto, majoritariamente restrito à atuação político-disciplinar do Poder Judiciário de São Paulo, muito embora, por óbvio, ao longo desse tempo todo, tenhamos igualmente tomado conhecimento de casos peculiares – e que, do mesmo modo, se inseririam no contexto deste trabalho – em diversos outros Tribunais de Justiça estaduais do país. Aliás, não raro, a própria mídia se ocupa de trazer a conhecimento geral fatos dessa natureza, ou seja, envolvendo questões disciplinares de magistrados em diversas regiões do país e também na esfera federal.

Por outro lado, cumpre, do mesmo modo, ressaltar que, ao afirmarmos, como certamente o faremos algumas vezes ao longo deste trabalho, que no campo político-disciplinar a ética e o direito não são tão valorizados e observados quanto no processo judicial, não estamos com isso ousando defender, nem mesmo sugerir, que a questão disciplinar devesse ser objeto de apuração em sede que não a administrativa. Isso, dentro de todo nosso ordenamento, de nossa estrutura jurídica, não teria lugar.

O que se pretende realizar neste ensejo é somente um estudo que demonstre a diferente qualidade, vamos assim dizê-lo, dos procedimentos utilizados num julgamento administrativo, se comparados ao que se poderia tolerar num julgamento realizado na órbita jurisdicional.

Por fim, não se pecaria pelo exagero em acrescentar, ainda, apenas por amor à argumentação, que até mesmo no exercício de sua atividade precípua, ou seja, a jurisdicional, o Poder Judiciário também acaba por desempenhar papel político, na medida em que, ao procurar oferecer soluções mais adequadas para diversos tipos de conflitos, seja de natureza pública seja privada, sua atuação se desenvolve em busca de uma paz social mais justa e duradoura, o que, então, não deixa de possuir inegável caráter político.

De fato, não nos esqueçamos de que a política é, também, forma de atuação do homem público quando visa conduzir a Administração a realizar o bem comum. E isso será ainda, oportunamente, abordado de forma mais específica, em tópico próprio a ser desenvolvido mais adiante na dissertação elaborada.

O trabalho proposto, assim, será iniciado com um tópico abrangendo a interdisciplinaridade da Ética e do Direito com a própria Filosofia do Direito, o que cremos até mesmo evidente, a partir do momento, por exemplo, em que a ética poderia ser colocada como parte da própria filosofia, que se ocupa igualmente do estudo do comportamento moral do ser humano (objeto primordial da Ética). E, quanto ao Direito, o vínculo estreito é óbvio e natural, pois a Filosofia do Direito nada mais é do que a própria Filosofia voltada ao estudo da realidade jurídica que regula a sociedade em determinadas condições de tempo e lugar.

Em seguida, passaremos aos tópicos que abordam, respectivamente, a Ética e o Direito, estabelecendo, mesmo que de forma não muito mais aprofundada, conceitos e noções gerais de ambos os institutos, por meio da doutrina de diversos autores, nacionais e estrangeiros, além, ainda, de destacarmos a unidade de caminhos pelos quais se locomovem ambas as ciências, pois, tal como o Direito, também a Ética deve ser assim considerada, na medida em que tem objeto (a moral, que, por sua vez, é um dos aspectos do comportamento humano), leis e métodos próprios.

E no tópico seguinte, então, traremos a parte mais extensa do trabalho, dividida em três subitens, com a apresentação de algumas noções gerais, de caráter extremamente sintético, acerca da atividade política do Poder Judiciário, justamente com o escopo de demonstrar que tal Poder igualmente atua na esfera política, não só quando no exercício de seus atos próprios e específicos de governo, mas também quando no desempenho da atividade administrativo-disciplinar; e com a apresentação do caso paradigmático escolhido e a análise de todos os seus mais importantes aspectos e peculiaridades à luz da Ética e do Direito, mormente quando confrontados com processos de natureza judicial.

Finalmente, teremos a conclusão da dissertação, trazendo, como resultado do estudo crítico do caso paradigmático, uma série de colocações, de fundamentação filosófica, ética e legal, para sustentarmos o nosso posicionamento no sentido de que no campo disciplinar em relação a magistrados, a atividade política do Poder Judiciário (repita-se, único aspecto do qual nos ocuparemos aqui) nem sempre se mostraria conduzida com o mesmo rigor ético-legal encontrado na atividade jurisdicional, muito embora em ambos os casos o Poder Judiciário estivesse obrigado a agir exatamente de acordo com os mesmos princípios jurídicos e morais.

1. ÉTICA E DIREITO

1.1 INTERDISCIPLINARIDADE COM A FILOSOFIA DO DIREITO

A Ética está intimamente ligada à Filosofia. De fato, poder-se-ia até afirmar que a Ética chega mesmo a ser uma parte da Filosofia, na medida em que essa última, ocupando-se, a grosso modo, do estudo principiológico das razões de pensar e agir do ser humano, acaba por abranger o estudo do comportamento moral do homem em sociedade, objeto daquela.

No campo específico da Filosofia do Direito, tomada aqui como a ciência concebida, no dizer de Miguel Reale, para “o estudo crítico sistemático dos pressupostos lógicos, axiológicos e históricos da experiência jurídica”, isso não é diferente.¹

Com efeito, se a Ética é a doutrina do valor do bem e da conduta humana que tem por objetivo realizar esse valor e não envolvendo suas normas apenas um juízo de valor sobre comportamentos humanos, mas, sim, a escolha de uma diretriz considerada obrigatória dentro de uma coletividade, temos, então, o ingresso da Ética na seara do Direito e, portanto, como corolário lógico e natural, o estreito vínculo com a própria Filosofia do Direito.

Na verdade, por mais que o homem descubra e certifique verdades e seja capaz de atingir leis ou princípios, seus conhecimentos da realidade não envolvem a obrigatoriedade da ação. A ciência pode tornar mais gritante o problema do *dever*, mas não resolve. Os conhecimentos científicos tornam, às vezes, mais urgentes a necessidade de uma solução sobre o problema da obrigação moral, mas não implicam qualquer solução, positiva ou negativa.

¹ **Filosofia do Direito.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 285.

O problema do valor do homem como ser que age, ou melhor, como único ser que se conduz, põe-se de maneira tal que a ciência se mostra incapaz de resolvê-lo. Esse problema que a ciência exige, mas não resolve, chama-se, então, mais uma vez nas palavras de Miguel Reale problema ético e marca momento culminante em toda verdadeira filosofia, que não pode deixar de exercer uma função teleológica, no sentido de aperfeiçoamento moral da humanidade e na determinação essencial do valor do bem, quer para o indivíduo, quer para a sociedade.²

Por sua vez, a interdisciplinaridade da Filosofia do Direito com o Direito decorre, também, do fato de que a primeira não é disciplina jurídica, mas é a própria Filosofia, enquanto voltada para uma ordem de realidade, que é a realidade jurídica. Aliás, nem mesmo seria correto dizer que a Filosofia do Direito é um ramo especial da Filosofia, porque, novamente aqui, colacionando-se o magistério do autor acima citado, é a Filosofia (pura) mesmo, na sua totalidade, ao preocupar-se com algo que possui valor universal, a experiência histórica e social do Direito.³

O Direito que hoje estudamos não é, por certo, o Direito que existia no mundo romano, ou o seguido pelos babilônios, no tempo do rei Hamurabi. Por outro lado, o que, atualmente, está em vigor no Brasil não é o mesmo do tempo do Império, tampouco existe identidade entre a vida jurídica brasileira e aquela que podemos examinar em outros países, como a Itália, a Espanha ou a China. O Direito é um fenômeno social sempre sujeito a variações e intercorrências, fluxos e refluxos, no espaço e no tempo.⁴

Assim sendo, novamente colacionando-se a doutrina de Miguel Reale,

[...] não haverá, entretanto, algo de permanente que nos permita saber em que o Direito consiste? Se ele muda, não será possível determinar as razões da mudança? Por outras palavras, se o Direito é um fato social que se desenvolve através do tempo, não haverá leis governando tal processo? Como explicar o aparecimento do Direito e o sentido de suas transformações?⁵

² Ibidem, p. 35.

³ Ibidem, p. 09.

⁴ **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

⁵ Ibidem, p. 14 e 15.

Ora, como é facilmente perceptível, esses problemas todos são de ordem puramente filosófica, constituindo, destarte, um conjunto de indagações indispensáveis para se penetrar nas razões que dão fundamento à experiência jurídica. Temos aí, então, a mais autêntica Filosofia do Direito

Para o autor Alf Ross⁶, ao tratar do tema relativo ao conceito ou à natureza do Direito, é justamente nessa área, pelo estudo de suas questões – como, por exemplo, as fontes do Direito, a matéria do Direito, o dever legal, a norma jurídica e a sanção legal – que encontramos a escola de Filosofia do Direito analítica (fundada por John Austin, discípulo de Jeremy Bentham), pois é a definição de tais conceitos o escopo majoritário da aludida escola, de onde, então, é fácil observar-se a ligação, umbilical mesmo, entre a Filosofia do Direito e o Direito.

A par disso, se considerarmos o trabalho em Teoria do Direito, por mais abstrato que seja, sempre voltado à solução de dificuldades surgidas ao se operar com um ordenamento jurídico – permanecendo, portanto, parte integrante do sistema cognitivo de orientação do comportamento voltado para atender às disposições normativas contidas na ordem jurídica –, à filosofia do Direito, então, conforme leciona Willis Santiago Guerra Filho,

[...] corresponderia uma perspectiva externa, de observação do ordenamento jurídico, para refletir sobre as normas, práticas e corpo de conhecimentos que nela se encontra. Trata-se, portanto, de uma instância crítica por excelência, que não permite deixar o Direito entregue ao próprio destino, produzindo e reproduzindo a si mesmo, isolado dos anseios individuais e coletivos daqueles a quem deve a proteção da vida e dignidade de ser autoconsciente.⁷

Na verdade, a missão da Filosofia do Direito é também de crítica da experiência jurídica, no sentido de determinar as suas condições transcendentais, ou seja, aquelas condições que servem de fundamento à experiência, tornando-a possível, daí a evidência do liame estreito que guarda com a Ética, responsável pelas condutas adequadas ao que é obrigatório dentro de determinada coletividade,

⁶ **Direito e Justiça**. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2007, p. 24.

⁷ **Teoria Processual da Constituição**. 3ª ed. São Paulo: RCS, 2007, p. 43.

e com o Direito, cuja imperatividade estabelece, justamente, o que deva ser obrigatório, além também da sanção para o caso de descumprimento.

Em suma, dentro da Filosofia do Direito, podemos dizer, segundo a lição de Vicente Ráo, que,

Por um modo geral, estuda-se o direito ora como filosofia, ora como ciência, ora como norma, ora como técnica.

A Filosofia do Direito, ao mesmo tempo em que procura enquadrar o direito na ordem universal, investiga e apresenta os princípios (normas universais e abstratas) aplicáveis a todas as ciências jurídicas que, por este modo, unifica: é, ela própria, a ciência que completa a unidade do conhecimento jurídico.⁸

Contudo, um estudo mais detalhado sobre a Ética e o Direito e que, portanto, deixará mais evidente ainda a interdisciplinaridade que ora se afirma será desenvolvido nos tópicos seguintes deste trabalho.

⁸ **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 72.

2. ÉTICA

2.1 CONCEITO E NOÇÕES GERAIS

A ética – palavra que, etimologicamente, tem origem no grego *ethos* (costume) e significa a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade⁹ – atua, primariamente, como ação voluntária e moral do indivíduo enquanto tal (conceito aristotélico).¹⁰ Na Deontologia Forense, por sua vez, a ética é tratada como o conjunto de normas comportamentais do profissional do Direito, encontrando seu fundamento no agir, segundo a ciência e a consciência.¹¹

E tais normas, conseqüentemente, se aplicam também aos magistrados (o que se destaca aqui com particular interesse em face do teor do presente trabalho), inclusive porque, na verdade, segundo lição de Georgenor de Souza Franco Filho, “São esses princípios éticos comuns a todos os operadores do Direito”.¹² Aliás, no caso dos juízes, mesmo quando chamados a julgar na esfera disciplinar – e, portanto, na condição de autoridades meramente administrativas – se exige a estrita aplicação e observância desses princípios éticos, porque, antes de tudo, são eles operadores do Direito por excelência.

Outrossim, se a dignidade da pessoa humana é, hodiernamente, o fundamento de toda vida ética, desse fundamento ou raiz mais profunda decorrem, logicamente, normas universais de comportamento, as quais representam a expressão dessa dignidade em todos os tempos e lugares e têm por objeto preservá-la. Elas atuam como o espírito que dá vida ao corpo social e dá legitimidade a todas as estruturas de poder.

⁹ NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 442.

¹¹ NALINI, José Renato. **Filosofia e Ética Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 181.

¹² FILHO, Georgenor de Souza Franco. **Ética, Direito & Justiça**. São Paulo: LTr, 2004, p. 155.

São normas teleológicas que apontam para um objetivo final do comportamento humano, ao qual devem se adequar os meios ou os instrumentos utilizados. São normas de conteúdo axiológico, cujo sentido é sempre dado pelos grandes valores éticos. Por tudo isso, como diz Fábio Konder Comparato, “compreende-se que o alcance dos princípios éticos é ilimitado: eles tendem a alcançar na história uma vigência universal”.¹³

A ética não é, ainda, segundo a doutrina de Gabriel Chalita “um emaranhado de teorias que obrigam a fazer ou a deixar de fazer, nem é um ordenamento rígido de padrões arbitrários”.¹⁴ Ela, na verdade, “pode ser traduzida como a busca racional e emocional pela felicidade”.¹⁵

Em realidade, o bem é a finalidade da ética. Observa-se aí, inclusive, a marcante presença dos pensamentos de Aristóteles sobre a ética, pois já na obra *Ética a Nicômaco* (escrita no período do Liceu – 335-323 a.C.) sustentava que só a virtude nos faria felizes.¹⁶ E acrescenta ainda Fabio Konder Comparato que o gênio e filósofo grego compreendia no conceito de virtude não só faculdades ou disposições morais, como também intelectuais”.¹⁷

Muito importantes para nós, inclusive, os pensamentos aristotélicos sobre ética, porquanto, em razão da inteligência e sensibilidade agudas de homens como Aurélio Agostinho (sec. XII) e, principalmente, Tomás de Aquino (sec. XIII), que acabaram tornando-se santos da Igreja Católica – mas, antes de tudo, filósofos e teólogos de formação – Aristóteles acabou sendo resgatado como fonte e autoridade do conhecimento, dele se extraíndo fundamentos para alicerçar os dogmas da

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 520.

¹⁴ **Os Dez Mandamentos da Ética**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003, p. 14.

¹⁵ Ibidem, p. 15.

¹⁶ **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Edipro, 2007, p. 47 - 49.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 290.

cristandade¹⁸, que, como facilmente se pode perceber, influenciam e moldam a sociedade moderna ocidental, principalmente no seu campo ético e moral.

Por sua vez, para Immanuel Kant (sec. XVIII), na esteira de longa tradição cristã, a virtude é um conceito moral e não intelectual. Mas conduzido pelo seu método estritamente racional, ele próprio acaba chegando a uma conclusão divergente, ao reduzir a virtude moral a uma faculdade integrante da razão humana. Aliás, segundo Fábio Konder Comparato, o filósofo alemão, na obra *Crítica da Razão Prática*, vai ainda mais além “e rejeita a idéia de que a felicidade pessoal possa ser o objeto da moral. Só o dever constitui um princípio determinante da vontade”.¹⁹

Todavia, cumpre notar, esse caráter absoluto da ética kantiana, com a recusa de qualquer consideração sobre as consequências práticas do rigoroso cumprimento dos deveres, acabou por vir a ser rejeitado no pensamento contemporâneo.

De qualquer forma, Immanuel Kant parte da premissa de que, em termos de ética – ou moral –, nada há melhor no mundo do que uma vontade boa, isto é, uma vontade movida pela virtude. Com efeito, para o filósofo alemão, a vontade moralmente boa não existe como simples meio de satisfação de nossas necessidades naturais, pois, para isso, basta o instinto, como ocorre com os animais. Ela é uma finalidade em si mesma, ou seja, é o bem supremo, condição da qual dependem todos os outros bens, inclusive a aspiração à felicidade.

Enfim, vários questionamentos sobre a conceituação da ética e seus fundamentos podem ser encontrados no campo filosófico, e que variam não só conforme o autor, mas também conforme a época, uma vez que a ética está visceralmente ligada ao comportamento de determinado grupo social, em certo momento no tempo. Contudo, é de sua essência que, na verdade, as qualidades próprias dos princípios éticos nada mais são que uma decorrência lógica do fato de

¹⁸ NALINI, José Renato. **Filosofia e Ética Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 116.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 290.

se fundarem na dignidade da pessoa humana, reconhecida como paradigma supremo de toda a vida social.²⁰

Sob qualquer prisma que se estude a ética, no entanto, não se pode deixar de entendê-la como ciência, na medida em que tem objeto, leis e métodos próprios. O objeto da ética é a moral, que, por sua vez, é um dos aspectos do comportamento humano. E para sermos aqui ainda um pouco mais precisos, o objeto da ética é a moral positiva, ou seja, o conjunto de regras de comportamento e formas de vida através dos quais tende o homem a realizar o valor do bem.²¹

Sob essa vertente, então, moral e ética significam algo muito semelhante. Aliás, a própria sinonímia aparente das expressões valor moral e valor ético nos revelam isso. Todavia, a conceituação de ética autoriza distingui-la da moral, pois se a ética é a ciência dos costumes, a moral, por sua vez, é somente objeto da ciência.

Como ciência, a ética procura extrair dos fatos morais os princípios gerais a ele aplicáveis. Enquanto conhecimento científico, a ética deve situar-se na racionalidade e objetividade e, ao mesmo tempo, deve proporcionar conhecimentos sistemáticos, metódicos e, sempre que possível, comprováveis.

A par disso, poder-se-ia também indagar porque não usarmos o termo moral ao invés do termo ética, mas, apesar das acepções muito próximas uma da outra, a distinção é visível. A ética se reveste de conteúdo mais técnico que a moral. Espera-se que a ética seja mais direcionada a uma reflexão sobre os fundamentos do que a moral, uma reflexão de sentido mais pragmático. O que designaria a ética seria não apenas uma moral, conjunto de regras próprias de uma cultura, mas uma doutrina situada além da moral.

A ética é uma disciplina normativa, na medida em que descobre e elucida normas de comportamento. Seu conteúdo mostra às pessoas os valores e princípios

²⁰ Ibidem, p. 520.

²¹ NALINI, José Renato. **Filosofia e Ética Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 114.

que devem nortear sua existência. A ética aprimora e desenvolve o sentido moral do comportamento e influencia a conduta humana.

Aliás, identificar as tarefas da ética pode muito nos ajudar na formulação de seu conceito. Assim, poderíamos citar, na esteira do pensamento de Adela Cortina, que

[...] entre as tarefas da ética como filosofia moral são essenciais as que seguem: 1) elucidar em que consiste o moral, que não se confunde com os restantes saberes práticos (como o jurídico, o político ou o religioso), ainda que esteja estreitamente conectado com eles; 2) tentar fundamentar o moral, ou seja, inquirir as razões para que haja moral ou denunciar que não as há. Distintos modelos filosóficos, valendo-se de métodos específicos, oferecem respostas diversas, que vão desde afirmar a impossibilidade ou inclusive a indesejabilidade de fundamentar racionalmente o moral, até oferecer um fundamento; 3) tentar uma aplicação dos princípios éticos descobertos aos distintos âmbitos da vida cotidiana.²²

Para o autor utilitarista Henry Sidgwick, o conteúdo da ética, compreendido de maneira mais abrangente, inclui

[...] (1) uma investigação dos constituintes e condições do bem ou bem-estar dos homens considerados individualmente, que toma de maneira especial a forma de um exame da natureza geral e espécies particulares da (a) virtude ou (b) prazer e os princípios meios para a concretização destes fins; (2) uma investigação dos princípios e detalhes mais importantes do dever ou lei moral (até onde este é diferente da virtude); (3) certa investigação sobre a natureza e origem da faculdade pela qual o dever é reconhecido e, mais geralmente, quanto à parte tomada pelo intelecto na ação humana, e suas relações com os diversos tipos de desejo e aversão; (4) certo exame da questão do livre-arbítrio humano.²³

Outrossim, segundo o autor britânico referido, é muito importante o estudo da questão do livre-arbítrio, na medida em que ele

[...] está relacionado com a teologia, até onde um bem universal é reconhecido, inclusive quanto a um bem análogo a ele e, além disso, até onde a moralidade é considerada como um código de designação divina. Está relacionado com a política, em que o bem-estar de qualquer indivíduo é limitado pelo bem-estar de sua sociedade, e

²² **Ética aplicada y democracia radical** . Espanha: Tecnos, 2008, p. 164.

²³ **História da Ética**. 1ª ed. São Paulo: Ícone Editora, 2010, p. 33.

também com a jurisprudência – se esta estiver separada da política – até onde a moralidade se identifica com a lei natural.²⁴

Conclui Henry Sidgwick, ainda no tocante aos vínculos do livre-arbítrio com as outras ciências, que “quase todos os ramos da discussão ética pertencem pelo menos em parte à psicologia, e as investigações quanto à origem da faculdade moral e da liberdade da vontade são inteiramente psicológicas”²⁵, exceto se a psicologia for diferente da metafísica e se for tomada como uma ciência puramente empírica; daí porque a discussão dessa específica questão do livre-arbítrio poderia, talvez, ser relegada ao tema da psicologia.

Enfim, se a ética é, então, tal como podemos sintetizar diante dos conceitos apresentados, a doutrina do valor do bem e da conduta humana que tem por objetivo realizar esse valor, a ciência, para Miguel Reale, “não é senão uma das formas de atualização ou da experiência de valores ou, por outras palavras, um dos aspectos da Axiologia ou Teoria dos Valores”.²⁶

Assim, o complexo de normas éticas se alicerça em valores, normalmente designados valores do bom. Toda norma pressupõe uma valoração e, ao apreciá-la, surge o conceito do bom, correspondente ao valioso, e do mau, no sentido de não valioso. E norma é regra de conduta que postula dever, ou seja, todo juízo normativo é regra de conduta, mas nem toda regra de conduta é uma norma, pois algumas dessas regras têm caráter obrigatório, enquanto outras são facultativas.

Conforme lembra o autor mexicano Eduardo Garcia Máynez, “a noção de norma pode precisar-se com clareza se comparada com a de lei natural”.²⁷ As leis naturais são juízos enunciativos que assinalam relações constantes entre os fenômenos. As normas, por sua vez, não pretendem explicar nada, mas provocar um comportamento. Ao formulador de normas de comportamento, não importa o proceder real da pessoa, senão a explicitação dos princípios a que sua atividade deve estar sujeita.

²⁴ Ibidem, p. 35.

²⁵ Ibidem, p. 35.

²⁶ **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 37.

²⁷ **Ética**. 18ª ed. México: Porrúa, 1970, p. 21.

Outra diferença pode ser apontada entre a norma e a lei natural. A primeira é insuscetível de comprovação empírica. É algo obrigatório, independentemente de concretizar-se ou não quanto ao seu conteúdo determinativo (dever ser). A segunda, no entanto, é suscetível de comprovação por fatos, que, então, lhe emprestam validade e eficácia.

A possibilidade de inobservância, infringência ou indiferença humana pelas normas não serve de argumento para colocar em dúvida a imprescindibilidade delas no ordenamento do convívio humano. O homem é um ser perfectível. Pressupõe-se, também, que ele seja recuperável. Esse pressuposto adquire relevância extrema numa era em que as pessoas, reiteradamente, tendem a comportar-se em desacordo com as normas de convívio.

Nada obstante a multiplicação diária de maus exemplos que temos a oportunidade de ver por meio dos mais variados veículos de mídia, a crença de que o ser humano pode tornar-se melhor a cada dia deve persistir. Essa é a sua vocação espontânea, pois a criatura, como regra, tende naturalmente para o bem.

Assim, o papel confiado aos cultores da ciência normativa é reforçar essa tendência, fazendo reduzir o nível de não observância, infringência ou indiferença perante a ordem do dever ser. Ainda que o índice de espontâneo cumprimento dos ditames éticos não seja o ideal, há sempre possibilidade de sua otimização, mediante o compromisso íntimo de observá-los na vida individual. E o grupo social tem ainda de atuar no sentido de estimular a boa prática, auxiliando aquele que se perdeu no trajeto a retornar à senda original, do bem e da virtude.

A potencialidade de conversão de um ser humano para comportar-se eticamente em seu universo é uma hipótese significativa de trabalho. Ainda que, aparentemente, a experiência possa demonstrar o contrário, a humanidade só avança no processo de resgate do semelhante se a maioria se convencer de que o homem pode ser recuperado.

Em suma, como nos diz José Renato Nalini,

A luta da parcela sensível da humanidade é ampliar esse espaço de trabalho comunitário, e por diminuta que possa parecer tal dimensão, tantos e tão desalentadores os maus exemplos, o bom combate continua válido. Sob esse prisma se justificam o estudo, a pregação e a vivência ética.²⁸

2.2 MORALIDADE E ÉTICA

Moral é expressão por todos conhecida, embora nem sempre observada. Para a já referida autora espanhola Adela Cortina, “o moral, mais que a moral, posto tratar-se de um fenômeno e não de uma doutrina, acompanha a vida dos homens e é captado pela reflexão filosófica em várias dimensões”.²⁹ Concebida como parte da Filosofia Prática, a moral estabelece os princípios gerais da ordem que deve reinar nos atos resultantes da livre vontade humana, estudando-os em relação aos fins que visam alcançar, ou seja, em relação aos fins naturais do homem.

E assim, no dizer de Vicente Ráo “disciplina os deveres do homem perante Deus (Moral Religiosa), perante si próprio (Moral Individual) e perante a sociedade (Moral Social)”.³⁰ Ainda segundo o referido autor,

A Moral, portanto, também estabelece normas de conduta, normas éticas, destinadas a regular os atos humanos tendentes à consecução dos fins que ao homem são próprios; e o desrespeito destas normas acarreta a cominação de sanções.³¹

Na filosofia do ser, a dimensão humana pode ser definida como dimensão moral; na filosofia da consciência, fala-se em consciência moral, tangida, frequentemente, por um tipo de linguagem própria, que pode ser identificada como linguagem moral. Integram essa linguagem expressões de uso corrente no cotidiano,

²⁸ **Filosofia e Ética Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 24.

²⁹ **Ética aplicada y democracia radical**. Espanha: Tecnos, 2008, p. 124.

³⁰ **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

³¹ *Ibidem*, p. 74 e 75.

como, por exemplo, *justo*, *mentira*, *lealdade*. É intuitiva a qualquer pessoa considerada normal, no sentido de higidez mental, sem qualquer patologia, a compreensão do que se pretende dizer quando se pronuncia a palavra moral.

Todos têm uma determinada moral e a qualquer pessoa é importante manter preservado o seu moral. Para simplificar, moral é a formação do caráter individual. É aquilo, como diz José Renato Nalini, que leva as pessoas a enfrentar a vida com um estado de ânimo capaz de enfrentar os revezes da existência.³²

É principalmente em relação à perspectiva jurídica de moralidade que a investigação quanto à origem da faculdade moral tem ocupado um lugar de destaque no moderno tratamento da ética. Enquanto o princípio que governa ou deveria governar o homem é considerado apenas como a faculdade de conhecer nosso verdadeiro bem, juntamente com suas causas ou condições principais, não parece importante investigar como essa faculdade se originou.

Mas quando a faculdade moral chegou a ser concebida como consciência, isto é, como a faculdade de conhecer as regras absolutamente obrigatórias, faculdade que deveria ser obedecida sem se fazer referência ao interesse aparente do agente – um tipo de legislador interno que reivindica supremacia inquestionável e incondicional sobre todas as outras fontes de ação – era de se esperar que a legitimação de sua reivindicação fosse desafiada e seriamente investigada; e não é muito difícil compreender de que modo essa legitimação é vista como dependente da “originalidade” da faculdade, isto é, ser uma parte do plano ou tipo de acordo com o qual a natureza humana foi originalmente construída.

Consequentemente, de acordo com Henry Sidgwick,

[...] as investigações quanto às condições morais das crianças e selvagens e até de animais e teorias mais ou menos conjecturais do desenvolvimento da alma foram comumente consideradas como suplementos ou introduções necessários à discussão da ética moderna.³³

³² **Filosofia e Ética Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

³³ **História da Ética**. 1ª ed. São Paulo: Ícone Editora, 2010, p. 32.

Para G. W. F. Hegel, a segunda esfera do chamado espírito objetivo é a moral (*die Moralität*). É aí que aparece a liberdade subjetiva ou livre-arbítrio.³⁴ Ou ainda, segundo acréscimo de Fábio Konder Comparato, “a liberdade no sentido europeu, como disse Hegel num adendo ao § 503 da Enciclopédia das Ciências Filosóficas”.³⁵ É, em suma, a liberdade dos filósofos da Ilustração (Iluminismo – sec. XVIII), consagrada nas proclamações revolucionárias que, a partir daí, como fato histórico notório, tiveram lugar principalmente na Europa.

Enfim, como se claramente observa de sua doutrina, para o autor alemão a moralidade subjetiva influencia a formação de um juízo ético e justo a partir do momento em que, sendo abstrata, limitada e formal, é na vontade da pessoa humana que encontra seu meio de manifestação primordial.

Bem por isso, pode-se concluir que o ponto de vista moral assumirá a forma de direito da vontade subjetiva. E o que é moral não se define, antes de mais nada, como o oposto do imoral. Mas todo o domínio do moral, e também do imoral, funda-se na subjetividade da vontade.

A verdadeira liberdade, portanto, concreta e universal, segundo a terminologia hegeliana, somente é alcançada na esfera da chamada eticidade, com a do Estado, como se verá logo mais adiante, ao abordar-se a questão da moralidade objetiva.

De qualquer modo, a liberdade hegeliana, como todas as faculdades humanas, não é sempre a mesma, em valor e intensidade, através dos tempos. Ela progride e se fortalece na evolução histórica. De certa maneira, a história universal representa um progresso constante na vida humana, na consciência da liberdade.³⁶

Assim, para G. W. F. Hegel, essa segunda esfera de moralidade (subjetiva)

³⁴ **Princípios da Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 97.

³⁵ **Direito, Moral em Religião no Mundo Moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 312.

³⁶ *Apud* COMPARATO, Fábio Konder. **Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 312.

[...] representa, pois, no seu conjunto, o lado real do conceito da liberdade. Aqui, o progresso consiste em ultrapassar a vontade que só existe para si e que começa por si só em ser idêntica à essência da vontade universal. Suprimindo essa diferença que a mergulha na sua particularidade, a vontade torna-se para si idêntica à vontade que existe em si.³⁷

Tal movimento, na verdade, constitui uma organização desse novo domínio da liberdade, em que a subjetividade, inicialmente abstrata ou distinta do conceito, torna-se adequada e onde a ideia encontra sua verdadeira realização, pois a vontade subjetiva alcança determinações que também são objetivas e, portanto, verdadeiramente concretas.

Daí que, do ponto de vista moral, o progresso pode aqui exprimir-se como uma evolução do direito da vontade subjetiva ou da modalidade de sua existência e, graças a ela, o que reconhece como seu no objeto determina-se progressivamente como seu verdadeiro conceito, como objetivo no sentido em que essa palavra designa universalidade.

A par disso, apenas quando a vontade moral subjetiva se exterioriza é que há ação. A existência que a vontade adquire, no direito formal, reside numa coisa imediata e não tem para si nenhuma ligação nem com o conceito da própria vontade subjetiva nem com a vontade de outrem.³⁸ A ação jurídica que não seja imputável a alguém pelo seu conteúdo, o qual se define por prescrições, contém apenas alguns elementos da ação propriamente moral. A ação moral propriamente dita é um aspecto separado da ação judicial enquanto tal.³⁹

Ao lado da moralidade subjetiva, o autor alemão se ocupa também da moralidade objetiva. Para ele, *eticidade*, *moralidade objetiva* ou *vida ética* traduzem a unidade e a verdade desses dois momentos abstratos que são o direito e a moralidade. A filosofia dialética de G. W. F. Hegel opera, assim, um deslocamento conceitual do ético, no nível mesmo de sua fundamentação, que transparece, agora,

³⁷ **Princípios da Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 97.

³⁸ Ibidem, p. 102.

³⁹ Ibidem, p. 102.

na efetividade (*Wirklichkeit*) racional de sua autodeterminação, visto que a moralidade subjetiva, por si só, não determina nada.⁴⁰

A moralidade objetiva hegeliana, portanto, conforme se extrai de sua lição, corresponde à existência concreta de comunidades humanas que não se alçaram à reflexão filosófica para fixar as regras de seu funcionamento. Aqui as coisas são como são e não como deveriam ser. Tornando-as seu objeto, o filósofo alemão pôde fazer estimativas de validade universal, isto é, dizer como as coisas são e não apenas como deveriam ser.

No primeiro nível de realização do bem, aparece a família, que se atualiza no casamento, conduzindo à formação de um patrimônio e ao nascimento dos filhos. Justamente por intermédio destes têm lugar seu desenvolvimento e superação. Os filhos não permanecem crianças; crescem e acabam por construir nova família. Assim, não há a família, mas diversas famílias, restando aquela como uma simples forma. As famílias são instadas a organizarem-se com vistas à luta pela subsistência, dando origem à sociedade civil.

Em síntese, para o autor alemão ora em destaque, a moralidade objetiva do ser humano incide na formação de um juízo ético e justo, na medida em que a moralidade objetiva tem, como conteúdo, a substância concreta. Em si mesma considerada, portanto, a moralidade objetiva determinar ideias diferentes e tem um conteúdo fixo necessário, que está acima da opinião e da boa vontade subjetiva do ser humano. Sua realização plena (da moralidade objetiva) dá-se com o Estado.⁴¹

Outra interessante e histórica abordagem sobre a questão da moralidade é aquela que nos foi legada por René Descartes, mencionada primeiramente na obra Carta-Prefácio dos Princípios da Filosofia.

Para o pensador francês, em termos de moral,

⁴⁰ Ibidem, p. 141.

⁴¹ Ibidem, p. 149.

É preciso, pois, esforçar-se para estabelecer uma moral para tempos de incerteza, a qual deverá responder a uma dupla exigência: ajudar-nos a viver tão bem quanto possível esperando, ao termo do percurso filosófico, a reunião da teoria e da prática na ‘mais alta e perfeita moral’; permitir ao sujeito empenhado no aperfeiçoamento intelectual continuar nessa via, superando os obstáculos que poderiam detê-lo e dando-lhe os meios de progredir.⁴²

Assim sendo, a moral provisória está seguramente destinada a ser ultrapassada quando, enfim, se atingir a moral mais correta e elevada, situada no ponto mais alto da árvore (conceito utilizado por René Descartes para melhor ilustrar o que seria a filosofia e de que ramos era composta); uma moral certa e, por isso, definitiva, que permitirá verdadeiramente ver de forma clara nossas ações para caminharmos, então, com segurança nesta vida.

Como se vê, a questão da moralidade desde cedo ocupa lugar na história, vários tendo sido os filósofos que dela se ocuparam, procurando conceituá-la, entendê-la e fundamentá-la, deixando, assim, precioso legado, que é utilizado pelos filósofos e juristas da atualidade em seus estudos sobre ética, direito e justiça.

De fato, segundo Chaïm Perelman,

Na prática da moralidade concreta, é bastante raro encontrarmos um desacordo fundamental sobre princípios primordiais, sendo mais corrente um acordo geral sobre princípios acompanhado de um frequente desacordo sobre a aplicação deles em casos particulares. Raros são aqueles que negarão que é imoral infligir sofrimentos sem necessidade, mas se levantarão divergências tão logo se quiser precisar as circunstâncias em que isso é necessário.⁴³

Conforme tal posicionamento, a dificuldade na enumeração dos problemas todos em que tal questionamento se faria presente, pelo infindável conteúdo, nos levaria de pronto à constatação de que não se pode pensar em reger nossa vida moral por meio de um único princípio, a não ser que esse princípio contenha indeterminado teor, exigindo sua determinação uma elaboração que abranja o conjunto todo dos problemas morais.

⁴² **Carta-Prefácio dos Princípios da Filosofia.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XL.

⁴³ **Ética e Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 296.

Impor-se-ia a mesma conclusão se adotássemos o princípio imperativo categórico de Immanuel Kant ou o princípio utilitarista que define o ato moral como o ato mais útil ao maior número. Mesmo que os princípios primordiais de um sistema moral devessem ser numerosos, não parece ser possível enunciá-los com uma precisão tal que eles possam fornecer, por si só, uma resposta inequívoca a todos os problemas morais que se apresentam aos homens na infinita variedade de situações concretas. Um esforço de interpretação e de explicitação se mostrará indispensável em cada situação um pouco nova.

Na verdade, os diferentes princípios de moral não são contestados por homens que pertencem a meios de cultura diferentes, mas são interpretados de modos diversos, não sendo jamais definitivas essas tentativas de interpretação.

A discussão, em questão moral, difere completamente da demonstração formal, pois é um constante correlacionamento de experiências particulares e de conceitos com conteúdo parcialmente indeterminado, em constante interação. O problema do moralista, segundo Chaïm Perelman, não é a justificação dos princípios primordiais, mas sua interpretação num contexto particular. E o papel decisivo, nesse debate, caberá à experiência moral de cada qual, ajudada pela regra de justiça que exige o tratamento igual de situações essencialmente semelhantes.⁴⁴

Apenas o modelo formal pode nos inspirar a ideia de que existe, em moral, princípios primordiais e arbitrários que permitiriam justificar todas as regras derivadas e as atitudes morais. De fato, um princípio de ação jamais é um princípio primordial por si só, mas assim permanece enquanto não se sente nenhuma hesitação em admiti-lo. Se alguém vier a contestá-lo, terá de se empenhar em recorrer a argumentos que o justifiquem.

A filosofia moral não se elabora através de axiomas e deduções, mas mediante um aprimoramento contínuo das regras que nos podem guiar na ação. Os princípios primordiais da vida moral constituem uma espécie de esboço que a reflexão moral enriquece constantemente. A vida moral, como a vida do direito –

⁴⁴ Ibidem, p. 297.

porém, muito mais do que essa última – supõe regras e preceitos que a experiência recomenda devam ser constantemente repensados e readaptados às aspirações dos homens, quando defrontadas com os problemas da existência.

Os preceitos éticos são imperativos. Para serem racionalmente aceitos pelos destinatários, é preciso que esses últimos acreditem que tais preceitos derivem de justificativa consistente. À pessoa ética, deveria corresponder uma conduta compatível com um núcleo comum de valores, consensualmente aceitos e com permanência na história da humanidade, sem lugar para a inconsistência absoluta de interpretações pessoais únicas e isoladas de um contexto maior, no qual deva prevalecer o interesse da coletividade.

No dizer de José Renato Nalini, a legitimar-se toda e qualquer ação, em nome da liberdade de escolha, corresponderá a deslegitimação da normatividade. Não apenas na esfera ética, mas na sua expressão jurídica. Seria a porta de retorno ao caos e à barbárie.⁴⁵

Os maus exemplos morais não abrem espaço favorável, a não ser na divagação e na retórica, para uma euforia moral. O máximo permitido à lucidez seria um discreto e prudente otimismo. Seja como for, cumpre examinar como é que se tem estudado a ética no decorrer da história.

A devastação axiológica resultante do excessivo individualismo, da exacerbação do egoísmo, explica a qualificação da ética em inúmeras concepções, conforme as conveniências do interessado. O ponto de equilíbrio é a adoção de certas *cláusulas pétreas* morais, que permanecem como marcos perenes, na civilização, e com as quais não se pode transigir.

No Brasil, tal concepção foi abraçada, ao ter sido a primeira a explicitar o princípio da moralidade, bem como o do respeito à dignidade humana, dentre os princípios que regem a República (CF, art. 1º).⁴⁶ Esse é um sinal da moralidade

⁴⁵ **Filosofia e Ética Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 120.

⁴⁶ **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 03.

absoluta. Significa a impossibilidade de se desrespeitar qualquer ser humano. Exatamente conforme previra Immanuel Kant, quando proclamou que as pessoas são sempre o fim último e nunca podem ser utilizadas como se fossem instrumentos, meios ou alternativas para se alcançarem outros objetos.

3. DIREITO

3.1 CONCEITO E NOÇÕES GERAIS

Na introdução de sua clássica obra, Vicente Ráo enfatiza que

Não é o Direito, apenas, um conjunto de regras técnicas destinadas a disciplinar certos fatos sociais, na medida em que se manifestam, sem visar um fim superior, um fim mais alto do que a solução imediata e material, de um conflito.

Se, em harmonia com a natureza do homem, criatura dotada de razão e de consciência, o direito disciplina a vida social, após haver estabelecido esta disciplina, não abandona o ser humano à sua própria sorte, antes, lança-o no caminho da perfeição, do desenvolvimento e do progresso, não só de sua vida física, mas também de sua vida psíquica, para constituir, por este modo, sim, uma coletividade melhor formada por seres melhores.⁴⁷

Na continuidade de seu pensamento, o autor, após descrever as vicissitudes pelas quais passa o Direito na era moderna, deixa ainda expresso que “Não ignoro que não é agradável reafirmar certos princípios, ou seja, os princípios que, resultantes de séculos de lutas, formaram e inspiraram a ordem jurídica fundada na liberdade humana”.⁴⁸

E prossegue anotando, ainda, que

E por muito que se não possa conceber qualquer estrutura social e jurídica que não se baseie nos direitos fundamentais ditados pela natureza do homem, não é, tampouco, prudente falar-se, hoje, em direito natural.

Os juristas, porém, não devem visar aplausos demagógicos, de que não precisam. Devem, ao contrário, afirmar, corajosamente, os verdadeiros princípios científicos do Direito, proclamá-los alto e bom som, fazê-los vingar e sobreviver dentro do tumulto legislativo das fases de transformação ditadas pelas contingências sociais, deles extraíndo as regras disciplinadoras das novas necessidades, sem

⁴⁷ **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 47.

sacrifício da liberdade, da dignidade, da personalidade do ser humano.⁴⁹

Na verdade, absorvidos os preciosos fundamentos filosóficos e doutrinários que o autor ora em tela nos proporciona, é fato incontestável que a nossa vida se desenvolve em um mundo de normas.

Acreditamos ser livres, mas, na realidade, estamos envoltos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações. A maior parte dessas regras já se tornou tão habitual que não nos apercebemos mais de sua presença.

Porém, se observarmos com um pouco mais de profundidade, veremos que o desenvolvimento da vida de um homem através da atividade educadora de seus pais, de seus professores e assim por diante, nós nos daremos conta, então, de que ele se desenvolve sempre guiado por regras de conduta. Enfim, toda a nossa vida é repleta de placas indicativas, sendo que umas permitem e outras proíbem determinado comportamento.

E muitas dessas placas indicativas são constituídas de regras de direito. Daí porque, segundo a lição de Norberto Bobbio,

Podemos dizer desde já, mesmo em termos ainda genéricos, que o direito constitui uma parte notável, e talvez também a mais visível, da nossa experiência normativa. E por isso, um dos primeiros resultados do estudo do direito é o de nos tornar conscientes da importância do 'normativo' na nossa existência individual e social.⁵⁰

A própria filosofia do direito se ocupa em nos proporcionar um conceito. Imaginemos, por um momento, como fazem quase todos os juristas, que uma proposição sobre os direitos e deveres legais possa ser verdadeira. Se assim for, uma teoria do direito deve nos dizer em que circunstâncias tal proposição é verdadeira.

⁴⁹ Ibidem, p. 47.

⁵⁰ **Teoria da Norma Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2005, p. 24.

De fato, como ensina Ronald Dworkin,

Muitos filósofos do direito acreditam que suas teorias do direito são teorias descritivas sobre práticas ou convenções sociais que a maior parte dos juristas segue ao criar, defender e julgar proposições de direito. Sem dúvida, os juristas frequentemente divergem em relação a quais proposições de direito são verdadeiras e quais são falsas.⁵¹

E prossegue o referido autor norte americano asseverando que

Desse ponto de vista, a filosofia do direito é mais bem compreendida como um exercício descritivo; trata-se de um exercício de sociologia jurídica. Na verdade, porém, é extremamente difícil explicar qualquer teoria geral do direito se a considerarmos descritiva nesse sentido.⁵²

Em realidade, o direito é um dos fenômenos mais notáveis da vida humana. Compreendê-lo é compreender parte de nós mesmos. É saber em parte por que obedecemos a ele, por que mandamos, por que nos indignamos, por que aspiramos a mudar em nome de ideais, por que – em nome de ideais – conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e nos tira a liberdade.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr.,

[...] o que chamamos vulgarmente de direito atua, pois, como um reconhecimento de ideias que muitas vezes representam o oposto da conduta social real. O direito aprece, porém, para o vulgo, como um complicado mundo de contradições e coerências, pois em seu nome tanto se veem respaldadas as crenças em uma sociedade ordenada, quanto se agitam a revolução e a desordem. O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do status quo, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião.⁵³

Por sua vez, na lição de Vicente Ráo,

⁵¹ **A Justiça de Toga.** São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 345.

⁵² *Ibidem*, p. 346.

⁵³ **Introdução ao Estudo do Direito.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 09.

[...] o direito é um sistema de disciplina social fundado na natureza humana que, estabelecendo nas relações entre os homens uma proporção de reciprocidade nos poderes e deveres que lhes atribui, regula as condições existenciais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público.⁵⁴

O direito, na verdade, ampara o ser humano desde o momento em que é concebido. E, assim, o considera como parte de uma comunhão, que é a sociedade, fora da qual, civilmente, o homem não poderia viver. Por isso é que sociedade e direito forçosamente se pressupõem, não podendo existir aquela sem este, nem este sem aquela. A finalidade suprema do direito não é outra senão a de obter, por meio da coexistência social harmonicamente organizada, o aperfeiçoamento do indivíduo.

Como se vê, a concepção do Direito, como experiência histórico-cultural, abre perspectivas renovadoras para a Ciência Jurídica, inclusive porque nos dá consciência de que o Direito, como leciona Miguel Reale,

[...] não é um presente, uma dádiva, algo de gracioso que o homem tenha recebido em determinado momento da história, mas, ao contrário, o fruto maduro de sua experiência multimilenar. É como experiência histórica que se explica e se modela a experiência jurídica, revelando-se como fenômeno universal essencialmente ligado à atividade perene do espírito.⁵⁵

Poder-se-ia, enfim, sob um prisma eminentemente técnico, admitir então, ao menos provisoriamente, que o Direito é uma disciplina social constituída pelo conjunto das regras de conduta que, numa sociedade com maior ou menor organização, regem as relações sociais e cujo respeito é garantido, quando necessário, pela coerção pública.

Nesse diapasão, e recorrendo-se aqui à doutrina de Jean-Louis Bergel,

O direito, em si, é então, provavelmente, ao mesmo tempo o produto dos fatos e da vontade do homem, um fenômeno material e um conjunto de valores sociais e morais, um ideal e uma realidade, um

⁵⁴ **O Direito e a Vida dos Direitos.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

⁵⁵ **Introdução à Filosofia.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 185.

fenômeno histórico e uma ordem normativa, um conjunto de atos de vontade e de atos de autoridade, de liberdade e coerção.⁵⁶

Por outro lado, embora não seja aqui o estudo do Direito, como ciência, o propósito maior deste trabalho – daí porque muitos de seus aspectos não serão desenvolvidos –, mas sim sua aplicação prática, nos moldes de nosso ordenamento jurídico, em determinada esfera (na atividade político-disciplinar do Poder Judiciário estadual), não se poderia deixar de destacar, mesmo que em sede de meras considerações gerais, a questão do direito positivo frente ao direito natural, mormente diante da inclinação marcante pelo primeiro que sempre caracterizou o direito Pátrio.

Segundo Niklas Luhmann, “O conceito da positividade do direito é usual na filosofia do direito e na ciência jurídica”.⁵⁷ E, de fato, não são poucos os autores que abraçam tal posicionamento, o que se pode confirmar pelas diversas definições de caráter marcadamente positivista apresentadas pelos estudiosos da matéria.

Ainda para o citado autor germânico, característica predominante do direito positivo é a de que “segundo o entendimento convencional, a imposição do direito estatuído é sustentada por dois fatores que se completam reciprocamente: pelo consenso e pela força de coerção”.⁵⁸

O positivismo, no dizer de Chaïm Perelman, descarta o direito natural como uma incursão indevida da ideia de justiça no funcionamento do direito, com o intuito de limitar o poder do legislador. Para o positivismo jurídico, a justiça em conformidade com o direito é a justiça tal como foi definida pelo legislador.⁵⁹

Ainda quanto ao positivismo, para o autor alemão contemporâneo Robert Alexy, as diversas maneiras de interpretação do direito resultam numa

⁵⁶ **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 06.

⁵⁷ **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 07.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 71.

⁵⁹ **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 386.

[...] pluralidade quase inabarcável de conceitos positivistas de direito, que podem ser divididos em dois grupos principais: o dos conceitos de direito primariamente orientados para a eficácia e o dos conceitos de direito primariamente orientados para a normatização.⁶⁰

Segundo tal proposição, no primeiro grupo (conceitos orientados para a eficácia), as definições de direito são encontradas, sobretudo, no campo das teorias sociológicas e realistas do direito. Elas se distinguem conforme referidas ao aspecto externo ou interno de uma norma ou de um sistema normativo. E, no segundo grupo (conceitos orientados para a normatização), as definições de direito são encontradas, mormente, no âmbito da teoria analítica do direito, ou seja, no campo das correntes da teoria do direito que se dedicam, em primeiro lugar, à análise lógica ou conceitual da prática jurídica.⁶¹

Por aqui, o positivismo sempre predominou entre os autores de destaque. Miguel Reale assinala que a ciência jurídica, ou ciência do direito, é sempre ciência de um direito positivo, isto é, positivado no espaço e no tempo, como experiência efetiva, passada ou atual.⁶²

Contudo, na verdade, atualmente, mostra-se enfraquecida a dicotomia positivismo e jusnaturalismo, por conta, inclusive, do declínio dos cânones positivistas com o passar do tempo e a evolução da ciência jurídica. Como nos ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr.,

Uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais. Essa promulgação, o estabelecimento do direito natural na forma de normas postas na Constituição, de certa forma acabou por positivá-lo.⁶³

Com efeito, com a proliferação dos direitos fundamentais, acabou ocorrendo uma própria banalização deles. E isso, como corolário lógico, acarretou também o mesmo efeito para o próprio direito natural. Enfim, quando todo o direito passou a

⁶⁰ **Conceito e Validade do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 17.

⁶¹ *Ibidem*, p. 17 e 20.

⁶² **Lições Preliminares de Direito.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

⁶³ **Introdução ao Estudo do Direito.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 140.

ser logicamente redutível a direitos naturais, a noção perdeu força comunicacional e sua relevância foi ficando amortecida, a ponto até de se poder, talvez, dizê-la um tanto quanto desacreditada.

Assim, a distinção entre direito natural e direito positivo foi, primeiro, esmaecida pela distinção entre direitos fundamentais constitucionais e demais direitos e, depois, com a trivialização dos constitucionais, a positivação, para o supra aludido autor, “acabou por tomar conta do raciocínio dogmático sobre o direito natural, confundido com um conjunto de normas naturais-rationais”.⁶⁴

Não é diverso o entendimento do autor Willis Santiago Guerra Filho, segundo o qual

A superação da teoria da ciência jurídica de Kelsen [ícone do positivismo], não ocorre em outras teorias com a mesma base normativo-legalista, que podem ser vistas como ressonância daquela. Assim é na teoria egológica de Cossio [proposta jurisfilosófica de compreensão do Direito, elaborada pelo catedrático argentino Carlos Cossio, em desenvolvimento das ideias já cedidas de Hans Kelsen] e na teoria tridimensional de Reale. Dizer, como o primeiro, que o objeto da ciência jurídica não é a norma, mas a conduta humana através de normas, não desloca estas como referencial cognitivo principal dessa ciência. Lembremos, ainda, que é de Kelsen a definição do Direito como ordenação da conduta humana.⁶⁵

Assim, ainda na esteira da lição do autor, ora em destaque, o modelo de ciência jurídica proposto por Hans Kelsen encontra-se atualmente superado não só pelo envolver natural dos paradigmas científicos, hoje distanciados do positivismo de outrora, mas também por motivos históricos sociais, já que a ‘teoria pura’, em suas linhas gerais, foi desenvolvida tendo como parâmetro o Direito nas sociedades europeias pré-segunda guerra mundial, antes, portanto, de encerrado o ciclo histórico da modernidade e principiado o que já se vem convencendo chamar ‘pós-modernidade’.⁶⁶

⁶⁴ Ibidem, p. 141.

⁶⁵ **Teoria da Ciência Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42.

⁶⁶ Ibidem, p. 43.

Nesse descompasso histórico, podem-se, talvez, identificar elementos para a explicação da permanência do prestígio da doutrina kelseniana em países como o nosso, em grande parte, ainda, em vias de completar sua 'modernização'.

Por outro lado, mesmo que, repita-se aqui, mais uma vez, não seja o estudo da ciência do Direito o foco principal do trabalho ora elaborado, não se poderia igualmente deixar de fazer breve menção às fontes do Direito, para que assim se possa ter uma ideia geral, mesmo que sumamente superficial, da ciência em abordagem neste específico tópico.

Com efeito, entendemos, desde os bancos acadêmicos, como fontes do Direito, os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa. O direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, por meio de certas formas, ou estruturas normativas, que são o processo legislativo, os usos e costumes (direito consuetudinário), a atividade jurisdicional e o ato negocial.

Ora, a questão da consistência e da completude do ordenamento jurídico, visto como sistema, volta-se, justamente, para a questão das fontes dessas normas, mais especificamente no que diz respeito à sua unidade ou pluralidade. Se, num sistema, podem surgir conflitos normativos, temos que admitir, então, que as normas entram nesse sistema a partir de diferentes origens, que, com relativa independência, estabelecem suas prescrições. Se ocorrem lacunas, é porque o sistema, a partir de uma origem única, não cobre o universo dos comportamentos possíveis, exigindo-se assim outra fonte normativa. Enfim, são essas suposições todas que estão por trás das chamadas fontes do direito.

Aliás, antes mesmo de se falar em fonte do direito, ou melhor, para que se possa dela falar, como origem de regra obrigatória dotada de vigência e eficácia, é preciso, no dizer de Miguel Reale,

[...] que haja um poder capaz de especificar o conteúdo do devido, para exigir o seu cumprimento, não sendo indispensável que ele mesmo aplique a sanção. É por isso que se diz que o problema das

fontes do direito se confunda com o das formas de produção das regras de direito vigentes e eficazes, podendo ser elas genéricas ou não.⁶⁷

A teoria acerca das fontes do direito, em suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana. Ela se desenvolve, assim, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr.,

[...] desde o momento em que a ciência jurídica percebe seu objeto (o direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado. Com isto se cria, porém, um problema teórico, pois o reconhecimento do direito como uma construção não exclui seu aspecto como dado, posto que, afinal, se o direito é feito, é obra humana, a matéria-prima não se confunde com a própria obra.⁶⁸

Como fontes do direito, designamos tanto as fontes substanciais como as fontes formais do direito.

As regras de direito não são arbitrárias e sem causas e procedem de certo número de dados mais aprofundados. Segundo Jean-Louis Bergel, “são os mais diversos princípios morais religiosos, filosóficos, políticos, sociais, ideológicos etc. que dirigem e inspiram os direitos positivos e se relacionam com a filosofia do direito”.⁶⁹

São, também, ainda conforme a doutrina do supracitado autor francês,

[...] os múltiplos fatos sociais e as exigências do meio temporal, espacial e técnico do direito que lhe impõem a orientação e o conteúdo. Em suma, são mormente as forças criadoras do direito que constituem suas fontes substanciais, pois fornecem às normas a matéria delas.⁷⁰

As fontes do direito, também entendidas como modos de formação das normas jurídicas, ou seja, procedimentos e atos pelos quais essas normas atingem a existência jurídica, inserem-se no direito positivo e adquirem validade. São, então,

⁶⁷ **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

⁶⁸ **Introdução ao Estudo do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 190.

⁶⁹ **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 53.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 53.

as fontes formais do direito, que mais uma vez aqui, segundo a doutrina de Jean-Louis Bergel, por serem em pequeno número, acarretam a necessidade de serem encontradas em todas as ordens jurídicas e se prestarem à sistematização.⁷¹

Para Jean-Louis Bergel, ainda, embora a importância e a autoridade dessas fontes formais possam variar conforme os sistemas políticos, os períodos históricos e os países de origem, podemos situá-las, principalmente, na lei, nos costumes, na jurisprudência e na doutrina. Em geral, sempre de acordo com o jurista francês, as fontes escritas, como a lei, contrapõem-se às fontes não escritas, como os costumes; e as fontes diretas, como a lei e o costume, contrapõem-se às fontes indiretas, como a doutrina e a jurisprudência.⁷²

Importante frisar, também, que o reconhecimento das fontes formais do direito e do caráter obrigatório das regras que delas se originam supõe a vigência de um estado de direito, o que, assim, implica que os poderes públicos respeitem as regras estabelecidas, sem margem para a arbitrariedade. Sob esse aspecto, a teoria das fontes do direito é, conseqüentemente, subordinada ao devido processo legal (*due process of law*), para que o direito possa, desse modo, cumprir sua função de submissão ‘da conduta humana ao governo das regras’.

Finalmente, interessante aqui, dada a sua proficuidade, trazer também a contribuição do autor dinamarquês Alf Ross a respeito do tema ‘fontes do direito’.⁷³

Com efeito, para o referido autor, é somente com muita dificuldade que se poderia formular um conceito de fontes do direito que incluísse elementos tão diversos como a legislação, o costume, o precedente e a razão.

Em todo o caso, ter-se-ia, desde logo, que enfatizar que a designação ‘fonte do direito’ não pretende significar um procedimento para produção de normas jurídicas. Essa característica pertence exclusivamente à legislação.

⁷¹ Ibidem, p. 54.

⁷² Ibidem, p. 54.

⁷³ **Direito e Justiça**. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2007, p. 103.

Se quisermos, contudo, formular um conceito de fontes do direito, teremos, sempre de acordo com o mestre ora colacionado, que o definir de uma forma mais abrangente e generalizada, vale dizer, um tanto quanto mais imprecisa.

Por conseguinte, por fontes do direito deverá entender-se “o conjunto de fatores ou elementos que exercem influência sobre o juiz na formulação da regra por ele utilizada na fundamentação de sua decisão”.⁷⁴ A isso acresce, ainda, o autor que

[...] essa influência pode variar, desde aquelas fontes que conferem ao juiz uma norma jurídica já elaborada e que ele tem simplesmente que aceitar até aquelas outras que lhe oferecem nada mais do que ideias e inspiração para ele mesmo (o juiz) formular a regra que necessita.⁷⁵

Enfim, várias outras considerações não menos importantes acerca do Direito poderiam ser, ainda aqui, elaboradas, mas não é este o escopo primordial do presente trabalho, daí porque, a partir de agora, seguiremos adiante, com a abordagem e desenvolvimento do próximo tópico.

3.2 ÉTICA E DIREITO

A vinculação da Ética com o Direito é deveras estreita. De fato, tradicionalmente, os estudos consagrados nessa área, tendo em conta inclusive a doutrina de Immanuel Kant, costumam destacar o que distingue tais institutos: o direito rege o comportamento exterior, enquanto a ética e a moral enfatizam a intenção; o direito estabelece uma correlação entre os direitos e as obrigações, enquanto a ética e a moral prescrevem deveres que não dão origem a direitos subjetivos; e o direito estabelece obrigações sancionadas pelo poder, enquanto a ética e a moral escapam às sanções organizadas.

De onde, então, conforme nos ensina Miguel Reale,

⁷⁴ Ibidem, p.103.

⁷⁵ Ibidem, p.103.

[...] pode dizer-se que a Ética é a realização da liberdade, e que o Direito, momento essencial do processo ético, representa sua garantia específica, tal como vem sendo modelado através das idades, em seu destino próprio de compor em harmonia, liberdade, normatividade e poder.⁷⁶

Na verdade, a moral diferencia-se da ética, apesar de ter um objetivo igual: o ordenamento do comportamento social. Elas partem de premissas diversas. A moral tem como fundamento o próprio comportamento social; a ética, uma reflexão sobre tal comportamento.

Quanto ao Direito, aprendemos nos principais manuais de cursos jurídicos que a sua principal função é ordenar a vida social. E, para tanto, conforme ensinam os autores que se dedicam ao tema, essa ordenação da vida social deve respeitar os limites da ética e da moral.

Mesmo Hans Kelsen, que nas suas premissas metodológicas tende a apresentar uma doutrina puramente descritiva, eliminando qualquer juízo de valor na exposição do direito, não chega, no que concerne à questão da justiça, a eliminar toda e qualquer consideração ética do direito, mas apenas “propõe delimitar o direito no que diz respeito ao valor”, sustentando que “a valoração ética do direito não é função da ciência jurídica”.⁷⁷

Na verdade, o significado das coisas, e por que não dizer, do próprio mundo, depende do modo como o percebemos e o encaramos. Em outras palavras: é a perspectiva, o olhar, o ponto referencial que molda o objeto que está sendo observado.

Tal questão é fundamental e se constitui em verdadeiro pressuposto do estudo integrado da ética com o direito, na medida em que esse último, como ciência, está contido no universo da ética, revelando-se como instrumento para a realização da justiça.

⁷⁶ **Introdução à Filosofia.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 185.

⁷⁷ **O Problema da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XIV.

Aliás, para Guilherme Assis de Almeida e Martha Ochsenhofer Christmann, “A justiça é, desde priscas eras, a virtude cardeal, o supremo objetivo da ética. Dessa feita, a justiça é que faz a integração entre a Ética e o Direito”.⁷⁸

Outrossim, cumpre esclarecer, Ética e Direito não fazem parte da realidade concreta das coisas, pois estão no plano do *dever ser*. Isso significa dizer, entre outras coisas, que as leis que regem o comportamento dos homens (éticas ou jurídicas) são sempre melhores que o próprio ser humano. Os planos do *ser* e do *dever ser* chegam até a cruzar-se e identificar-se, mas, em realidade, não habitam o mesmo universo.

Como leciona o autor espanhol Ortega y Gasset,

Porque, sem dúvida, esse "deve ser", que desde o século XVIII, inventor do "progressismo", pretende operar magicamente na história, é, por agora, um "deve ser" parcial. Quando hoje se levanta a questão de como deve ser a sociedade, quase todo mundo entende que se está perguntando pela perfeição ética ou jurídica do corpo social. Fica, deste modo, a expressão normativa deve ser reduzida ao seu significado moral, esquecendo-se de que a sociedade e o homem contem (não tem acento circunflexo aqui) muitos outros problemas alheios à moralidade e à justiça.⁷⁹

Dentre todas as formas de comportamento humano, a jurídica é a que guarda maior intimidade com a moral. É com base na profunda vinculação moral/direito que se pode estabelecer o relacionamento ética/direito. Pois ética, repita-se, não é senão a ciência do comportamento moral do homem na sociedade. Comportamento que, caso ultrapasse certos limites morais, sofrerá as sanções do direito.

⁷⁸ **Ética e Direito: Uma Perspectiva Integrada.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

⁷⁹ **España Invertebrada.** Madri, Espanha: Austral, 2007, p. 106. Texto original: *Porque, no hay duda, ese debe ser que desde el siglo XVIII, inventor del 'progresismo', pretende operar magicamente sobre la historia, es, por lo pronto, un debe ser parcial. Cuando hoy se plantea la cuestión de cómo debe ser la sociedad, casi todo el mundo entiende que se pregunta por la perfección ética o jurídica del cuerpo social. Queda así la expresión normativa debe ser reducida a su significación moral, y ello hasta el punto de que casi se ha olvidado que la sociedad y el hombre contienen otros muchos problemas extraños por completo a la moralidad y la justicia.*

O Direito e a Ética caminham próximos por diversos fatores. Ambos disciplinam a relação entre os homens por meio de normas, impondo condutas obrigatórias a seus destinatários. Tanto as normas jurídicas quanto as morais apresentam-se sob forma imperativa, não constituindo mera recomendação. Ambas são preordenadas à garantia da coesão social, atendendo à mesma necessidade social. Finalmente, Ética e Direito modificam-se no momento em que se altera historicamente o conteúdo de sua função social, pois são formas de comportamento que variam justamente de acordo com a história (históricas, portanto).

Por outro lado, Ética e Direito afastam-se em alguns aspectos, pois a vida ética é interior ao ser humano, ao passo que a vida jurídica, a ele, é exterior. No momento em que o agente moral interioriza o preceito ético, ele o cumpre. Já a observância da norma jurídica independe da consciência. Mesmo sem se convencer do acerto dela, sem aderir intimamente ao seu conteúdo, o agente deverá cumpri-la. Em outras palavras, como nos ensina José Renato Nalini, “a legalidade de um proceder consiste na mera adequação externa do ato à regra; sua moralidade, na concordância interna”.⁸⁰ Enfim, o ato moral ou ético postula discernimento, para assim ser considerado. O ato jurídico pode ser praticado inconscientemente e não perderá esse atributo.

Outro importante aspecto no qual diferem a Ética e o Direito é no campo de atuação. Aquela é mais abrangente do que essa última. Toda infração jurídica é, assim, também uma infração ética, pois para atingir a esfera do direito, antes percorreu a esfera da moral. Em suma, a ética interfere num campo muito vasto das relações humanas. O Direito, por sua vez, age num âmbito bem mais restrito.

Hodiernamente, especial importância assume a distinção entre direito e moral. Todo Estado autoritário tende a afirmar-se como Estado ético e a fundar, sobre a necessidade de uma direção e de um controle das consciências, o seu ilimitado direito de invadir as esferas privadas.

Diante dessa tendência, cumpre ao jurista precisar a distinção entre o elemento jurídico e o elemento ético, de forma a reduzir a autoridade estatal às

⁸⁰ **Ética Geral e Profissional**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143.

formas jurídicas objetivamente definíveis. Essa tarefa poderá contribuir para a nitidez da linha de limites posta ao exercício da autoridade e representará fundamental garantia da autonomia individual.

E especificamente do juiz, por sua vez, espera-se, ainda, a observância não só dos deveres e princípios decorrentes da própria norma legal que lhes é respectiva (Lei Orgânica da Magistratura), mas também, segundo a lição de Georgetti de Souza Franco Filho, já aludida no início do Capítulo 2, dos “princípios que norteiam a ética forense”, como, dentre outros,

[...] a lealdade, que é o agir de boa-fé; a discricionariedade, que importa em habilitação específica para o exercício profissional; e a sensibilidade, que não significa arbitrariedade, mas o sentido subjetivo da compreensão dos fatos e das circunstâncias. São esses princípios éticos comuns a todos os operadores do Direito.⁸¹

Mandamentos esses todos que constituem justamente o objeto da Deontologia Forense, concebida como “o conjunto de normas éticas e comportamentais do profissional do Direito, encontrando seu fundamento no agir segundo a ciência e a consciência”.⁸²

Mas o juiz, é importante lembrar, no ato de julgar, não está vinculado apenas a esse conjunto de normas éticas e legais. Dele se espera igualmente, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Junior, a percepção de

[...] ter o sentido de aplicação da lei (*jus scriptum*), ou, como se diz também, do relacionamento entre o texto da lei com a realidade dos fatos sociais, no qual ocorre uma articulação que envolve os imperativos do bem comum. Nesse relacionamento está presente todo um exercício de interpretação do direito e entendimento dos conflitos, sujeitos ambos a técnicas e saberes elaborados, que obscurecem, por vezes, aquele momento. A convicção soa como um instante, mais perto de uma intuição ou de um sentimento, menos achegada a um raciocínio.⁸³

⁸¹ **Ética, Direito & Justiça**. São Paulo: LTr, 2004, p. 154 e 155.

⁸² NALINI, José Renato. **Filosofia e Ética Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 180 e 181.

⁸³ **Estudos de Filosofia do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 289.

Outrossim, entendemos ainda necessário e pertinente fazer referência à inadequação da expressão *minimamente ético*, ainda hoje encontrada em livros e ouvida em salas de aula. Realmente, conforme a doutrina de Miguel Reale, com a sua usual proficiência, tal expressão

[...] parece olvidar a funcionalidade essencial que existe entre o mundo moral e o jurídico. O Direito não poderá ser jamais a sobra do naufrágio dos valores morais, ainda que seja para garantir à sociedade uma desoladora sobrevivência. Mínimo ético só haveria se todos infringissem as regras jurídicas e só um homem restasse em condições de aplicar a sanção, mas acontece que, ao ser aplicada a sanção, ressurgiria, em toda a intensidade, a força dos valores éticos, o que demonstra a solidariedade da vida espiritual.⁸⁴

Colacionando-se novamente o pensamento de José Renato Nalini, a

[...] melhor compreensão, em termos éticos, é pregar e reconhecer que não há direito aético ou antiético. Todas as regras jurídicas explícitas ou implícitas e em todas as suas categorias, devem um tributo à moral. Seria um contrassenso e uma deterioração dos costumes admitir-se normatividade contrária à ética. Além da legalidade, reclama-se a legitimidade do sistema. E legitimidade é ideia bastante vinculada à fisionomia ética do ordenamento.⁸⁵

Por sua vez, no que diz respeito à específica tarefa de julgar, essencial aqui dado o conteúdo do trabalho ao qual nos propusemos, isso implica uma verdadeira simbiose, metaforicamente definindo, entre ética e direito; e ambos vistos e considerados como formas de virtude e integridade.

Aliás, como integridade, o direito, segundo a doutrina de Ronald Dworkin,

[...] não apenas permite como também promove formas de conflito ou tensão substantivos dentro da melhor interpretação geral do direito. Agora estamos em posição de explicar o porquê. Aceitamos a integridade como um ideal político distinto, e aceitamos o princípio da integridade na prestação jurisdicional como soberano em todo o direito, pois queremos tratar a nós mesmos como uma associação de princípios, como uma comunidade governada por uma visão simples e coerente da justiça, equidade e devido processo legal adjetivo na proporção adequada. Já notamos que essas três virtudes componentes – equidade, justiça e devido processo – às vezes entram em conflito. Hércules evita obter a integridade a partir do

⁸⁴ **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 704 e 705.

⁸⁵ **Ética Geral e Profissional**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143.

ponto de vista da justiça apenas – coerência nos princípios substantivos de justiça que permeiam sua descrição do que é o direito agora –, pois tem buscado uma integridade mais ampla que também confira eficácia a princípios de equidade e devido processo legal adjetivo.⁸⁶

Prossegue o autor norte americano explicando que

A justiça, como dissemos, diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão de estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. A supremacia legislativa, que obriga Hércules a aplicar as leis, mesmo quando produz uma incoerência substantiva, é uma questão de equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito que quer. As doutrinas rigorosas do precedente, as práticas da história legislativa e a prioridade local são em grande parte, embora de maneiras distintas, questões de processo legal adjetivo, porque estimulam os cidadãos a confiar em suposições e pronunciamentos doutrinários, de sorte que seria errado trair com o julgamento depois do fato.⁸⁷

E arremata, ainda, ao dizer que

Podemos consolidar essa explicação estabelecendo uma nova distinção entre os dois níveis ou tipos de integridade. O princípio adjudicativo que governa nosso direito aplica a integridade inclusiva: isso exige que um juiz considere todas as virtudes componentes. Ele constrói sua teoria geral do direito contemporâneo a fim de que reflita, tanto quanto possível, os princípios coerentes da equidade política, justiça substantiva e devido processo legal adjetivo, e de que reflita todos esses aspectos combinados na proporção adequada.⁸⁸

Enfim, a ética e o direito são indispensáveis à justiça do ato de julgar, seja no campo administrativo-disciplinar, seja no campo jurisdicional.

No campo do direito, inclusive, a justiça deve ser comandada, fundamentalmente, por duas percepções.

⁸⁶ **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 482 e 483.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 483.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 483.

A primeira é um modo que organiza o conjunto das normas vigentes como uma relação que vai do genérico ao particular, conforme os graus de generalidade. Daí a relação que deve haver entre lei e decisão seja em que seara for (administrativa ou judicial). Essa relação é justa na medida em que consegue delimitar, conforme o princípio da igualdade, as correspondentes competências da autoridade julgadora. Generalidade significa extensão normativa, sendo geral a norma que se dirige, proporcionalmente, ao maior número de sujeitos: a justiça como igualdade de todos perante a lei.

Assim, a decisão é norma individual, limitada ao caso concreto. Nesses termos, fundamentar a decisão significa, na lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior,

[...] pressupor que a justiça da ordem está na razão da delimitação da competência da autoridade como condição da autonomia dos sujeitos e de sua igualdade perante a lei, não importa, primariamente, quais sejam os seus conteúdos: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.⁸⁹

A segunda percepção organiza o conjunto das normas vigentes como uma relação uniforme que vai do universal ao específico, conforme graus de universalidade, sendo universal a norma que abrange, abstratamente, a maior amplitude de conteúdo. Assim, a ordem é justa na medida em “que se expressa como a afirmação em nível de supremacia e diante de qualquer circunstância, de um elenco de direitos e valores fundamentais materiais (vida, propriedade, liberdade, segurança, igualdade), resumidos na dignidade da pessoa humana”.⁹⁰

Outrossim, no campo da ética, talvez seja o processo (administrativo ou judicial) justamente o terreno mais fértil para fazer brotar o gérmen ético de que deve ser invariavelmente provido o julgador. Deve ele agir sempre segundo seu prudente arbítrio, pessoa que é conhecedora do direito e experiente da vida. Aquele que julga é a substância humana dentro do processo e, por isso, dotado de poderes éticos, dentre os quais, naturalmente, se destaca a equidade.

⁸⁹ **Estudos de Filosofia do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 306 e 307.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 307.

Para Vicente Ráo, as regras fundamentais de equidade “se traduzem, em última análise, no princípio da igualdade no trato das relações jurídicas concretas e, como consequência desse princípio, no preceito segundo o qual deve o direito ser aplicado por modo humano e benigno”.⁹¹

Enfim, como preconiza José Renato Nalini, “Ao ouvir o bem, o ser humano moralmente consciente não pode deixar de atender ao seu chamado. A lei moral ordena se dê ouvidos a essa chamada e para que a vontade seja motivada, o indivíduo tem de ser receptivo à natureza”.⁹²

Daí porque afirmamos e reafirmamos, no trabalho presentemente desenvolvido, a existência de estreitos vínculos entre os institutos debatidos, ética e direito, sendo inimaginável que possam enveredar por estradas diversas e não caminhar lado a lado.

⁹¹ **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 93.

⁹² **Ética da Magistratura**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 234.

4. A ÉTICA E O DIREITO NA ATIVIDADE POLÍTICO-DISCIPLINAR DO PODER JUDICIÁRIO

4.1 A ATIVIDADE POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Como de início já asseveramos, na introdução deste trabalho, ainda que até mesmo no exercício de sua atividade precípua, ou seja, a jurisdicional, o Poder Judiciário também acaba por desempenhar papel político – utilizando-se aqui, vale sempre destacar, o conceito *lato sensu* de ato político –, na medida em que, ao procurar oferecer soluções mais adequadas para diversos tipos de conflitos, seja de natureza pública seja privada, sua atuação se desenvolve em busca de uma paz social mais justa e duradoura, o que, assim, não deixa de possuir inegável caráter político.

Sem dúvida, essa característica de pacificador emana, dentre várias posturas do juiz, daquela específica que revela seu apreço pela ordem constitucional. A opção de interpretar a Constituição e o compromisso de conferir à sua letra e ao seu espírito, dentre as muitas possíveis leituras, a que for mais adequada e razoável, dá azo, efetivamente, a uma atuação de cunho pacificador, socialmente falando.

E a razoabilidade e a adequação de sua interpretação normativa decorrem da conformidade com os parâmetros de Justiça acolhidos pelo sistema. Disposto a uma revisão dos conceitos de legitimidade e de imparcialidade, o juiz assume o desafio de concretizar as mensagens normativas do constituinte. Ao colocar em segundo plano o seu status de agente de poder em cotejo com o de mera autoridade judicial, pode, sim, o juiz converter-se em eficaz agente da pacificação, resultado esse de inegável teor político.

Aliás, enveredando exatamente pela mesma seara, José Renato Nalini afirma que

Para assumir a função de agente pacificador, aquele capaz de conferir solução eficaz para os conflitos, o juiz precisa se compenetrar de novas responsabilidades. Insuficiente o domínio da técnica jurídica. Este conhecimento ajuda. Pode ser instrumento hábil, necessário, mas impotente para a plenitude a que se preordena sua função. O desempenho de uma função política extraível da vontade fundante e destinada a edificar um Estado de Direito de índole democrática é incomensuravelmente maior do que aplicar a lei à controvérsia. A proposta é outra, mais complexa, mais abrangente.⁹³

Não se olvide, ainda, em interessantíssima abordagem do tema, que, segundo a lição de Eduardo Appio, “A principal função do Poder Judiciário no contexto político do século XXI será a de permitir a efetiva participação de grupos e segmentos da sociedade que não têm acesso aos canais de comunicação com o poder político”⁹⁴, função essa que, desnecessário destacar, possui natureza e espírito de cunho preponderantemente político.

Outrossim, cumpre acrescentar, o Poder Judiciário vem participando cada vez mais de forma ativa na análise da constitucionalidade, ou não, de leis e atos normativos. Nesse sentido, portanto, há que se reconhecer o Judiciário como ente realizador, também, da função política do Estado, uma vez que, ao declarar ou não a constitucionalidade da legislação e criar jurisprudência, no sentido de estabelecer normas gerais a serem seguidas pela sociedade, ele está a realizar atividade eminentemente política.

Ora, o controle de constitucionalidade, somado ao controle da legalidade, implica a contenção dos abusos das demais funções do Estado e, portanto, é sim função política. Nesses casos, o Poder Judiciário atua como legislador negativo, afastando o ato normativo contrário à Constituição.

Mas o escopo do presente trabalho, reitera-se, não é o de se debruçar mais esmiuçadamente sobre o cunho político da atividade do juiz, mesmo quando no exercício de sua atividade precípua, ou seja, a jurisdicional. Isso foi aqui mencionado apenas em razão da estranheza que muitos poderão sentir, num primeiro momento,

⁹³ **A Rebelião da Toga**. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2008, p. XXIV.

⁹⁴ **Discrecionalidade Política do Poder Judiciário**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 158.

ao lerem um trabalho cujo tema aborda a atuação política do Poder Judiciário em determinada esfera de suas atribuições.

Assim, para aqueles que nunca pensaram mais detidamente sobre o assunto, procura-se aqui demonstrar que o Poder Judiciário, sob certa ótica, exerce atividade política não só no campo administrativo, onde se insere a órbita disciplinar, mas até mesmo quando desempenha atividade jurisdicional.

E, na esfera administrativo-disciplinar, quer nos parecer que não paira qualquer dúvida sobre o caráter eminentemente político dos atos provenientes de tal atuação, mesmo que advinda do Poder Judiciário.

Afinal, invocando-se a lição de Hely Lopes Meirelles, o denominado ato político “não passa de um ato de governo, praticado discricionariamente por qualquer dos agentes que compõem os Poderes do Estado”⁹⁵, dentre os quais se inclui, óbvia e naturalmente, como corolário lógico da própria forma de constituição da República, o Poder Judiciário.

Aliás, ainda na esteira do magistério do autor acima citado, a política é, também, “forma de atuação do homem público quando visa conduzir a Administração a realizar o bem comum”.⁹⁶

Em verdade, retrocedendo-se aos ensinamentos recebidos ainda em tempos de formação acadêmica, sabe-se que cada órgão do poder estatal (no Brasil temos uma república tripartite, composta pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), exerce, segundo o magistério de Michel Temer, “preponderantemente, uma função e, secundariamente, duas outras. Da preponderância advém a tipicidade da função; da secundariedade, a atipicidade”.⁹⁷

⁹⁵ **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 45.

⁹⁷ **Elementos de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 120.

Destarte, o Poder Judiciário, fora de sua atuação principal, a jurisdicional, também exerce outras atividades, como a legislativa, ao editar, por exemplo, suas normas regimentais e provimentos, e como a executiva, administrando e organizando seus integrantes (servidores e magistrados), nas quais se insere, conseqüentemente, o controle disciplinar exercido sobre eles (integrantes).

E a essas atividades todas, fora daquela principal, não se pode, portanto, deixar de atribuir caráter eminentemente político, uma vez que, como antes referido, o ato de governo é ato político.

Também não é diferente aqui o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a função da administração pública de editar atos de conteúdo jurídico “não fica absorvida apenas pela função administrativa de realização concreta dos interesses coletivos, mas compreende também a função política ou de governo”⁹⁸, de onde se conclui que os atos praticados no campo administrativo-disciplinar pelo Poder Judiciário, assim como o seria igualmente em relação aos demais poderes, têm natureza política e, portanto, política é a atividade de que decorrem.

Em suma, parece-nos a esta altura suficientemente clara a natureza política também da atuação administrativo-disciplinar, daí porque despendendo-se maiores considerações sobre a questão, sob risco de enveredar por caminhos que não aqueles originalmente traçados como objetivo deste trabalho.

4.2 BREVE SÍNTESE DA HIPÓTESE PARADIGMÁTICA

Este tópico, naturalmente, representa o núcleo do estudo pretendido e, portanto, será mais extensamente desenvolvido.

Optamos por tomar como paradigma, conforme já mencionado ao longo desta dissertação, caso concreto ocorrido na magistratura do Estado de São Paulo não faz

⁹⁸ **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 70.

muito tempo, em meados da década passada, envolvendo um juiz de direito processado administrativamente⁹⁹ a partir da prisão cautelar de sua mulher em procedimento de natureza criminal e da acusação a ela dirigida no sentido de que estaria contribuindo ativamente com determinada facção criminosa atuante nesta unidade da Federação.¹⁰⁰

Outrossim, todos os fatos que serão mencionados ao longo da dissertação são passíveis de comprovação documental nos autos do processo administrativo, de sorte que não se poderá jamais alegar ou insinuar a falta de veracidade deles, muito embora, admite-se desde logo, possam haver interpretações divergentes daquelas por nós efetuadas sobre aspectos puramente jurídicos da questão. Mas que dificilmente se sustentariam, *data maxima venia*, sob a égide do ordenamento ético-jurídico vigente, mormente no que diz respeito a determinadas garantias constitucionais já consagradas em nosso Texto Maior.

Outro fator que nos levou a adotar tal sistemática, qual seja, a de usar paradigma real e concreto, é o de que, segundo nosso entendimento, além de facilitar a confrontação com o processo jurisdicional, de outra forma não seria possível realizar o trabalho, pois se nos restringíssemos à órbita meramente teórica, infinita, ou, no mínimo, extremamente numerosa, seria a contemplação de possibilidades de violações éticas e legais dentro de um procedimento disciplinar, inviabilizando, assim, o estudo ao qual nos propusemos de início, objetivo, sem maiores pretensões e, acima de tudo, que não desestimulasse sua leitura tão só por seu exagerado volume.

Além disso, dada a natureza comparativa do trabalho, se assim não se procedesse, correríamos o risco aqui de restringir a questão a um punhado de conjecturas e posições de caráter pessoal, tornando-o absolutamente estéril e, sobretudo, enfadonho.

⁹⁹ Processo administrativo-disciplinar n.º 214/06. TJESP.

¹⁰⁰ Processo crime n.º 050.06.001901-8. 3ª Vara Criminal Central da Capital.

O processo administrativo em tela, precedido de sindicância¹⁰¹ iniciada mais de um ano antes, mas da qual não tinha conhecimento o magistrado alvo do procedimento, foi instaurado no final do ano de 2006, quando o magistrado já contava com quase vinte anos de judicatura, por conta de fatos que lhe foram atribuídos como violadores dos deveres funcionais, dentre os quais o recebimento de algumas quantias em dinheiro advindas de sua mulher.¹⁰²

Aliás, na verdade, o processo administrativo, foi instaurado, exclusivamente, em razão do que à época fora atribuído à então esposa do magistrado. Explica-se aqui: bem ao final do ano de 2005, mais precisamente no dia 28 de dezembro, sua mulher, advogada, fora presa em virtude de decretação de prisão provisória¹⁰³, requerida por autoridade policial em inquérito que era de perto acompanhado pela Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, desde meados de 2005, por conta de suposto envolvimento ilícito com determinada e conhecida facção criminosa atuante nesta unidade da Federação.

Tais considerações, porém, com relação à advogada, acabaram por se mostrar, na verdade, de todo inverídicas, sendo decorrentes das apressadas e infundadas acusações que lhe foram atribuídas, por atuar na área criminal, em decorrência do imprestável trabalho policial realizado, que, inclusive, parece ainda que teria sofrido interferência da Corregedoria Geral da Justiça, conforme dito – embora de maneira informal – à esposa do magistrado pelo Delegado de Polícia que presidiu o inquérito e a interrogou na ocasião da prisão (informação constante nos autos do processo administrativo).

No caso, o envolvimento da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo deu-se imediatamente após ser comunicada oficialmente pelo Juízo das Execuções Criminais de uma comarca do interior deste Estado, para a tomada de providências eventualmente cabíveis, de que interceptações telefônicas realizadas pela polícia-militar do Estado (que, diga-se de passagem, não tinha e continua não tendo

¹⁰¹ Sindicância n.º 186/05. TJESP.

¹⁰² Acórdão inicial proferido pelo CSM nos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

¹⁰³ Despacho judicial constante nos autos do processo crime n.º 050.06.001901-8. 3ª Vara Criminal Central da Capital.

nenhuma atribuição constitucional de polícia judiciária – art. 144, § 4º, da CF¹⁰⁴) haviam apurado que uma advogada, esposa de juiz de direito, estava atuando profissionalmente em benefício de presos que pertenceriam a determinada facção criminosa.

A partir daí, então, tal órgão correicional da Justiça Paulista passou não só a acompanhar as investigações policiais contra a advogada junto ao Departamento Estadual de Investigações Criminais – DEIC, inclusive interferindo extraoficialmente de forma indevida, pois isso não era de sua alçada (a pessoa investigada não era membro da magistratura), mas também instaurou sindicância contra o magistrado, em virtude da aparente (e equivocada) presunção de que se a esposa era acusada de algum ilícito penal, o marido, então, poderia – ou mesmo deveria – ser partícipe das supostas atividades criminosas da mulher, conforme se pode verificar pela simples leitura da peça inicial da sindicância.¹⁰⁵

Ressalte-se, assim, que a sindicância aberta contra o magistrado decorreu apenas das investigações policiais que se desenvolviam contra a sua mulher. Nenhum fato ou denúncia de qualquer irregularidade contra o magistrado havia, o que, portanto, nem ao menos legitimava a abertura da aludida sindicância. Em realidade, aí iniciou-se, ao que parece, o extenso rol das possíveis ilegalidades apontadas na espécie.

Desnecessário, aliás, ressaltar as infrações aos mandamentos éticos e legais que deveriam ter norteado a atuação da Corregedoria Geral da Justiça, pois isso é assaz evidente não só para qualquer operador do direito, mas até mesmo para um acadêmico, recém-egresso da faculdade, e que possua formação algo acima da média.

¹⁰⁴ Art. 144. [...] § 4º – às *polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares*. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.110.

¹⁰⁵ Sindicância n.º 186/05. TJESP.

De qualquer modo, por conta de tudo isso, mesmo sem qualquer indício ou menção, por menor ou de quem quer que fosse, inclusive dos próprios organismos policiais responsáveis pelas investigações¹⁰⁶, no sentido de que o magistrado tivesse eventualmente conhecimento ou, menos ainda, compactuado com alguma das supostas condutas delituosas atribuídas à esposa, a Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, além de abrir a sindicância, veio imediatamente em seguida a determinar a quebra do sigilo fiscal e bancário do magistrado.¹⁰⁷ E sem que houvesse qualquer notificação ao interessado, que disso só veio saber mais de um ano depois.

Note-se ainda, aqui com particular e especial relevância, que a quebra do sigilo fiscal e bancário se deu na via administrativa mesmo, por simples despacho do então Corregedor Geral da Justiça, que aí estava investido de mera função administrativa e, além disso, na condição de ser a própria autoridade investigante.

Outrossim, para bem exemplificar a série de irregularidades que marcaram o andamento dos autos da sindicância e o espírito com o qual foi conduzida, o acórdão – de relatoria do então Corregedor Geral da Justiça – proferido pelo Conselho Superior da Magistratura, propondo a abertura de processo administrativo, afirmou, dentre uma série de fatos, não existir qualquer justificativa para três específicos montantes em dinheiro, um deles mais significativo, que teriam ingressado na conta-bancária do magistrado.¹⁰⁸

Todavia, tais quantias, por mais incrível que possa parecer, eram decorrentes simplesmente da compra de um apartamento na cidade de São Caetano do Sul, efetuada pelo juiz no ano de 2001. Tratava-se, portanto, de pagamentos feitos por ele (e não créditos), em que as duas pessoas que constavam como favorecidas pelo recebimento das aludidas quantias estavam simplesmente relacionadas a um

¹⁰⁶ Relatório do inquérito policial que deu origem ao processo crime n.º 050.06.001901-8. 3ª Vara Criminal Central da Capital.

¹⁰⁷ Despacho do então Corregedor Geral da Justiça de São Paulo constante nos autos da sindicância n.º 186/05. TJESP.

¹⁰⁸ Acórdão inicial proferido pelo CSM nos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

negócio imobiliário, conforme veio posteriormente a ser reconhecido na decisão do Órgão Especial que apreciou a defesa prévia do magistrado.¹⁰⁹

Eram, assim, débitos em sua conta-corrente e não créditos, como constara na peça inaugural do processo. O que, inclusive, estava clara e perfeitamente indicado no extrato cuja cópia já se achava juntada nos autos da sindicância administrativa. E mais: os respectivos débitos eram resultado de emissão de cheques de próprio punho do magistrado, cujas cópias igualmente desde o início instruíam os autos da sindicância instaurada.¹¹⁰

Enfim, um acórdão, resultado de decisão conjunta das três maiores autoridades do Tribunal de Justiça Estadual (Presidente, Vice-Presidente e Corregedor Geral da Justiça), que continha erro assim flagrante, inadmissível mesmo.¹¹¹ Se temerário aqui cogitar-se de violação proposital a preceitos éticos e legais, ao menos da ocorrência de inaceitável negligência se poderia falar, o que, de qualquer forma, implica violação do dever ético de se conduzir no desempenho de seu mister, seja público ou privado, com empenho e diligência.

Não se pecaria pelo exagero comparar o erro havido à situação de um réu ser denunciado por um fato que não constava dos autos inquisitoriais, apenas por distração do Promotor de Justiça. O fato foi muito grave, inclusive porque a tais valores se deu enorme destaque, tendo sido incluídos especificamente no corpo do acórdão e utilizados como argumento também a justificar a propositura do feito e o afastamento do magistrado a partir da instauração do processo.

E ainda mais grave é que à época em que se iniciou o processo (dezembro de 2006)¹¹², mesmo que tais específicos fatos pudessem configurar algum tipo de infração disciplinar, já ocorrera a prescrição, pois decorridos mais de cinco anos

¹⁰⁹ Acórdão proferido pelo Órgão Especial no julgamento da defesa prévia. Processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

¹¹⁰ Volume de anexos documentais em apenso à sindicância n.º 186/05. TJESP.

¹¹¹ Acórdão inicial proferido pelo CSM nos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

¹¹² Época em que foi proferido pelo CSM o acórdão que deu início ao processo administrativo n.º 214/06.

desde que se verificaram (meados de 2001), ou seja, já escoado o prazo prescricional para o exercício da ação administrativa disciplinar (art. 142, I, do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, aplicável à espécie quanto ao prazo prescricional).¹¹³

Difícil achar-se explicação para a lei – vale dizer, o direito – ter sido aparentemente ignorada desde o início da atuação do órgão correicional. Até porque ninguém pode alegar seu desconhecimento, muito menos quem está incumbido de aplicá-la, em especial, quem o faz como exercício usual de seu mister.

De qualquer forma, rejeitada a defesa prévia do magistrado e instaurado o processo, seguiu-se a fase instrutória, com a realização inclusive de exame pericial¹¹⁴, que revelou a falta de acerto dos cálculos e dos critérios utilizados na apuração contábil efetuada, ao que parece sem maior técnica e proficiência, no âmbito da Corregedoria Geral da Justiça.¹¹⁵

Em julho de 2008, chegou-se a julgamento, quando então, em voto lúcido e bem fundamentado, o relator originalmente sorteado consignou expressamente não ter o magistrado praticado qualquer infração funcional, reputando, assim, improcedentes as acusações e determinando o arquivamento do feito.¹¹⁶

Todavia, não satisfeito com o veredito de seu colega, um dos desembargadores que integravam o órgão julgador (o Órgão Especial do Tribunal de Justiça, composto pelos vinte e cinco desembargadores mais antigos) pediu vista dos autos e, depois de mais de um mês, inclusive quando o relator original já se aposentara, propôs a conversão do julgamento em diligências, sem, contudo, desde logo, esclarecê-las, como se lhe impunha, sendo acolhido o pedido em plenário e

¹¹³ Lei n.º 8.112/90: Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: I – em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; [...]

¹¹⁴ Primeiro exame pericial realizado nos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

¹¹⁵ Apuração contábil preliminar efetuada nos autos da sindicância n.º 186/05. TJESP.

¹¹⁶ Súmula de julgamento de fls. 1344 do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

ficando ainda tal desembargador, a partir de então, relator designado do feito (face, repita-se, à aposentadoria do colega).

Mas, ao despachar monocraticamente, o agora relator designado (e que permaneceu nessa condição até final julgamento) determinou, além do interrogatório do magistrado e da ouvida de testemunhas, a realização de nova perícia contábil. No entanto, não apresentou qualquer fundamento ou justificção para rejeitar a perícia anteriormente efetuada.¹¹⁷ Isso, inclusive, foi objeto de embargos de declaração por parte da defesa do magistrado, mas rejeitados no órgão julgador, seguindo a orientação do voto do próprio relator.¹¹⁸

Refeita assim a fase instrutória toda, quando já se aguardava a tão esperada conclusão do feito, o relator designado surpreendeu mais uma vez: com um único despacho, e novamente sem fundamentá-lo, determinou a reinquirição de testemunhas, bem como a ouvida de outras novas, total e absolutamente estranhas aos fatos imputados no processo; além, ainda, de determinar outra quebra do sigilo fiscal do magistrado, e agora, o que é pior, respectivamente a período que nem era compreendido pela acusação.

Mas não é só: por meio dessa mesma decisão, igualmente em desfavor de terceira pessoa, mais especificamente a advogada em tela, que nem era parte no processo administrativo (e nem poderia sê-lo, já que não possuía qualquer vinculação hierárquica ou disciplinar com o Tribunal de Justiça de São Paulo), o desembargador estendeu sua decisão de quebra de sigilo fiscal e, nesse caso, também bancário.¹¹⁹

São fatos assim que nos levam a concluir que o emprego da ética e do direito no campo político-disciplinar parece adquirir menor relevância aos olhos de quem julga, pois mais raramente medidas assim peculiares são encontradas em sede judicial. Inclusive pela maior publicidade dos atos (o processo administrativo usado

¹¹⁷ Despacho proferido a fls. 1358/1359 nos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

¹¹⁸ Acórdão proferido pelo Órgão Especial no julgamento dos embargos declaratórios opostos pela defesa do magistrado contra essa específica decisão.

¹¹⁹ Despacho proferido a fls. 1904/1905 nos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

como paradigma correu em segredo de justiça, o que, aliás, no caso, se vislumbra ter beneficiado somente ao órgão julgador, sem atender a qualquer interesse do magistrado) e, portanto, pela maior exposição de quem os determina.

Por conta de tal decisão, inclusive, a advogada impetrou mandado de segurança¹²⁰, assistida pela subseção paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, a quem teve de recorrer em face da inusitada decisão – e que provocou efeitos institucionais –, obtendo, então, medida liminar que sustou os efeitos da decisão impugnada.

Em 14 de julho de 2010, ocorreu o julgamento do feito, com a procedência da acusação e a aplicação da pena requerida pelo relator designado¹²¹, acompanhado pela maioria de seus pares, sendo que, ao magistrado, vale ainda consignar, nem sequer foi possível a apresentação de alegações finais, uma vez que o defensor então atuante, com poderes substabelecidos, teve negado o pedido de dilação de prazo para fazê-lo.¹²² A decisão do processo, aliás, como se pode constatar à simples leitura do acórdão, apresentou inusitada sinteticidade (sete laudas para quinze volumes de processo), não especificando de modo adequado um único fato sequer relativamente àquilo que considerou consistirem condutas impróprias do magistrado.

Finalmente, cumpre igualmente consignar, dada a sua visível relevância jurídica, os fatos seguintes, que forçosamente deveriam ter conduzido o segundo julgamento ao mesmo veredito proferido pelo anterior relator: por acórdão proferido no ano de 2007, em julgamento unânime de *habeas corpus*, a advogada conseguiu o trancamento da ação penal instaurada contra ela logo após a prisão, por falta de justa causa, asseverando-se no julgado, de forma expressa, que ela não cometera

¹²⁰ Mandado de Segurança n.º 185.277.0/4-00. TJESP. Órgão Especial. Rel. Xavier de Aquino.

¹²¹ Acórdão final proferido pelo Órgão Especial no julgamento do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

¹²² Despacho proferido a fls. 2157 nos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

delito algum e, ainda, que não havia qualquer indício de que participasse da alegada organização criminosa.¹²³

Assim, por um fato inexistente e por outro penalmente atípico, a advogada permaneceu na prisão por cerca de três meses, vindo a ser libertada somente em março de 2006, por via também de julgamento unânime de *habeas corpus*, que reconheceu não haver qualquer motivo justificável para a custódia cautelar decretada.¹²⁴

Aliás, embora não seja este o foco do trabalho, não se poderia aqui deixar de mencionar, dada a relevância jurídica da questão, que a hipótese da prisão da advogada e ex-esposa do magistrado configura flagrante caso de erro judiciário, pois ela se viu presa preventivamente com base numa denúncia do Ministério Público que não descrevia fato típico algum.

Tal decisão judicial, portanto, que recebeu a denúncia e decretou a custódia cautelar da advogada, inclusive chegando em sua argumentação para justificar a prisão a equiparar o caso ao do conhecido banqueiro Salvatore Cacciola¹²⁵, parece configurar, inequivocamente, hipótese de erro judiciário passível de reparação civil.

Sim, porque o artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal¹²⁶ expressamente dá suporte a tal pretensão, independentemente aqui de se cuidar de prisão preventiva e não decorrente de condenação, como refere o dispositivo constitucional citado, uma vez que não faz o menor sentido restringir o direito à indenização apenas em função da natureza processual da prisão, quando inequívoco o erro da decisão judicial que resultou no encarceramento indevido da pessoa.

¹²³ *Habeas Corpus* n.º 01020576.3/7-0000-000. TJESP. 2ª Câmara Criminal. Rel. Martins de Souza, julg. em 05.03.07.

¹²⁴ *Habeas Corpus* n.º 00922264.3/8-0000-000. TJESP. 2ª Câmara Criminal. Rel. Martins de Souza, julg. em 27.03.06.

¹²⁵ Despacho judicial que decretou a prisão preventiva da advogada nos autos do processo crime n.º 050.06.001901-8, que tramitou pela 3ª Vara Criminal Central da Capital.

¹²⁶ Art. 5º. [...] LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença; [...] **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

Com efeito, a responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário representa o reforço da garantia dos direitos individuais dos cidadãos, impondo ao Estado de Direito o dever de coibir a prática de qualquer restrição injusta e abusiva à liberdade individual decorrente de ato autoridade judiciária, disso fazendo resultar a responsabilidade estatal pelos danos causados.

De qualquer modo, retornando ao tema efetivamente em estudo, ainda no ano de 2007, igualmente o Conselho de Ética da Ordem dos Advogados – Seção de São Paulo, em processo disciplinar instaurado contra a advogada por conta dos fatos que a levaram à prisão, decidiu, de forma unânime, que ela não infringira nenhum dever ético no exercício da advocacia em favor de presos e sentenciados, inclusive tendo sido rejeitada já ao início desse processo a pena de suspensão cautelar do exercício da advocacia proposta pelo conselheiro relator.¹²⁷

Por sua vez, em agosto de 2009, foi arquivado, a pedido do próprio Ministério Público, pela não existência de prática de qualquer infração penal, procedimento investigatório de natureza criminal instaurado dois anos antes contra o magistrado, com base em representação da Procuradoria Geral de Justiça, respectivamente ao ingresso na sua conta-corrente de quantias que acabaram sendo reconhecidas como decorrentes da venda de um imóvel no município de São Caetano do Sul (depósitos esses que, convém sempre lembrar, só foram revelados pela ilegal quebra de sigilo efetuada na sindicância)¹²⁸, mesmo quando a mera realização de negócio imobiliário, como se afirmava reiteradamente desde o nascedouro do processo administrativo, já estava perfeita e documentalmente demonstrada nesses autos (do processo disciplinar) pela prova produzida pelo magistrado.

Em suma, como se vê, antes do julgamento final do processo administrativo aqui colacionado como paradigma, a então esposa do magistrado fora isentada de qualquer responsabilidade penal e profissional no que diz respeito aos fatos que deram causa ao procedimento disciplinar contra o juiz, enquanto ele próprio tivera

¹²⁷ Processo Disciplinar n.º 99/06. OAB-SP. Rel. Eliezer de Azevedo Coelho, julg. em 30.11.07.

¹²⁸ Representação contra Autoridade n.º 149.952.0/1-00. TJESP. Órgão Especial, Rel. Ribeiro dos Santos, arq. em 31.07.09.

também decisão favorável na esfera criminal, que concluiu pela não existência de fato penalmente típico quanto à sua movimentação bancária, aí incluídos não só os valores relativos à venda do imóvel, mas ainda o ingresso de quantias advindas da conta de sua mulher, o que, então, conseqüentemente, excluiria a incidência de infração administrativa, pois o recebimento de dinheiro ilícito ou é crime ou não é nada; vale dizer, não é possível, para o funcionário público, receber indevidamente dinheiro e isso ficar restrito somente à esfera administrativa, sem ingressar também na órbita criminal.

Como justificar então a penalização do magistrado à luz dos princípios éticos (na deontologia forense) e, principalmente, do direito? Indagação, aqui, de difícil resposta. Seria possível a ocorrência desses mesmos juízos de valor em sede jurisdicional? Possível, sim, mas pouco provável, até porque nessa seara poderia valer-se o prejudicado de instrumentos de defesa processuais de efeito imediato e que exporiam todas as vicissitudes do procedimento.

Inclusive, os danos causados ao magistrado também aqui poderiam ser, em princípio, objeto de reparação civil, na medida em que o Estado responde pelo dano indevidamente causado por seus agentes, seja na esfera material, seja na órbita moral, conforme dispõe expressamente o texto constitucional.

De fato, estabelece o art. 37, § 6º, da Constituição Federal¹²⁹ que o Estado é responsável pelos atos praticados pelos seus agentes que causem dano a terceiro (teoria do risco administrativo), garantindo, assim, que qualquer prejuízo decorrente da atividade estatal será reparado pelo Estado. Também o artigo 186 do Código Civil¹³⁰, dispositivo infraconstitucional, dá inteira guarida à pretensão indenizatória que poderia manifestar o magistrado punido no caso paradigmático, na medida em que estabelece que aquele que, por ação, viola direito e causa prejuízo a outrem fica obrigado à indenização pelo dano material ou moral causado.

¹²⁹ Art. 37. [...] § 6º – *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.* **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 44.

¹³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 571.

Sim, porque, como regra, a responsabilidade civil tem por fundamento a culpa *lato sensu*, que se caracteriza como lesão a um dever jurídico, imputável a alguém, abrangendo o dolo e a culpa *stricto sensu*, na forma de negligência, imprudência ou imperícia. Posteriormente, com a evolução trazida pelas transformações sociais da segunda metade do século XIX, passou-se a admitir a responsabilidade sem culpa, decorrente do risco de determinada atividade. Para tanto, basta a caracterização da existência de um dano e do nexo de causalidade entre a ação e o prejuízo.

Constata-se, pois, a existência de uma responsabilidade subjetiva, que deriva da culpa *lato sensu* do agente, e de uma responsabilidade objetiva, decorrente do risco que a atividade desenvolvida provoca à sociedade, como corolário do princípio oriundo do direito romano de que *aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes*. Daí a origem da teoria do risco administrativo, prevista em nosso texto constitucional no supracitado artigo 37, § 6º.¹³¹

Todavia, cumpre desde logo ressaltar, a contrário do que ocorre com o caso da ex-mulher do magistrado, não se está aqui a falar de erro judiciário, uma vez que todas as decisões prejudiciais em questão, e também violadoras do devido processo legal, como, por exemplo, a quebra de seu sigilo fiscal e bancário da forma como se verificou na sindicância e no processo, ocorreram em sede administrativa, não adquirindo contornos de decisões judiciais, para efeito de reparação civil, apenas porque seus autores eram magistrados.

O erro judiciário só pode ocorrer em sede jurisdicional, ou seja, com o juiz atuando nessa esfera. Se ele atua investido apenas de autoridade administrativa, eventuais danos causados em decorrência de sua atuação terão como fundamento da reparação o supra mencionado dispositivo constitucional, que se aplica a qualquer hipótese de dano causado pelo Estado por meio de seus agentes.

¹³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 649.

Aliás, no que tange à indevida quebra de sigilo do magistrado, o direito à reparação civil tem específica previsão no que vem disposto no artigo 5º, X, da Constituição Federal¹³², ao assegurar o direito indenizatório pelo dano material ou moral provocado pela ilicitude violadora perpetrada pelo Estado através de seus agentes.

Em verdade, voltando agora à questão de fundo, nos parece que repercussão à época de notícia que envolvesse a facção criminosa vinculada à então esposa do magistrado, inclusive porque, pouco tempo antes, em 2003, o juiz de direito Antonio José Machado Dias fora assassinado (fato notório, de divulgação nacional)¹³³ na cidade de Presidente Prudente, Estado de São Paulo, e o crime atribuído a esse mesmo grupo de delinquentes, pode ter ofuscado – ou mesmo cegado – não só aqueles que estavam incumbidos de lidar com os fatos que haviam chegado ao conhecimento da Corregedoria Geral da Justiça, mas também o relator designado que presidiu o feito administrativo até seu final, que, assim, teriam passado a agir impulsionados principalmente pela emoção decorrente daquele específico momento pelo qual passava a sociedade, e não pelo equilíbrio, pela ponderação e pela estrita observância da ética e da legalidade que se exigem, em todo momento ou situação, de quem deve aplicar a lei, em qualquer de suas esferas.

Daí a provável razão para a aparente violação de dispositivos e princípios ético-legais, bem como a má utilização ou interpretação de outros tantos, que já estavam plenamente consolidados em nosso ordenamento jurídico.

Esqueceram-se tais agentes públicos, o que é inescusável mormente em se considerando que *in casu* tinham na aplicação da lei sua atividade costumeira, da lição de Hans-Georg Gadamer, no sentido de que “Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica”.¹³⁴

¹³² Art. 5º. [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente e sua violação; [...] **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 06.

¹³³ Fonte: internet, <http://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/140754/juiz-corregedor-de-presidente-prudente-é-morto-em-emboscada>.

¹³⁴ **Verdade e Método I**. 9ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 408.

Demonstraram, ainda, falta de prudência, considerada tal qualidade não como hodiernamente (simples cautela), mas com o sentido que possuía à época em que foi escrita, por Tomás de Aquino, a obra *Prudência – A Virtude da Decisão Certa*. Nessa obra, a palavra *prudência* tem seu significado na arte de decidir corretamente, com exatidão, não com base em interesses oportunistas, em impulsos, em temores, em preconceitos, mas unicamente com base na realidade, no límpido conhecimento do ser. A prudência era, portanto, no sentido que à época de elaboração da obra se empregava ao termo, o uso prático e adequado do conhecimento.

Para Tomás de Aquino, inclusive, a prudência era justamente umas das grandes virtudes da pessoa humana. Não é que ela fosse a primeira, mas era a principal em uma ordem superior, era a mãe das virtudes (*genitrix virtutum*) e também a guia das virtudes (*auriga virtutum*). *Prudentia* (em latim) era ver a realidade e, com base nessa visão, tomar a decisão certa. Por isso, como repetia o filósofo (e posteriormente Santo da Igreja Católica), não havia nenhuma virtude moral sem a *prudentia*; na verdade, “sem a *prudentia*, as demais virtudes, quanto maiores fossem, mais dano causariam”.¹³⁵

Tudo o que, porém, no caso analisado, não houve no tocante não só à apuração dos fatos que se diziam imputáveis ao magistrado, mas ainda ao processo administrativo que se seguiu.

Aliás, no caso trazido como paradigma, a manutenção desse negativo estado de espírito todo com relação ao magistrado, mesmo depois de passados praticamente cinco anos (considerando-se o período que decorreu desde a comunicação inicial recebida pela Corregedoria até a decisão final), e com reflexo direto na prática dos vícios que verificaram antes e durante o processo, inclusive por ocasião do julgamento derradeiro, é algo dificilmente explicável, ao menos à luz de argumentação razoável e convincente.

¹³⁵ **Prudência – A Virtude da Decisão Certa**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. X.

4.3 POSSÍVEIS VIOLAÇÕES ÉTICO-LEGAIS VERIFICADAS

Diversas foram as aparentes violações a princípios e a dispositivos de nosso ordenamento jurídico, tanto de ordem material, quanto de ordem processual, ocorrida no caso em tela. A começar pelo não observância do princípio do devido processo legal (*due process of law*) como também informador do processo administrativo.

Ora, em face das abundantes e cada vez mais complexas relações entre a sociedade civil e a Administração Pública, cuja atuação é caracterizada pelo intervencionismo estatal, principalmente a partir da segunda metade do século XX, o instituto do *due process of law* encontrou no Direito Administrativo um campo extremamente fértil para a sua mais recente afirmação.

Aliás, atualmente em nosso ordenamento jurídico, isso decorre também da própria leitura do artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, onde se estabelece que:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
 LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.¹³⁶

Segundo o magistério de Carlos Roberto Siqueira Castro,

[...] a garantia do devido processo legal tem tido o papel de repassar aos confrontos entre o Poder Público e os indivíduos o receituário da legalidade e da moralidade prescrito pela Constituição. Visa, por assim dizer, ‘constitucionalizar’ as incontáveis e multiformes relações administrativas, adequando-as às etiquetas do constitucionalismo, inclusive e muito especialmente, impondo-lhes subserviência aos direitos fundamentais inscritos na Lei Maior.¹³⁷

¹³⁶ **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

¹³⁷ **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.** 4ª ed. São Paulo: Forense, 2006, p. 335.

Mas, óbvia e logicamente, não é apenas na esfera do relacionamento entre a Administração Pública e o particular que é imperativa a obediência, por parte daquela, ao devido processo legal. Igualmente no processo administrativo disciplinar há que se observá-lo, sob pena de absoluta nulidade.

De fato, na esteira da doutrina de Hely Lopes Meirelles,

Essa garantia constitucional estende-se a todo e qualquer procedimento acusatório – judicial ou administrativo – e se consubstancia no devido processo legal (due process of law), de prática universal nos Estados de Direito. É a moderna tendência da jurisdicionalização do poder disciplinar que impõe condutas formais e obrigatórias para garantia dos acusados contra arbítrios da Administração), assegurando-lhes não só a oportunidade de defesa, como a observância do rito legalmente estabelecido para o processo.¹³⁸

E também não é diversa a doutrina de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, segundo os quais

Diferentemente do entendimento da maioria dos autores que já versaram sobre o tema, e diferentemente do que consta de diversas legislações (inclusive do art. 22 da Lei paulista 10.177/98), optou-se, também, por não incluir entre os princípios específicos do processo administrativo algo que não pertence ao âmbito interno desse instituto, mas, sim, que o antecede, como seu principal fator determinante – qual seja, o princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da CF. Obviamente, contudo, por sua extraordinária relevância, seu conteúdo não pode ser simplesmente ignorado.¹³⁹

Carlos Eduardo Faraco Braga, por sua vez, assevera que “Os princípios constitucionais fundamentais do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório, como dito, são informadores do processo administrativo”.¹⁴⁰

Por outro lado, o devido processo legal não pode ser visto apenas sob a ótica formal, isto é, do ponto de vista unicamente de atendimento às formas e aos

¹³⁸ **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 695.

¹³⁹ **Processo Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 66.

¹⁴⁰ **O princípio da verdade material no processo administrativo in Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 198.

procedimentos prescritos. Sua interpretação, para atender aos anseios da sociedade moderna que vive num Estado de Direito, deve ser efetuada *lato sensu*, abrangendo assim aspectos que vão além da mera formalidade, para alcançar também a esfera da própria legitimidade da decisão.

Sem dúvida, mais uma vez pertinentes os ensinamentos de Carlos Roberto Siqueira Castro, para quem “Na origem, o instituto que estamos a estudar foi confeccionado como uma garantia tão apenas processual, ou seja, como um princípio assecuratório da regularidade do processo, a ser observado nas várias instâncias judiciais”.¹⁴¹ Todavia, prossegue o autor, mais adiante “passou a garantia do *due process of law* a operar como filtro de legalidade do poder de polícia do Estado [...]”¹⁴², tendo, ao lado dessa função de limite “procedimental” na esfera administrativa, “grande serventia como controlador do próprio conteúdo das decisões adotadas pela Administração Pública”.¹⁴³

E tanto assim é que Hely Lopes Meirelles destaca que “Permitido é ao Poder Judiciário examinar o processo administrativo disciplinar para verificar se a sanção imposta é legítima e se a apuração da infração atendeu ao devido processo legal”¹⁴⁴, do que, então, como facilmente se percebe, nenhuma dúvida resta a respeito da exigência dessa garantia constitucional igualmente no âmbito administrativo.

A par disso, cumpre, do mesmo modo, destacar que, modernamente, é imprescindível ter em mente que no processo administrativo-disciplinar, dada a peculiaridade de se cuidar de procedimento que visa à imposição de penalidade ao servidor, incidem os princípios e as garantias norteadores do direito processual penal, mesmo porque, ainda que se trate de órbita administrativa, não se há de cogitar de punição sem a observância da ampla defesa, do contraditório; enfim, de tudo aquilo que existe na órbita jurídica para consagrar o próprio princípio do devido processo legal.

¹⁴¹ **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.** 4ª ed. São Paulo: Forense, 2006, p. 30.

¹⁴² *Ibidem*, p. 36.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 36.

¹⁴⁴ **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2006, p. 695.

De fato, não se olvide, antes de mais nada, que, segundo Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari, “Em oposição ao princípio da verdade formal, inerente aos processos judiciais, no processo administrativo se impõe o princípio da verdade material”¹⁴⁵, complementando ainda a professora Odete Medauar que “O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade...”¹⁴⁶.

Mas não é só: também não é divergente a lição de Guilherme Favaro Corvo Ribas, para quem

[...] parece correto concluir que, tanto no processo jurisdicional penal quanto no processo administrativo sancionador, a relação entre os diversos sujeitos (ou interessados) pauta-se pelo dinamismo de suas posições jurídicas e pela disciplina do exercício do poder. Em ambos os casos, identifica-se claramente que o *ius puniendi* do Estado está adstrito a uma série de deveres e obrigações, mas que também aos acusados recaem determinados ônus ao longo do processo.¹⁴⁷

Com efeito, prossegue o autor, e aqui com especial relevância, atingindo o âmago da questão atinente ao processo administrativo instaurado contra o magistrado,

Essas características dos processos jurisdicional penal e administrativo sancionador são importantes para identificar a importância dos princípios, direitos e garantias que restringem o poder do Estado de acusar e aplicar sanções de maneira discricionária. Em um Estado de direito, o poder público se sujeita à lei e à observância dos direitos fundamentais, sendo mister observar a regra de que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), ou seja, não pode haver aplicação de sanções (e, portanto, condenação) se os ritos e as garantias encerradas no devido processo legal não tiverem sido atendidos.¹⁴⁸

¹⁴⁵ **Processo Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 109.

¹⁴⁶ **A Processualidade no Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 37.

¹⁴⁷ **O princípio da presunção de inocência no processo administrativo sancionador in Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 178 e 179.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 179.

E, para arrematar, não se poderia deixar também de inserir a colocação de Vitor Rhein Schirato, no sentido de que:

[...] o processo administrativo tem relação fundamental com os elementos do Estado democrático de direito, uma vez que reforça o dever da legalidade da atuação estatal, na medida em que amplia a noção de legalidade, bem como é elemento essencial na garantia dos direitos assegurados aos cidadãos, na medida em que funciona como contensor e condicionador do exercício do poder estatal.¹⁴⁹

Em suma, inquestionável se revela a incidência do devido processo legal (formal e materialmente considerado) nos procedimentos administrativos, inclusive nos de caráter disciplinar, esses últimos, ainda, vale sempre repetir, agasalhados pelos mesmos princípios norteadores do Direito Processual Penal.

Mas isso tudo foi aparentemente ignorado, a começar pela infundada instauração de sindicância e pela seguida quebra indevida do sigilo bancário do magistrado, contaminando toda a prova dali decorrente (mesmo que nenhum ilícito dela emanasse), como corolário natural da aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada.

Outrossim, estabelecida *in casu* a incidência dos princípios norteadores do processo penal no processo administrativo disciplinar, a partir do instante em que o defensor então constituído pelo magistrado deixou de apresentar suas alegações derradeiras após o refazimento de toda a fase instrutória, deveria esse último ter sido notificado a constituir novo advogado, sob pena de nomeação de dativo, exatamente como no processo penal, o que, todavia, não ocorreu, gerando evidente nulidade, por cerceamento de defesa.

Realmente, embora o desembargador relator, até aí aparentemente atendendo ainda aos apelos da sensatez e da ponderação, tenha chegado a devolver o prazo para as alegações finais¹⁵⁰ – o que, inclusive, era de rigor, uma vez que se aguardava a regularização do feito em virtude de erro do próprio Cartório –, mais

¹⁴⁹ **O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia** *in* **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 45.

¹⁵⁰ Despacho proferido a fls. 2139 dos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

adiante acabou por determinar que se certificasse nos autos o decurso do prazo para o oferecimento da essencial peça de defesa¹⁵¹, não mais, assim, possibilitando sua apresentação, mesmo em se tratando de feito com mais de duas mil folhas (onze volumes) e de advogado com poderes substabelecidos, que assumira o patrocínio da causa cerca de apenas um mês antes aproximadamente.¹⁵²

Ora, a partir do momento em que se utilizam no processo disciplinar os mesmos preceitos e garantias aplicáveis ao processo penal, conforme, repita-se, tranquilo posicionamento doutrinário, quem tem advogado constituído nos autos do processo administrativo e o defensor se mostre inerte na elaboração dessa específica peça de defesa (razões finais), deverá, então, ser notificado para outro constituir, sob pena de nomeação de dativo. Mas nada disso ocorreu na hipótese aqui utilizada como paradigma.

Não foi o magistrado notificado para constituir outro defensor. Não pôde apresentar suas alegações finais, que eram indispensáveis no procedimento, inclusive por conta do refazimento de toda a fase instrutória, até mesmo com a realização de nova perícia.¹⁵³ Não teve, assim, assegurado o exercício da ampla defesa, na qual se inclui a necessidade de uso da defesa técnica nos momentos em que o processo assim o requer.

Na verdade, a exigência de tal peça de defesa, fundamental que é num processo em que se visa à imposição de pena, nada mais é do que a garantia do exercício da ampla defesa, assegurado entre nós pela Constituição Federal (art. 5º, LV)¹⁵⁴, inclusive para o processo administrativo, como está expresso no referido dispositivo constitucional.

¹⁵¹ Despacho proferido a fls. 2157 dos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

¹⁵² Processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

¹⁵³ Segundo exame pericial realizado nos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

¹⁵⁴ Art. 5º. [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

Conforme o magistério de Edson Jacinto da Silva, “Princípio sagrado e constitucionalmente assegurado, o direito de defesa deve ser amplo, porque decorre do princípio de que ninguém deve ser julgado, isto é, condenado sem ter o direito amplo de defender-se”.¹⁵⁵

Por sua vez, para Romeu Felipe Bacellar Filho,

O princípio da ampla defesa, aplicado ao processo administrativo disciplinar, é compreendido de forma conjugada com o princípio do contraditório, desdobrando-se: I) no estabelecimento da oportunidade de defesa, que deve ser prévia a toda decisão capaz de influir no convencimento do julgador; II) na exigência de defesa técnica (grifo nosso); [...]¹⁵⁶

Também não são diversas as postulações de Egberto Maia Luz,

O exercício da ampla defesa há de ser devidamente operacionalizado dentro do processo, seja ele judicial ou administrativo, sob pena do mesmo ser declarado nulo por revisão do Poder Judiciário, por ser requisito inafastável de qualquer processo administrativo sendo o exercício do direito de defesa amplo, sagrado e constitucionalmente assegurado a toda pessoa contra quem é intentada uma acusação.¹⁵⁷

E isso, assim, com o julgamento realizado logo a seguir, deu causa à nulidade absoluta. Para resumir: a conduta do desembargador relator em questão, ou por falta de maior conhecimento dos atuais rumos do processo administrativo (o que, de qualquer modo, seria inadmissível), mormente após o advento da Constituição de 1998, que assegurou expressamente a incidência do devido processo legal, ou por razões outras quaisquer aqui não conhecidas, não se sustenta à luz da legalidade, configurando inequívoco cerceamento de defesa.

Pergunta-se, então: teriam tais fatos todos acontecido em sede jurisdicional? Ainda que fosse positiva a resposta, *ad argumentandum tantum*, o prejudicado poderia ao menos se valer de remédios processuais adequados, como o *habeas*

¹⁵⁵ **Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar**. 3ª ed. Campinas: Servanda, 2009, p. 139.

¹⁵⁶ **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 221.

¹⁵⁷ **Direito Administrativo Disciplinar**. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2002, p. 210.

corpus ou o *mandamus*, com resultado praticamente imediato a assegurar-lhe a restauração do direito ao contraditório e à ampla defesa, anulando-se o ato ilegal e até mesmo o julgamento, se já realizado. Mas, na seara administrativa, de nenhum instrumento semelhante dispunha o magistrado, que, assim, terá de aguardar longo prazo até que a justiça, em sede de jurisdição cível (onde se desenvolve a discussão judicial da questão administrativa), dê a palavra final sobre o caso.

Por outro lado, o fato é que, em realidade, nem ao menos se justificava a instauração de procedimento administrativo contra o magistrado, pois, repita-se, não havia qualquer notícia em seu desfavor da prática de ilicitude alguma, fosse no inquérito policial que tramitava contra sua então esposa, fosse como resultado de denúncia apresentada diretamente no Tribunal de Justiça.

Vale dizer: a instauração do processo administrativo em questão não se justificava, já que nenhuma conduta passível de caracterização como infração funcional era imputada ao magistrado, havendo apenas a descrição de fatos que, se ilícitos fossem, naquela ocasião, somente à sua mulher poderiam ser atribuídos.

Tais considerações, porém, com relação à advogada, repita-se, acabaram por se mostrar de todo inverídicas, sendo decorrentes de falsas e infundadas acusações que lhe foram atribuídas, por atuar na área criminal, no sentido de que exercia sua advocacia em benefício – e também como integrante – de determinada facção criminosa que atuava nesta unidade federativa.

A maior prova da inconsistência das acusações assacadas contra ela – que, inclusive, levaram-na ao cárcere por cerca de três meses – reside no resultado dos julgamentos efetuados pelo próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, que, apreciando os respectivos *habeas corpus* impetrados, determinou, primeiramente, a imediata revogação da prisão, por não haver nada que justificasse a custódia cautelar¹⁵⁸, e o trancamento da ação penal com relação à acusação de prática de atividades criminosas em benefício da já referida facção criminosa, por não existir

¹⁵⁸ *Habeas Corpus* n.º 00922264.3/8-0000-000. TJESP. 2ª Câmara Criminal. Rel. Martins de Souza, julg. em 27.03.06.

qualquer indício disso e, muito menos ainda, de que a advogada a integrasse de qualquer forma.¹⁵⁹

Sem dúvida, referências à atividade profissional da então esposa do magistrado, sob a capa de uma suposta ilegalidade ou ilicitude no tipo de advocacia por ela desenvolvida, representavam questão já longa e largamente superada, por ocasião do julgamento administrativo aqui tomado como paradigma, diante do que ficara decidido no acórdão proferido no julgamento (2ª Câmara do 1.º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo) do *habeas corpus* em que se decidiu trancar a ação penal quanto ao crime do artigo 288 do Código Penal a ela imputado, valendo aqui reproduzir literalmente, para que se tenha a exata ideia do alcance e da dimensão da decisão, os seguintes trechos:

Inexiste nenhum começo de prova de que a paciente integraria a pretensa quadrilha ou que tenha se valido de sua condição de advogada para servir de intermediária para tentar praticar corrupção ativa contra [...] ou qualquer outro funcionário de presídios da região de Campinas.

Ademais, a transferência de presos ou sentenciados não é crime, posto que é prevista em lei e não há elementos de provas ou indícios de que alguns dos crimes previstos no artigo 317 (corrupção passiva), ou seu parágrafo 2º (forma privilegiada), art. 320 (condescendência criminosa) ou mesmo o art. 351 (fuga de pessoa presa), todos do Código Penal.¹⁶⁰

De sua parte, isto também merece ser reprisado, o Conselho de Ética da Ordem dos Advogados – Seção de São Paulo, em processo disciplinar, já antecipara que nenhum dever ético tinha sido ofendido pela advogada, no exercício de seu mister profissional em favor de presos e sentenciados, rejeitando, ao início do processo, a pena de suspensão cautelar do exercício da advocacia proposta pelo Conselheiro Relator, culminando o procedimento com decisão final unânime desse órgão no sentido de que efetivamente ela não praticara qualquer infração ética.¹⁶¹

¹⁵⁹ *Habeas Corpus* n.º 01020576.3/7-0000-000. TJESP. 2ª Câmara Criminal. Rel. Martins de Souza, julg. em 05.03.07.

¹⁶⁰ *Habeas Corpus* n.º 01020576.3/7-0000-000. TJESP. 2ª Câmara Criminal. Rel. Martins de Souza, julg. em 05.03.07.

¹⁶¹ Processo Disciplinar n.º 99/06. OAB-SP. Rel. Eliezer de Azevedo Coelho, julg. em 30.11.07.

Mas não é só: se porventura, apenas por amor à argumentação, tivesse a esposa do magistrado à época praticado conduta punível e fosse por isso responsabilizada, a reprovação judicial somente a ela atingiria. Há séculos a pena não pode passar da pessoa do criminoso.

Para Marcello Caetano, “Infração disciplinar é o fato voluntário praticado pelo agente com violação de algum dos deveres decorrentes da função que exerce”.¹⁶² E, complementa ainda o autor lusitano, “Para que o poder disciplinar se exerça é necessário que o agente subalterno proceda de forma prejudicial à atividade do serviço público, viole os deveres de sua função, isto é, cometa uma falta disciplinar”.¹⁶³

Onde, então, observavam-se tais elementos na conduta do magistrado? Qual ato voluntário seu foi prejudicial à atividade jurisdicional que exercia, prejudicando o serviço público? Mais uma vez, aqui, cuida-se de indagações das mais difíceis de responder!

Enfim, diante de algo tão temerário, obviamente não seria permitido a ninguém tecer considerações, iniciar investigações ou mesmo chegar a efetuar acusações, em desfavor de quem quer que fosse. Mas, surpreendente e inusitadamente, isso encontrou respaldo no Tribunal de Justiça de São Paulo, que tudo aceitou como verdade sabida (o que se dizia da advogada – e só dela – à época da prisão), que, aliás, nem o próprio direito mais aceita, após o advento da Constituição de 1988 (ninguém pode ser dado como já condenado apenas com acusações, sem contraditório e ampla defesa).

Aliás, chegou a Corte Estadual até mesmo a desprezar o pronunciamento de uma de suas próprias Câmaras Criminais, em sede jurisdicional (*habeas corpus* antes referido, que trancou a ação penal¹⁶⁴), que se seguiu em favor da advogada,

¹⁶² **Manual de Direito Administrativo**. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 84.

¹⁶³ **Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português**. Coimbra: Almedina, 1932, p. 112.

¹⁶⁴ *Habeas Corpus* n.º 00922264.3/8-0000-000. TJESP. 2ª Câmara Criminal. Rel. Martins de Souza, julg. em 27.03.06.

pois, no âmbito do processo administrativo instaurado contra o magistrado, continuou a tratá-la, bem como a sua atividade, como criminosa, assim prosseguindo até o julgamento final, ocorrido quase três anos (julho de 2010) depois do veredito judicial que a excluía de participação em delito ou atividade qualquer vinculada à facção criminosa.

Por sua vez, quanto à questão do recebimento de verbas de origem ilícita (depósitos que a esposa do magistrado fazia ocasionalmente na conta conjunta do casal), também alegada na acusação administrativa, além de não ter sido demonstrado pelo Tribunal da Justiça de São Paulo o recebimento de uma única quantia sequer, uma só que fosse, como fruto de alguma ilicitude, ou simplesmente suspeita de possuir tal origem, na verdade toda a discussão acerca da vida financeira do magistrado, ao tempo da instauração do processo administrativo, era nula, por conta da absoluta e inteiramente ilegal quebra de seu sigilo bancário e fiscal, efetuado sem a observância do devido processo legal, como adiante se verá.

Em realidade, pode-se resumir a questão com a segura afirmação de que pela leitura do acórdão que serviu como base da acusação (a decisão do Conselho Superior da Magistratura que propunha a abertura do processo administrativo)¹⁶⁵ surgia um fato inconteste: não existia menção a qualquer ato judicial ou jurisdicional praticado pelo magistrado, no exercício de seu cargo, a merecer censura por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo!

De fato, deixou esse acórdão de descrever, para bem alicerçar a exortação realizada, quais condutas irregulares teria praticado o magistrado, capazes de tisonar a dignidade do Poder Judiciário. A par disso, ao falar em condutas da vida particular, tornadas públicas, não mencionou, também, nenhuma conduta de âmbito pessoal do magistrado que, nessa específica condição funcional, se tivesse tornado pública.

Para Regis Fernandes de Oliveira, ao discorrer sobre qual seria o comportamento que impõe a aplicação da sanção disciplinar,

¹⁶⁵ Acórdão inicial do CSM proferido nos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

[...] basta a voluntariedade, isto é, o movimento anímico consciente capaz de produzir efeitos jurídicos. Não há necessidade de demonstração de dolo ou culpa do infrator; basta que, praticando o fato previsto, dê causa a uma ocorrência punida pela lei. É o que tem entendido a jurisprudência.¹⁶⁶

Não se olvide, por outro lado, que a repercussão do caso junto à mídia, fato à época também erigido pela Corte Paulista em desabono do magistrado para justificar a instauração do processo, só teve origem por conta de uma prisão sem fundamento jurídico¹⁶⁷ e de uma acusação igualmente formulada ao arrepio da lei penal¹⁶⁸, como decidido posteriormente pelo próprio Tribunal de Justiça, em sede jurisdicional (em favor da advogada).

Assim, nesse específico aspecto, se responsabilidade alguma havia pela divulgação dos fatos para o público em geral, caberia ela ao próprio Poder Judiciário, não ao magistrado processado.

De qualquer modo, as acusações criminais efetuadas em desfavor da advogada¹⁶⁹, e desde logo aceitas integralmente pela Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo, diziam respeito, exclusivamente, a ela. Não era justo, muito menos jurídico, portanto, viesse o magistrado a ser administrativamente responsabilizado por tais fatos, ainda que de forma indireta, como efetivamente acabou por sê-lo.

Sintetizando: diante dos fatos relatados no acórdão administrativo que deu impulso ao processo¹⁷⁰, nenhum deles apontava qualquer interferência do magistrado na atividade profissional independente de sua esposa. E, cumpre salientar, ainda, que esse mesmo julgado, no uso de simples suposição, tenha falado que a parte dos rendimentos auferidos pela advogada e repassada ao marido constituíam “vantagem financeira de origem duvidosa” (para o magistrado). Isso, em momento algum, sustentava-se juridicamente, não só já ao tempo da própria

¹⁶⁶ **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 73.

¹⁶⁷ *Habeas Corpus* n.º 00922264.3/8-0000-000. TJESP. 2ª Câmara Criminal. Rel. Martins de Souza, julg. em 27.03.06.

¹⁶⁸ *Habeas Corpus* n.º 01020576.3/7-0000-000. TJESP. 2ª Câmara Criminal. Rel. Martins de Souza, julg. em 05.03.07.

¹⁶⁹ Processo crime n.º 050.06.001901-8. 3ª Vara Criminal Central da Capital.

¹⁷⁰ Acórdão inicial do CSM proferido nos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJSP.

acusação administrativa (não havia até então decisão judicial definitiva contra a advogada, nem indício qualquer de que o magistrado tivesse conhecimento de alguma suposta atividade criminosa por parte dela), mas também, e principalmente, ao depois, quando a própria Justiça, em sede jurisdicional, veio expressamente a excluí-la de qualquer responsabilidade penal nas acusações que lhe tinham sido feitas na polícia e na denúncia oferecida pelo Ministério Público.

Que condutas do magistrado, repita-se, segundo o acórdão que funcionou como peça inaugural do procedimento administrativo disciplinar, eram incompatíveis com os seus deveres funcionais, a ponto de configurarem possíveis infrações? Nenhuma, pois não havia a ele a imputação de nenhuma conduta comissiva, nem uma única sequer. E condutas omissivas, obviamente, somente aquelas relacionadas com o desempenho de sua atividade judicante poderiam gerar responsabilidade funcional.

Aliás, isso tudo restava bem claro a partir do momento em que, diante das acusações atribuídas ao magistrado por ocasião da abertura do processo, não se conseguia nem mesmo estabelecer o cálculo de eventual prescrição para que a Administração exercesse o poder da ação disciplinar (ou seja, antes de iniciado o processo), já que não eram especificadas quais as infrações funcionais cometidas, tampouco situadas no tempo de forma precisa.

Bem por isso que no processo administrativo em tela só se pôde cogitar de cálculo prescricional a partir de sua instauração contra o magistrado, pois esse marco está documentado nos autos e, portanto, precisamente situado no tempo.

E como infrações de apuração imprescritível são apenas aquelas excepcionadas na Constituição, dentre as quais não se inserem as de natureza administrativo-disciplinar, fica fácil de constatar a absoluta impossibilidade de que, diante da evidência dos autos à época, se tivesse instaurado o processo administrativo em tela sob os fundamentos que o justificaram na ocasião e, pior ainda, chegando ao veredito final proferido, com a responsabilização funcional e a aplicação de pena ao magistrado.

A questão toda, em verdade, ao menos do ponto de vista jurídico, chega mesmo a ser simples. O que não é tão simples, muito difícil mesmo, é justificar-se, à luz do direito e dos mandamentos éticos, a instauração do processo administrativo contra o magistrado, da forma como isso se deu, e o prosseguimento até final condenação, com a aplicação de severa pena de disciplinar, mesmo depois de um julgamento inicial que o absolvía inteiramente pela ausência de qualquer ilicitude funcional (e não falta de provas).

Mas, de qualquer modo, ainda que eventualmente se queira alegar, para justificar a postura da Corte Estadual Paulista de ter iniciado investigação e processo administrativo contra o magistrado, que isso estaria inserido no campo da discricionariedade da Administração (o que se admite aqui tão só *ad argumentandum*), não há, porém, como se explicar a aparente ilegalidade de vários atos de caráter bem objetivo praticados no correr do procedimento, inclusive no que diz respeito ao seu desfecho, com a responsabilização funcional do juiz.

E desses atos todos, o primeiro a fulminar a legalidade garantida pelo nosso texto constitucional partiu da própria Corregedoria Geral da Justiça, com a absolutamente indevida quebra do sigilo bancário e fiscal do magistrado, inclusive no que tocava à sua justificativa, ou seja, não por conta de ato dele mesmo ou denúncia de irregularidade funcional, mas única e tão somente em razão da notícia de possível envolvimento de sua mulher em ilícito penal.

Em suma: parece ter-se partido da premissa de que se a cônjuge do magistrado – o que autoriza, então, presumir que o mesmo se teria dado em caso de parente próximo, ascendente ou descendente – era investigada pela prática de crime, imediatamente deveria também sê-lo o marido, agora no âmbito administrativo, inclusive facultando-se à Administração a quebra de garantias constitucionais.

Com efeito, a quebra do sigilo fiscal e bancário pela via administrativa, em sede de procedimento disciplinar, como feito no caso paradigmático não só pelo então Corregedor Geral da Justiça, tão logo aberta a sindicância que precedeu ao processo, mas também pelo relator designado do processo administrativo, nessa

segunda vez apenas com relação ao sigilo fiscal do magistrado, é total e absolutamente inadmissível dentro de nosso ordenamento jurídico vigente, representando, em realidade, flagrante e inaceitável desrespeito a importante e fundamental garantia constitucional.

Ora, é tão importante o resguardo aos segredos da pessoa humana que a Constituição, no artigo 5º, X¹⁷¹, declara a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, ao passo que o inciso XII, desse mesmo dispositivo¹⁷², declara a inviolabilidade dos dados. Assim, com a afirmação dessas inviolabilidades, quis o legislador proteger os segredos do ser humano.

E garantir o sigilo do ser humano significa proteger os seus segredos, tantos os de sua esfera íntima, quanto os de sua vida privada. Daí porque proteger o sigilo bancário e fiscal é resguardar o indivíduo contra a divulgação indevida de sua vida privada, sendo, portanto, manifestação essencial da garantia constitucional da inviolabilidade da vida privada e dos dados.

Destarte, o direito à intimidade e ao sigilo de informações, previsto na atual Constituição Federal, é garantido como medida assecuratória, revestindo de excepcionalidade a divulgação de dados que tenham sido confiados às instituições financeiras por seus clientes, bem como a de dados que tenham sido obtidos pelo agente fiscal no exercício de suas atribuições, pois, segundo o magistério de Arnold Wald, “o sigilo garante ao indivíduo a indevassabilidade de informações que exponham ao público a sua vida privada”.¹⁷³

¹⁷¹ Art. 5º. [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 06.

¹⁷² Art. 5º. [...] X – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...] Ibidem, p. 06.

¹⁷³ **Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, vol. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 21.

O sigilo bancário, primeiramente, dentre as definições elaboradas pelos estudiosos da matéria, vem conceituado por Juan Carlos Malagarriga, que detém a definição de maior prestígio, da seguinte forma: “O sigilo bancário é obrigação de não revelar a terceiros, sem causa justificada, os dados referentes a seus clientes que cheguem a seu conhecimento como consequência das relações jurídicas que os vinculam”.¹⁷⁴

Por sua vez, no que tange ao sigilo fiscal, de forma semelhante às instituições financeiras, que devem observar sigilo sobre os negócios e as informações obtidas nas transações com seus clientes, a autoridade fiscal tem o dever de manter em segredo as informações que obtém através do exercício das suas funções.

Essa obrigação de não revelar dados, inclusive, encontra-se expressamente prevista no artigo 198, § 1º, 1º, Código Tributário Nacional, com a atual redação que lhe foi dada pela Lei Complementar n.º 104/01, que assim dispõe:

Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; [...].¹⁷⁵

Todavia, na perspectiva constitucional brasileira, vislumbram-se algumas correntes doutrinárias que divergem sobre qual dispositivo específico da Constituição daria respaldo ao sigilo fiscal e bancário.

No Supremo Tribunal Federal, tem prevalecido corrente que diz estar o sigilo bancário respaldado no artigo 5º, X, da Constituição Federal, na medida em que deve ser considerado como sendo uma das “projeções específicas do direito à intimidade”, na expressão do Ministro Celso de Melo.¹⁷⁶

¹⁷⁴ **El Secreto Bancario**. Buenos Aires: Abeledo, 1970, p. 15.

¹⁷⁵ **Código Tributário Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 62.

¹⁷⁶ Mandado de Segurança n.º 23.639-DF. STF. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 16.11.00.

Por outro lado, existe corrente adotada pela Desembargadora Federal Diva Malerbi, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que entende estar o sigilo bancário inscrito na cláusula da inviolabilidade dos dados, inovação da Constituição Federal de 1988, pois que o âmbito de proteção do direito não se restringe à proibição à violação, mas compreende também o dever de terceiros que estejam colocados na contingência de ter de divulgá-los.¹⁷⁷

E em artigo sobre a matéria, o autor Ives Gandra da Silva Martins¹⁷⁸ assevera vislumbrar o sigilo bancário insculpido na proteção outorgada pelos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal, posição essa que, efetivamente, se mostra a melhor e a mais abrangente, uma vez que a expressão sigilo de dados, contemplada no inciso XII do *supra* referido dispositivo constitucional, hospeda, no seu íntimo, inegavelmente, também as espécies sigilo bancário e sigilo fiscal, cuja garantia vem respaldada no inciso X desse mesmo dispositivo.

Estabelecidas, assim, a natureza de garantia constitucional do sigilo bancário e fiscal e o fundamento normativo em que reside, resta analisar as hipóteses em que tal garantia pode ser suprimida e de que forma, procedimentalmente falando, isso pode ocorrer.

No tocante ao sigilo bancário, antes da Lei Complementar n.º 105/01¹⁷⁹, prevalecia o entendimento de que imperava a regra da reserva de jurisdição para a obtenção de dados das instituições financeiras com a finalidade de fazer prova criminal.

No entanto, com o advento da referida lei complementar, por não possuir ela dispositivo semelhante e, ainda, em vários outros dispositivos, permitir o acesso de

¹⁷⁷ Agravo de Instrumento n.º 2001.03.00.012307-0. TRF 3ª Região. 6ª Turma. Rel. Des. Diva Malerbi, julg. em 27.09.01.

¹⁷⁸ **Sigilo Bancário**. Revista Dialética de Direito Tributário, n.º 01. São Paulo. 1995, p. 20 e 21.

¹⁷⁹ Lei Complementar n.º 105/01 – Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

alguns órgãos e entidades aos informes sigilosos sem autorização judicial, o tema restou controvertido.

E aqueles que sustentam a permanência, ainda, da exigência de reserva de jurisdição para a obtenção de informes sigilosos das instituições financeiras com o objetivo de produção de prova, notadamente na esfera criminal, apegam-se, essencialmente, à natureza constitucional do direito subjetivo ao sigilo financeiro e à necessidade de observância a alguns princípios ou garantias do processo.

É essa, *data maxima venia*, a posição mais consentânea com os fundamentos e princípios que regem um Estado Democrático de Direito.

Na atualidade, as situações em que, fundamentalmente, se permite a divulgação de informações protegidas, e, cumpre desde logo destacar, para fins de obtenção de prova no processo penal, são aquelas contempladas nos incisos do parágrafo 4º do artigo 1º da Lei Complementar n.º 105/01¹⁸⁰, ressaltando-se que o rol mencionado no dispositivo é meramente exemplificativo e não taxativo.

São situações específicas em que se permite a divulgação dessas informações, conforme estabelece o parágrafo do dispositivo em tela, ou seja, no caso de processo judicial em que se reconheça a necessidade do exame de informações sigilosas, quando então o juiz determinará às devidas instituições que as forneçam, devendo as informações ficar restritas à vista das partes.

E quanto ao sigilo fiscal, como já antes mencionado neste mesmo tópico, o artigo 198 do Código Tributário Nacional (com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar n.º 104/01), em seu parágrafo primeiro, inciso I, única hipótese que se insere no contexto do caso concreto, estabelece igualmente que as informações acobertadas pelo sigilo bancário e fiscal poderão ser fornecidas somente mediante requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça.

¹⁸⁰ Art. 1º. [...] § 4º – A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: [...]

Além disso, é necessário também, como se extrai dos dispositivos legais colacionados, que haja efetiva justificação para a quebra, ou seja, deve ser imprescindível que o pedido de quebra do sigilo bancário e fiscal seja encaminhado ao juiz com a devida fundamentação e, ainda, que haja elementos concretos que indiquem que o indivíduo tenha cometido algum fato delituoso.

De fato, o acesso aos dados protegidos pelo sigilo bancário e fiscal é muito importante, na atualidade, para a prova nos processos criminais, principalmente em relação a determinados delitos. Todavia, o acesso a esses dados para a produção de prova deve ser medida excepcional, somente possível se for expressamente permitida pela legislação e se for necessária para a apuração do ilícito criminal.

É o que se extrai do fato de a proteção ao sigilo bancário e fiscal fundar-se nos preceitos constitucionais que asseguram a inviolabilidade da vida privada e dos dados. É o que se infere, ainda, da circunstância de que a quebra do sigilo para a obtenção de prova constitui séria restrição a direito individual fundamental.

Merece realce ainda a norma do artigo 8º da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem¹⁸¹, na qual, após ser afirmado que qualquer pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, é fixada importante regra a respeito do comportamento exigível da autoridade pública. Não pode, como consta expressamente do referido dispositivo, haver ingerência dessa autoridade, senão quando houver expressa previsão em lei.

Na hipótese paradigmática, repita-se, em nenhum momento foi apresentada qualquer justificativa para as medidas violadoras do sigilo bancário e fiscal do magistrado, o que, mesmo que não servisse para convalidá-las, devido à sede

¹⁸¹ Artigo 8º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar) 1. *Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.* 2. *Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.*

imprópria para a sua decretação, mostraria ao menos a pertinência das razões da autoridade administrativa em termos persecutórios.

Basta atentar-se para o teor do despacho (e que, estranhamente, não integrou as peças extraídas para a instauração do processo administrativo) que determinou inicialmente a quebra do sigilo, complementado ainda por outras três não menos surpreendentes decisões (para pura e simples requisição administrativa de toda e qualquer movimentação bancária do magistrado), todas dos autos da sindicância¹⁸², triste precursora do processo administrativo em tela, para se constatar, de pronto, o inaceitável embasamento (ou a absoluta falta dele) que acabou por se mostrar algoz da garantia constitucional do sigilo que assistia ao magistrado e que, nesse momento se viu, então, irremediavelmente fulminada:

A gravidade dos fatos aqui tratados impõe aprofundamento das investigações, de forma a delinear o grau de envolvimento do magistrado, quer por ação, quer por omissão, com as atividades em tese criminosas de sua mulher.

Por isso, com amparo no que dispõe o artigo 314, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, determino a quebra do sigilo bancário do Dr.[....].

Oficie-se à superintendência do Banco Central [...].¹⁸³

Em suma, garantia constitucional violada sem qualquer indício anterior de ilícito por parte do investigado e, ainda, com base em simples dispositivo regimental (destacando-se, aqui, tratar-se do antigo Regimento Interno do Tribunal de Justiça e, ainda, que houve evidente erro de indicação do parágrafo, pois o que previa tal medida era o imediatamente anterior). Dispositivo esse que, demais, cuidava de investigação criminal já instaurada e em andamento junto ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça, presidida por relator sorteado, demonstrando assim não ter lugar, logicamente em face de sua gravidade, no mero âmbito administrativo-disciplinar.

Em verdade, não havendo elementos a incriminar seriamente a pessoa, não há como permitir-se a quebra do seu sigilo. Vale aqui lembrar, inclusive, por ter o caso envolvido um Ministro de Estado, o que ocorreu há alguns anos com o ex-ministro

¹⁸² Despachos constantes dos autos da sindicância n.º 186/05. TJESP.

¹⁸³ Despacho de fls. 1842/1843 dos autos da Sindicância n.º 186/05. TJESP.

Rogério Magri. O pedido que visava à quebra do seu sigilo bancário e de sua esposa fora fundado em uma notícia de jornal, na qual constava terem sido encontrados, no lixo de sua residência, dois cinturões usados para envolver dinheiro. E, conseqüentemente, a petição foi indeferida, pois a autoridade policial limitou-se a informar que necessitava do deferimento do pedido para instruir o inquérito que se instaurava contra Rogério Magri. Assim, é evidente que não havia elementos suficientes para que se quebrasse o sigilo da pessoa investigada, o que levou ao indeferimento do pedido.¹⁸⁴

Enfim, nesse específico caso, ficou muito bem assentado pelo Ministro Carlos Velloso que não se pode quebrar sigilo para descobrir um crime. Sua quebra justifica-se para ratificar um delito que, previamente, já apresente fundados indícios.¹⁸⁵

Um direito individual não pode ficar ao arbítrio ou à vontade pública ou coletiva. A devassa da vida privada ou a quebra da intimidade fere princípios éticos, o que ocasiona ruptura nos direitos da cidadania. O Estado necessita ser ético.

Não basta, portanto, para a quebra do sigilo, o mero *status suspicionis*, sem outros dados mais consistentes. Se não existem provas mínimas ou indícios da ocorrência de um delito, muito menos de sua autoria, não se pode pedir o levantamento do sigilo para a descoberta de um delito que ainda não se conhece, mas se imagina possa ter ocorrido. Meras acusações, assentadas naquilo que seria possível, não são fundamentação adequada para justificar a quebra do sigilo bancário, pois a possibilidade levantada em si mesma, como mera probabilidade, é um absoluto tão vazio, inespecífico e genérico que poderia ser aplicado a qualquer cidadão, por mais honesto que fosse.

Assim, o espírito da nossa Constituição Federal foi o de expurgar do direito brasileiro a possibilidade de devassa da intimidade, da privacidade e dos dados, resguardando-os mediante sigilo e somente permitindo que sejam afetados em

¹⁸⁴ Petição n.º 577, de 25.03.92. STF. Rel. Min. Carlos Velloso. RTJ 148/366.

¹⁸⁵ Ibidem.

condições excepcionais, nas quais então se poderá requerer, com base no concreto interesse público e social, e ainda pelas vias processuais adequadas, a quebra do sigilo bancário e fiscal.

Aliás, é exatamente nesse sentido a doutrina de Antonio Scarance Fernandes, para quem, ao tratar do sigilo financeiro como garantidor da privacidade, “proteger o sigilo bancário é resguardar o indivíduo contra a divulgação indevida de sua vida privada, assim, manifestação essencial da garantia constitucional da inviolabilidade da vida privada (art. 5º, X, CF) e dos dados (art. 5º, XII, CF)”.¹⁸⁶

Resumindo: não é admissível, em hipótese alguma, a quebra do sigilo fiscal e bancário para que se busquem indícios de possíveis infrações; a *pescaria* de ilícitos à custa da supressão de garantias e direitos fundamentais não tem lugar em nosso ordenamento jurídico. Somente a partir de indícios concretos de materialidade e de autoria de infrações cuja natureza justifique tal pedido é que se pode admitir a quebra do sigilo fiscal e bancário.

Portanto, a medida decretada em desfavor do magistrado foi total e absolutamente ilegal em face da não existência de qualquer indício de prova anterior, por menor que fosse, acerca de possível ilicitude sua e, ainda mais, que justificasse a necessidade de tão extrema medida.

Bem por isso que a medida judicial que decreta a quebra de sigilo fiscal e bancário, repita-se, só tem lugar em processo de natureza criminal, diante da fundada suspeita da prática de crime, daí porque jamais poderia ter sido decretada no caso adotado como paradigma, em se tratando de mero processo administrativo-disciplinar.

Mas não é só: o dispositivo regimental invocado na decisão de quebra do sigilo bancário do magistrado, por meio de seu parágrafo segundo (cumpre lembrar, nessa decisão houve equivocada indicação, pois a previsão de quebra estava no parágrafo

¹⁸⁶ **O sigilo financeiro e a prova criminal in Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 459.

primeiro), exigia que houvesse a regular notificação do ato ao interessado, para possibilitar a interposição de agravo regimental, ou outra medida judicial pertinente.¹⁸⁷ Isso, todavia, não ocorreu na espécie, posto que o magistrado só veio a saber da quebra do seu sigilo bancário e fiscal mais de um ano depois, quando foi instado pela Corregedoria Geral da Justiça a prestar suas informações.

Ora, se a autoridade administrativa (o então Corregedor Geral da Justiça) entendeu que tal dispositivo regimental era adequado a sustentar o decreto de quebra do sigilo, porque, então, o cumpriu só pela metade, na parte que interessava à Corregedoria e não naquela que assegurava o direito do magistrado, como investigado?

Fica, na verdade, a impressão de ato praticado sem a devida avaliação de suas possíveis consequências, o que não proporcionou chance ao investigado de opor-se, legitimamente, aos interesses do Tribunal de Justiça de São Paulo.

E isso, mais uma vez, fulminou a ética e a legalidade que se esperavam, antes de mais nada, dos atos provenientes de uma autoridade investida em cargo tão elevado quanto o de Corregedor Geral da Justiça!

Outrossim, o sigilo fiscal e bancário só pode ser quebrado mediante requisição judicial, em processo que tramite nessa órbita, vale dizer, com o juiz regularmente investido na função jurisdicional e não na atividade meramente administrativa, como ocorria com o então Corregedor Geral da Justiça e depois com o desembargador relator designado.

Na doutrina, vamos encontrar o magistério de Miguel Reale e Ives Gandra da Silva Martins, segundo os quais

Assim, exceção às CPLs, para as quais são inerentes poderes próprios de investigação judicial por outorga constitucional, não podem outros órgãos, poderes ou entidades não autorizadas pela Lei Maior quebrar o sigilo bancário e, pois, afastar o direito à privacidade

¹⁸⁷ Artigo 314, § 2º, do RITJESP (antigo): *Da determinação de quebra de sigilo caberá agravo regimental para o Órgão Especial (artigo 858 do Regimento Interno).*

independentemente de autorização judicial, a pretexto de fazer prevalecer o interesse público, máxime quando não têm o dever de imparcialidade por serem parte na relação mantida com o particular.¹⁸⁸

Ainda, segundo os renomados autores supracitados,

[...] sublinha a Suprema Corte que mesmo o Judiciário há de agir com extrema moderação ao autorizar a providência excepcional de ruptura da esfera de privacidade individual - o que se impõe, também, à quebra de sigilo determinada pela CPI - fazendo-o exclusivamente se: a) existirem pelo menos elementos mínimos a indicar a possibilidade de prática delituosa, de sua autoria e materialidade; b) a medida for pertinente e atender ao interesse público; e c) se não houver outro meio para revelar a verdade material.¹⁸⁹

De igual forma, para Alexandre de Moraes, a questão não se apresenta diversa, pois

[...] nos sigilos bancário e fiscal, consagrados como direitos individuais constitucionalmente protegidos, somente poderão ser excepcionados por ordem judicial fundamentada ou de Comissões Parlamentares de Inquéritos, desde que presentes requisitos razoáveis, que demonstrem, em caráter restrito e nos estritos limites legais, a necessidade de conhecimento dos dados sigilosos.¹⁹⁰

Enfim, para o mencionado autor,

[...] a quebra do sigilo bancário só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos de suspeita que se apoiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática ilícita por parte daquele que sofre a investigação.¹⁹¹

Sem dúvida, não se coaduna com o princípio da reserva de jurisdição a quebra do sigilo fiscal ou bancário por decisão exclusiva da administração, independente de autorização judicial. É importante esclarecer que o princípio da reserva constitucional de jurisdição foi disseminado pelo ilustre constitucionalista lusitano J. J. Gomes Canotilho, para quem, por efeito de uma verdadeira discriminação material

¹⁸⁸ **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 55.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 57.

¹⁹⁰ **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 92.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 92.

de competência jurisdicional fixada no texto da Constituição, a prática de determinados atos que impliquem em restrições a direitos resguardados pelo texto constitucional somente pode ser ordenada por magistrados.¹⁹²

Nesse sentido, inclusive, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (STJ), ao comentar sobre o princípio da reserva constitucional de jurisdição, já esclareceu que

A função específica, atribuída pela Constituição ao Poder Judiciário, é a de compor os litígios em nome do Estado. É a denominada função jurisdicional, que na sua essência, se funda no inciso XXXV do art. 5º daquela Lei Maior, nestes termos: ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Ao lado dessa função típica, os órgãos do Poder Judiciário exercem outras, previstas na própria Constituição.¹⁹³

Aliás, é importante ressaltar que mesmo nos casos das Comissões Parlamentares de Inquéritos, em que existe autorização delegatória expressa e específica da Constituição Federal, em seu artigo 58, § 3º, para que o Poder Legislativo, no âmbito dessas comissões, *tenham os mesmos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*¹⁹⁴, o Poder Judiciário, por intermédio da Suprema Corte, não raro tem decidido que tais poderes excepcionais não podem ser exercidos legitimamente quando se opõem aos direitos individuais da liberdade, privacidade e propriedade, por força, justamente, do princípio da reserva constitucional de jurisdição.

De fato, o Supremo Tribunal Federal, reportando-se ao princípio da reserva constitucional de jurisdição, já decidiu que

O postulado da reserva constitucional de jurisdição, consoante assinala a doutrina, importa em submeter, à esfera única dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive

¹⁹² **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 580 a 586.

¹⁹³ **O Judiciário e a Constituição in O Poder Judiciário: Algumas Reflexões**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 40.

¹⁹⁴ **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 62.

daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais'.¹⁹⁵

Em diversos outros arestos, o Pretório Excelso deixou claro que, no tocante ao sigilo bancário, “somente é possível afastá-lo por ordem judicial”, consoante voto do ilustre relator Ministro Marco Aurélio, no julgamento do MS n.º 21.729-4, vindo o não menos ilustre Ministro Maurício Corrêa a observar, em seu voto, que

[...] os 17 (dezesete) precedentes aqui examinados ou apenas mencionados permitem extrair com segurança a doutrina desta Corte firmada no transcorrer de quase cinquenta anos, sendo de se notar que ela está calcada em dois princípios fundamentais: o primeiro diz que o direito ao sigilo bancário é um direito individual, mas não absoluto, porque cede diante do interesse público; o segundo princípio informa que a violação do sigilo bancário só é permitida no interesse da justiça e por determinação judicial.¹⁹⁶

Sempre nesse mesmo sentido, confirmam-se, ainda, os seguintes julgados da Excelsa Corte: MS n.º 23.614/DF, Ministro Carlos Velloso, j. 12.01.00, DJ 01.02.00, pag. 118; MS n.º 23.454-DF, Ministro Marco Aurélio, j. 29.05.99, DJ 07.06.99, pag. 04; e MS n.º 23.466-DF, Ministro Sepúlveda Pertence, j. 17.06.99, DJ 22.06.99, pag. 31.

Enfim, firmou-se, destarte, o entendimento de que o direito ao sigilo bancário e fiscal não se trata de um direito absoluto individual, mas que só pode ser quebrado por determinação judicial, em vista de outros interesses que assim o exijam, como, v. g., a investigação de ilícitos criminais (e não simplesmente administrativos), assegurado o devido processo legal.

Tal decisão deve ser lastreada em indícios de fato delituoso (e não, repita-se, de mero ilícito funcional) e de sua autoria, bem como na imprescindível necessidade de obtenção de prova por meio de quebra de sigilo bancário ou fiscal.

¹⁹⁵ Mandado de Segurança n.º 23.452/RJ. STF. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. em 01.06.99 e publ. no DJ em 08.06.99, p. 11.

¹⁹⁶ Mandado de Segurança n.º 21.729-4/DF. STF. 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. em 05.10.1995 e publ. no DJ em 16.10.95.

Por essas razões é que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça, como acima demonstrado, já decidiram reiteradamente não ser possível a quebra do sigilo sem a manifestação de autoridade judicial, e muito menos por simples solicitação de autoridade administrativa ou do Ministério Público.

E, sendo uma providência excepcional, exige não apenas cautela e prudência por parte do magistrado, mas também indícios instrutórios mínimos de autoria e materialidade delitiva. Deve ser acompanhada de uma fundamentação razoável, de um motivo racional, de uma suspeita objetiva e fundada. Deve haver, ainda, uma relação de pertinência entre a prova pretendida, com as informações bancárias, e o objeto das investigações em curso. Isto é, deve ser demonstrado que a providência requerida é indispensável ao êxito das investigações.

Mas não é só: é também unânime e firme na doutrina e na jurisprudência o posicionamento no sentido de que há evidente impossibilidade de órgão não imparcial requerer diretamente a quebra do sigilo bancário e fiscal de determinado indivíduo, ou seja, sem a competente autorização judicial. A quebra do sigilo bancário e fiscal interfere no patrimônio, violando o direito à intimidade, privacidade e sigilo de dados, e, exatamente por isso, deve decorrer necessariamente de tutela jurisdicional, que é imparcial por excelência, além de não afrontar também a garantia constitucional do devido processo legal, elencada no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.¹⁹⁷

Bem por isso que, igualmente, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que o dispositivo constitucional acima transcrito não autoriza, *v. g.*, o Ministério Público a ter acesso ao sigilo bancário de outrem, baseando sua decisão na teoria do direito da personalidade e considerando o sigilo bancário como direito de nível constitucional, que não pode ser quebrado por quem não tem o dever de imparcialidade, somente podendo ser afastado por autorização do Poder Judiciário, este, sim, incumbido de tal dever.

¹⁹⁷ Art. 5º. [...] LIV – *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*; [...] **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.11.

Vale conferir, a seguir, trecho do acórdão em questão, lapidarmente relatado pelo Ministro Carlos Velloso:

Todavia, deixei expresso no voto que proferi no MS 21.729-DF, por se tratar de um direito que tem status constitucional, a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial (grifo nosso), por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, e que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo. O Ministério Público, por mais importantes que sejam as suas funções, não tem a obrigação de ser imparcial. Sendo parte - advogado da sociedade - a parcialidade lhe é inerente. Então, como poderia a parte, que tem interesse na ação, efetivar, ela própria, a quebra de um direito inerente à privacidade, que é garantido pela Constituição?¹⁹⁸

Lição que se amolda como luva à hipótese paradigmática, pois, como se extrai do seu exame, a Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, ao determinar inicialmente a ilegal quebra do sigilo fiscal e bancário do magistrado por via meramente administrativa, fê-lo sem qualquer imparcialidade, justamente por ser a parte diretamente interessada em descobrir a prática de alguma infração funcional.

Admitida a quebra do sigilo bancário e fiscal em situações excepcionais, deve ela ser sempre antecedida de autorização por ordem judicial, visto que essa quebra afronta uma garantia individual fundamental constitucionalmente estabelecida. E a necessidade da ordem judicial para a realização da quebra do sigilo se faz presente devido ao fato de o Poder Judiciário ser considerado uma instituição imparcial, enquanto a administração, sendo o próprio órgão mais interessado nas informações resultantes do procedimento, obviamente não o é.

Ou seja, somente o Poder Judiciário, por meio da atividade jurisdicional, detém a imparcialidade exigida para desvendar em que circunstâncias pode ser revelada a intimidade do indivíduo. Somente por ordem judicial é possível ultrapassar-se a barreira constitucional da privacidade para mensurar quando o valor privacidade deverá ceder em prol do interesse público.

¹⁹⁸ Recurso Extraordinário n.º 215.301-0/CE. STF. 2ª Turma. Rel. Carlos Velloso. Julg. em 13.04.99 e publ. em 28.05.99.

Como se poderia então, mormente em face da inicial decisão de quebra do sigilo fiscal e bancário do magistrado, alegar a isenção do então Corregedor Geral da Justiça de São Paulo, se ele mesmo era o maior interessado na produção das provas, tanto que acabou, com voto de sua própria relatoria, por propor a instauração do processo e o afastamento do magistrado?

A par disso, como se poderia igualmente afirmar a isenção e a imparcialidade da autoridade administrativa que presidia o processo, a partir da conversão em diligências, se ele agia como representante dos interesses da instituição processante e não como magistrado investido no dever de imparcialidade inerente e intrínseco à atividade jurisdicional?

São negativas, obviamente, ambas as respostas!

Não há aqui como se confundir. As duas autoridades acima referidas, embora na condição funcional de magistrados, praticaram os atos aqui criticados como meras autoridades administrativas, não como autoridades judiciárias em exercício de regular atividade jurisdicional.

Isso tudo significa, considerada a cláusula da primazia judiciária que encontra fundamento no próprio texto da Constituição, que tal norma exige, para a legítima efetivação de determinados atos, notadamente daqueles que implicam restrição a direitos, que sejam eles ordenados apenas por magistrados, no exercício da função jurisdicional.

Em suma, trata-se da hipótese paradigmática de garantia constitucional violada em sede imprópria (processo meramente administrativo e não criminal), sem qualquer indício anterior de ilícito por parte do investigado, por autoridades impedidas de fazê-lo, já que representavam o próprio órgão interessado na produção da prova, e, ainda, fora da única via decisória admissível, ou seja, a judicial, como resultado de determinação proferida por autoridade judiciária no regular exercício de atividade jurisdicional!

Por outro lado, a não ocorrência de nenhum dos pressupostos de legalidade aqui apontados nas decisões emanadas do então Corregedor Geral da Justiça e, posteriormente, do relator designado – no segundo caso, com a agravante ainda de ser respectiva a período não compreendido pelos fatos objeto de apuração no processo –, faziam-nas, óbvia, natural e conseqüentemente, nulas de pleno direito, por expressa violação das garantias constitucionais acima explicitadas e, em última instância, pela infringência também do próprio princípio do devido processo legal, igualmente assegurado pelo nosso Texto Maior.

E como corolário inarredável da ilegalidade da prova obtida antes do início do processo administrativo contra o magistrado, e sobre a qual se fundou tal instauração, temos a nulidade absoluta do feito.

Com efeito, a Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 5º, LVI¹⁹⁹, e a Lei n.º 9.784/99 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), por intermédio de seu artigo 30²⁰⁰, vedam expressamente a admissão de provas obtidas por meios ilícitos no âmbito do processo administrativo.

Ora, a quebra do sigilo bancário e fiscal efetuada sem os requisitos e as formalidades legais já exaustivamente mencionadas, será, então, ilícita e tratada segundo as restrições estabelecidas pelo supracitado mandamento constitucional: qualquer ato processual ou procedimental do qual resulte prejuízo para a defesa ou para a acusação é nulo.

Como qualquer outra prova obtida por meios ilícitos, a que for produzida mediante violação ilegal e indevida do sigilo bancário e fiscal não pode ser admitida no processo, sendo, portanto, destituída de qualquer eficácia jurídica.

Estamos, enfim, diante da conhecida teoria dos *frutos da árvore envenenada*.²⁰¹ Essa teoria tem origem no direito norte-americano, tendo sido criada pela Suprema

¹⁹⁹ Art. 5º. [...] LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos; [...] **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

²⁰⁰ Art. 30. São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.

²⁰¹ *The fruit of the poisonous tree*.

Corte dos Estados Unidos, que entende que os vícios da planta são transmitidos aos seus frutos. Em outras palavras, os vícios de uma determinada prova contaminam tudo aquilo que dela se originou.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em precisa manifestação do Ministro Celso de Mello, já deixou bem acentuado que

[...] a cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. A prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação – é repelida pelo ordenamento jurídico constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia.²⁰²

Mas não é só: segundo Guilherme Favaro Corvo Ribas, “A doutrina e a jurisprudência seguem caminho ainda mais rigoroso; as provas produzidas a partir das provas ilícitas são imprestáveis para fins de instrução processual (doutrina dos frutos envenenados)”.²⁰³

Em síntese, os dispositivos constitucionais, bem como a legislação ordinária e as cláusulas de Direitos Humanos, expressam a proibição da prova ilícita, de modo que toda a prova que é produzida ou trazida para os autos em prejuízo dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa ou do contraditório (ex vi artigo 5º, LVI, da Constituição Federal²⁰⁴; artigos 155 e seguintes do Código de Processo

²⁰² Recurso Extraordinário n.º 251.445/GO. STF. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. em 21.06.2000 e publ. em 03.08.2000.

²⁰³ **O princípio da presunção de inocência no processo administrativo sancionador** in **Atuais Rumos do Processo Administrativo** – Org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.184.

²⁰⁴ **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.11.

Penal²⁰⁵; e artigo 25 do Pacto de San José da Costa Rica²⁰⁶), daí porque a quebra do sigilo bancário e fiscal que não se sujeitar estritamente ao procedimento legal para a sua obtenção, inclusive no que diz respeito às hipóteses que a autorizam, não terá qualquer validade dentro do processo, para o fim a que se destina tal prova, ou seja, a eventual punição do infrator.

Verifica-se, portanto, com evidência palmar, que a prova ilícita obtida pela Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, por si só, já fulminava o processo administrativo com suporte nela instaurado, impondo, exigindo mesmo, a declaração de sua integral nulidade por ocasião do julgamento, até porque a essa altura o vício já havia sido exaustivamente levantado e debatido nos autos pela defensoria do magistrado.

E mais: para arrematar tal questão, era tão flagrante a ilegalidade cometida com relação à quebra do sigilo bancário e fiscal do magistrado que o novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo (já em vigor por ocasião do julgamento ocorrido no caso paradigmático), demonstrando o cuidado e a atenção que a questão das garantias constitucionais modernamente exige, estabelece, em seu artigo 92, §4º, que a quebra das referidas garantias relativamente a um magistrado só poderá ocorrer por deliberação do Órgão Especial e não mais por decisão monocrática de algum integrante do Conselho Superior da Magistratura ou mesmo do próprio relator do processo²⁰⁷, como ocorria sob a égide do regimento interno anterior (art. 314, § 1º).²⁰⁸

²⁰⁵ **Código de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 380/381.

²⁰⁶ Artigo 25 do Pacto de San José da Costa Rica – *Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo. Perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.*

²⁰⁷ Art. 92, § 4º, do RITJESP. *O relator poderá requisitar o concurso da autoridade policial, para, sob sua direta fiscalização, auxiliar nas investigações, dependendo a quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico ou de dados eletrônicos de autorização do Órgão Especial.*

²⁰⁸ Art. 314, § 1º, do RITJESP (antigo). *Entre os poderes investigatórios do relator sorteado estão compreendidos os de requisitar diligências e perícias às autoridades policiais, bem como de determinar a quebra de sigilo, postal, telegráfico, telefônico, fiscal, de dados e bancário.*

Assim, atualmente, se o relator reputar necessária tal extrema medida, deverá submetê-la a seus pares, para que a decisão seja, então, tomada de forma colegiada, pelo Órgão Especial. E note-se, vale de mesmo modo ressaltar que o dispositivo regimental indicado refere-se à quebra de sigilo em hipótese de perseguição penal, como já o fazia igualmente o regimento anterior, deixando óbvio que, em sede administrativa, para apuração de mero ilícito funcional, nunca houve como se admitir a providência em questão.

Como, assim, mais uma vez aqui se indaga, justificar, à luz da ética e do direito, o fato de, no julgamento final do magistrado, o relator designado ter ignorado todos esses conceitos e posicionamentos jurídicos, além do próprio fato de que ao magistrado não se havia dado ciência oportunamente da quebra do sigilo, como exigia o regimento interno, reputando expressamente legal em seu voto tudo o que ocorrera no processo mesmo antes dele?

E como se justifica, ainda sob esses mesmos parâmetros, que seu posicionamento não tenha sido contrariado, com uma única e louvável exceção, por nenhum outro integrante do órgão julgador, todos integrantes da mais alta cúpula julgadora – e, portanto, a que deveria ser mais qualificada – do Tribunal de Justiça Paulista?

Difícil acharem-se respostas que não provoquem alguma indignação.

Outrossim, prosseguindo-se com a indicação dos aparentes vícios, de ordem tanto ética quanto legal, que se verificaram no caso paradigmático, a ilegal quebra do sigilo bancário e fiscal do magistrado acabou por também atingir e fulminar outra relevantíssima garantia constitucional que a ele igualmente assistia: a do direito à intimidade e à vida privada. Como também houve ofensa ao direito à intimidade quando, de forma até mesmo cruel, se trouxeram à baila fatos que diziam respeito à vida íntima do casal.

Fatos da vida íntima do casal que não diziam respeito, de forma alguma, à conduta profissional do magistrado, inclusive no desempenho de sua atividade jurisdicional.

Entre os direitos fundamentais do homem, sobreleva o direito à vida humana, na globalização de seus aspectos físico e psíquico. De outra parte, quando o direito dá proteção à vida humana, não se refere, simplesmente, ao todo, mas a cada vida humana, em particular.

Para o jusfilósofo espanhol Recasens Siches, “a vida é sempre a vida de cada um, a minha, exclusivamente própria, individual, única, intransferível, incansável, insubstituível”.²⁰⁹

Daí poder-se, com Ortega y Gasset, definir o homem: “Eu sou eu e minhas circunstâncias”.²¹⁰ E as circunstâncias da vida de cada um são diferentes.

Sim, porque ao travar seu contato com o mundo, o eu interior passa a ser emoldurado e moldado pelas circunstâncias da vida. As circunstâncias vão se agregando ao *ego*, tornando-o individual e próprio, pela infindável variedade de circunstâncias de cada ser humano em particular. Ambos – *eu* e *circunstâncias* – passam a formar uma unidade combinada, constituindo e integrando a vida do homem. E quando falamos em circunstâncias da existência não podemos deixar de acentuar: não são apenas as naturais, como também as sobrenaturais e emotivas ligadas ao campo da afetividade.

Portanto, viver é tratar com o mundo. Ou, como pretende Ortega y Gasset, “a vida é, essencialmente, um diálogo com o contorno”.²¹¹ E cada homem, em

²⁰⁹ **Introducción al Estudio del Derecho**. 7ª ed. México: Porrúa, 1985, p. 16. Texto original: [...] *la vida es siempre la vida de cada uno, la mía, exclusivamente propia, individual, única, intransferible, incanjeable, insustituible*.

²¹⁰ **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Duas Cidades, 1960, p. 197.

²¹¹ **Las Atlántidas**. Madrid: Alianza, 1932, p. 830. Texto original: [...] *la vida es, esencialmente, un diálogo con el contorno*.

particular, passa então a viver e a sentir suas circunstâncias, pois “temos que fazer nossa em vista da circunstância de cada instante”.²¹²

Por isso, se para outros animais e vegetais, “viver é evolução, para o homem a vida é drama, e porque tem que decidir em cada instante o que vai ser o próximo, tem que descobrir o plano mesmo, o projeto mesmo de seu ser”.²¹³

Ora, o magistrado tinha agregado à sua vida, entre outras, as seguintes circunstâncias: a) ter-se casado; b) ser pai de dois filhos; c) ser Juiz de Direito; d) exercer sua mulher a advocacia; e) ter-se separado judicialmente, em virtude de acontecimentos de repercussão na sua vida íntima pessoal e na do casal.

Todavia, acredita-se, jamais poderia ele imaginar que outra circunstância viesse a se incorporar à sua existência: responder a um procedimento administrativo, fruto de repercussão, na sua vida funcional, de fatos atribuídos apenas à sua então esposa, para os quais em nada contribuía ou participava e tendo de suportar o desrespeito à sua intimidade de homem e cidadão.

Tristes circunstâncias e experiências de vida. Não é possível que fatos estranhos à atividade jurisdicional e atribuídos a outrem possam macular a continuidade de uma carreira de quem para ela optou como anseio maior de vocação.

A Casa em que o procedimento administrativo contra o magistrado teve lugar em Tribunal de Justiça se corporificava. Mais do que nunca estava presente a certeza de que Justiça se fizesse, com a estrita observância dos princípios éticos e legais vigentes em nosso ordenamento jurídico. Aliás, os primeiros extrapolam o campo da legalidade, ingressando na órbita da própria moralidade.

²¹² Ibidem, p. 830. Texto original: [...] *tenenos que hacernos nuestra vida en vista de la circunstancia de cada instante.*

²¹³ Apud, RUBIO, José Hernandez. **Sociologia y Política em Revista dos Tribunais**. Ortega y Gasset. Barcelona: Bosch, 1956, p. 20. Texto original: [...] *vivir es evolución, para el hombre la vida es drama, y porque tiene que decidir en cada instante lo que va a ser el próximo, tiene que descubrir el plan mismo, el proyecto mismo de su ser.*

Mas, desafortunadamente, não é o que aconteceu em relação ao magistrado processado. Os atos que se verificaram na sindicância n.º 186/05 confirmam essa triste realidade, como adiante se verá.

A proteção à privacidade de cada pessoa ou o respeito à vida privada adquiriu especial relevo, no mundo ocidental, a partir do final do século XIX e início do século XX.

O autor Paulo José da Costa Júnior recorda que foi nos Estados Unidos da América, “em fins do século passado, que se sentiu, pela vez primeira, a ameaça que se fazia ao direito que o homem tem de ser deixado a sós”, sendo apresentado, em 1902, à Corte Suprema, “o primeiro caso de violação do direito à intimidade”.²¹⁴

Os países da Europa ocidental, por intermédio do Conselho da Europa, com a colaboração de outros organismos internacionais, procuraram, como nos ensina Elimar Szaniawski, “criar normas gerais de proteção da esfera íntima de uma pessoa, obrigando-se os países-membros, signatários, a promulgarem leis de proteção à vida privada de seus cidadãos, procurando uniformizar os meios de proteção das pessoas”, sendo adotada, em regra, a definição de direito ao respeito da vida privada elaborado pela Assembleia Consultiva do citado Conselho, em sua Resolução n.º 428, de 23.01.1970.²¹⁵

A doutrina francesa toma a expressão “proteção da vida privada”, *lato sensu*, no sentido de que consiste em “todas as regras jurídicas que têm por finalidade proteger a vida pessoal e familiar”.²¹⁶

Considera-se que “a vida pessoal e familiar necessita de uma esfera de segredo para desabrochar e se desenvolver, sendo, portanto, o segredo, uma

²¹⁴ **O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 9 e 10.

²¹⁵ **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 119.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 120.

condição de sua liberdade” e, daí, “ser necessária a proteção desta esfera secreta dos atentados dirigidos à liberdade”.²¹⁷

A defesa do respeito à vida privada, na atualidade, se faz mais necessária, pois “não podemos permanecer indiferentes quando os meios de comunicação de massa realizam um tipo de expropriação da vida privada por ‘curiosidade pública’, quando a tecnologia põe ao alcance de indiscretos e bisbilhoteiros instrumentos verdadeiramente diabólicos, para penetrarem em ‘nosso jardim secreto’ e transformarem a nossa solidão em ingênua aparência”.²¹⁸

Para Kayser, o direito de se opor à divulgação da vida privada, “objetiva a proteção da vida privada de alguém contra a divulgação de fatos da vida que lhe são íntimos”.²¹⁹

Trata-se de verdadeiro direito da personalidade. Aliás, os tribunais franceses procuram “definir direito à vida privada como o prolongamento da personalidade do indivíduo”.²²⁰

O direito à intimidade tutela dois interesses que se somam: “O interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões, e o de que não venha a ser divulgada”.²²¹

De Cupis, no entanto, vê na proteção da esfera íntima da pessoa, dois tipos de direito: “o direito ao resguardo (*riservatezza*), e o direito ao segredo (*segretezza*)”. Assim,

²¹⁷ Ibidem, p. 120.

²¹⁸ JÚNIOR, Paulo José da Costa. **O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 18.

²¹⁹ *Apud* SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 121.

²²⁰ Ibidem, p. 122.

²²¹ JÚNIOR, Paulo José da Costa. **O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade**. São Paulo: – Revista dos Tribunais, 1970, p. 28.

[...] o direito ao resguardo seria uma qualidade da pessoa, um bem a esta inerente, consistindo na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere somente a ela. O direito ao segredo seria um aspecto particular do direito ao resguardo, onde determinadas manifestações da personalidade devem ser mantidas inacessíveis ao conhecimento de terceiros”.²²²

Franceschelli, em monografia específica sobre o tema da tutela da intimidade, se opõe ao pensamento de De Cupis, sob o argumento final de que “como a noção naturalística de resguardo em sentido amplo coincide com a de segredo, ambos os termos se comportam como sinônimos”.²²³

Diante de tais considerações, não há dúvida sobre a existência do direito ao respeito da vida privada de cada pessoa e de sua família. Trata-se do respeito do direito à intimidade que, para Musatti, “é uma espécie de premissa geral, quase que um a priori, um antecedente geral da personalidade e da capacidade jurídica”.²²⁴

Em suma, trata-se de um fundamental direito da personalidade.

No Brasil, o direito à intimidade adquiriu o *status* de direito da personalidade, de caráter fundamental e constitucional, pois o artigo 5º, X, da Constituição Federal dispõe serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.²²⁵

Portanto, o respeito à intimidade e à vida privada de cada pessoa é preceito cogente. Toda pessoa tem o direito de defender, de lutar pelo seu direito e pela preservação de sua personalidade, na intimidade de sua vida, bem como de sua família.

²²² *Apud* SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 123.

²²³ *Ibidem*, p. 123.

²²⁴ JÚNIOR, Paulo José da Costa. **O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, nota 107 à pag. 47.

²²⁵ Art. 5º. [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 06.

Carlos Alberto Bittar considera o direito à intimidade entre os direitos de cunho psíquico, nele divisando “a proteção da privacidade na exata medida da elisão de qualquer atentado a aspectos particulares ou íntimos da vida da pessoa, em sua consciência, ou em seu circuito próprio, compreendendo-se o seu lar, a sua família e a sua correspondência”.²²⁶

Seu ponto nodal está “na exigência de isolamento mental íntima no psiquismo humano, que leva a pessoa a não desejar que certos aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros”.²²⁷

No campo do direito à intimidade, por sua vez, aponta, ainda, o autor pátrio que são protegidas, dentre outros bens, as “relações familiares”.²²⁸

Ao tratar dos direitos fundamentais da pessoa humana, entre outros o da inviolabilidade da vida privada, o já referido Recasens Siches ensina que

Consiste em reconhecer ao sujeito um âmbito que constitua uma espécie de sua própria competência; consiste em construir uma espécie de cerca ou fortaleza inexpugnável ao redor do sujeito para a proteção da livre espontaneidade deste em todos os comportamentos cuja liberdade garantam tais direitos.²²⁹

E prossegue o autor:

A pessoa humana, por virtude da sua dignidade, possui direitos primários, não somente sobre outros homens, mas também frente à reunião global de todos os homens.

O valor supremo no Direito consiste no reconhecimento da dignidade da pessoa humana individual, da qual flui o princípio de liberdade,

²²⁶ **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Forense Universitária, 1989, p. 102 e 103.

²²⁷ *Ibidem*, p. 103.

²²⁸ *Ibidem*, p. 103.

²²⁹ **Introducción al Estudio del Derecho**. Cidade do México: Porrúa, 1985, p.337. Texto original: *Consiste en reconocerle al sujeto un ámbito que constituye una especie de competencia totalmente propia suya de él; consiste en edificar una especie de cerca o de fortaleza inexpugnable en derredor del sujeto para la protección de la libre espontaneidad de este en todos los comportamientos cuya libertad garantiza tales derechos.*

virtude por meio da qual se limita a ação do governo e da ordem jurídica.²³⁰

Ora, a vida íntima e familiar do magistrado foi lançada nos autos do processo administrativo aqui utilizado como paradigma de forma aberta e sem o mínimo resguardo, com a agravante de ter-se iniciado o procedimento sob a esfera de atuação correicional de juízes de direito em exercício na Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo e, após, culminado com atuação direta do próprio Corregedor Geral, pessoas essas de quem, em razão da função que exerciam, mais do que a quaisquer outras, se esperava a estrita observância da ética e da legalidade.

Basta, para tal infeliz constatação, conferir-se outro despacho proferido ainda nos autos da contaminada sindicância:

Constitui aspecto relevante para a conclusão deste procedimento comprovação quanto a conviver o magistrado com a esposa, tendo em vista informação por ela prestada em depoimento no sentido de que, à época, o casal estava em vias de se separar. Para tanto, designo o dia 06 de outubro próximo, às 16 horas, visando a inquirição do zelador e/ou do porteiro e/ou do faxineiro do edifício em que consta residir o casal [...].²³¹

É difícil crer, mas isso efetivamente aconteceu.

De onde se deveria esperar o maior respeito pela lei, veio justamente o contrário: a pura e simples não observância das garantias constitucionais do magistrado, que lhe asseguravam proteção à intimidade e à vida privada, além do inmensurável desrespeito a ele como homem e como juiz de direito.

²³⁰ Ibidem, p. 334. Texto original: [...] *la persona humana, por virtud de su dignidad, posee derechos primarios, no sólo frente a los otros hombres, sino también frente a la reunión global de todos los hombres e el valor supremo en el Derecho consiste en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana individual, de la cual fluye el principio de libertad, por cuya virtud se limita la acción del gobierno y del orden jurídico.*

²³¹ Despacho de fls. 2041 dos autos da Sindicância n.º 186/05. TJESP.

Até mesmo modestos zelador e faxineiro do prédio em que o magistrado residia foram levados a comparecer à sede da Corregedoria Geral da Justiça para serem ouvidos diante de uma juíza sindicante.²³²

De fato, conforme posteriormente teria relatado o zelador ao magistrado tão logo retornou ao prédio, segundo consta das declarações do juízo no processo administrativo²³³, foram ambos os funcionários do condomínio surpreendidos em seu local de trabalho por agentes da Corregedoria Geral de Justiça, que os *convidaram* a ir naquele mesmo momento prestar *espontâneo* depoimento na sede da Corregedoria Geral da Justiça, conduzindo-os em seguida numa viatura do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Ou seja, sem prévia notificação das testemunhas!

Isso, no entanto, não se pode admitir num Estado Democrático de Direito.

Mas não foi só a forma de condução dessas testemunhas que causa estranheza no caso ora utilizado como paradigma.

Ao ser inquirido o zelador pela juíza de direito, foi-lhe dirigida uma pergunta tendenciosa, justificada por uma escusa não verdadeira.

Com efeito, a inquiridora deu início ao ato falando, conforme expressamente consignado em ata, que havia “uma certa dificuldade para verificar onde de fato residem os juízes e parece que tem um juiz que mora lá no prédio e a gente tem mandado ofício para lá e ele não tem respondido”.²³⁴ Todavia, isso não era verídico. Na realidade, nem mesmo verossímil era a justificativa apresentada, ao menos para quem tivesse mínima familiaridade com a organização administrativa do Tribunal de Justiça Paulista.

²³² Termo de fls. 2192 dos autos da sindicância n.º 186/05. TJESP. O magistrado, todavia, residia no endereço há tempos, onde sempre foi localizado e notificado para todos os atos do processo.

²³³ Termo de ouvida do magistrado constante os autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

²³⁴ Termo de depoimento de fls. 2193 a 2197 dos autos da Sindicância n.º 186/05. TJESP.

O intuito da juíza inquiridora, com a tendenciosa pergunta formulada, era um só: saber se o magistrado ainda residia na companhia de sua mulher. Isto é, perquirir sobre circunstância relacionada, única e exclusivamente, à vida íntima e familiar do juiz, não à sua atividade profissional.

Daí a tendenciosidade da pergunta, no sentido de obter tal informação da testemunha sem lhe despertar maiores suspeitas, achando a inquiridora que talvez o zelador pudesse estar orientado a dizer que o magistrado não mais ali residia.

Na verdade, o proceder da juíza ao inquirir a testemunha em tela, bem como o procedimento que determinou a condução de ambos os funcionários do prédio à sede da Corregedoria Geral de Justiça, são incompatíveis com os objetivos, com a dignidade e a honradez do elevado cargo de juiz de direito.

Foram aqui, inequivocamente, como é fácil perceber, além da própria ilegalidade intrínseca ao procedimento, fulminados princípios éticos dos mais elementares, o que é inadmissível, ainda mais em se cuidando de servidores públicos encarregados justamente de lidar com tais princípios no exercício diário de sua atividade precípua.

Tratava-se, enfim, de fatos que diziam respeito à vida íntima do magistrado, de sua família e de seus filhos. Ligados exclusivamente à vida íntima do magistrado com a então esposa, absolutamente extrínsecos à sua conduta pessoal e profissional.

Mesmo assim, essas circunstâncias de sua vida foram alçadas – melhor, pinçadas – em desabono de sua conduta como magistrado, no entendimento do então Corregedor Geral da Justiça de São Paulo e, posteriormente, também do Órgão Especial do Tribunal de Justiça Paulista, tendo em vista a determinação de instauração do procedimento administrativo e a posterior condenação final.

Aliás, justamente por conta disso, necessárias se fazem aqui, ainda, algumas colocações em face do que ficou consignado no acórdão que decidiu o processo administrativo e também naquele que julgou os embargos de declaração opostos pela defensoria do magistrado.

Na decisão citada, ficou consignado, entre outras coisas, que “no mérito a prova colhida revela que o magistrado tinha pleno conhecimento dos reprováveis atos praticados por sua mulher, em relação a presos [...]”.²³⁵

Por sua vez, no acórdão que julgou os embargos, inclusive para esclarecimento de que atos reprováveis seriam esses, a decisão assinalou que

Basta a leitura do que consta às fls.[...] para se aquilatar da precisa descrição de quais seriam os atos reprováveis praticados pela esposa do embargante e do pleno conhecimento da parte dele.²³⁶

Ora, antes de mais nada, repita-se aqui quantas vezes forem necessárias, quem era julgado no processo era o magistrado, não sua esposa. Portanto, não há suporte jurídico algum, absolutamente nenhum em nosso sistema legal vigente, para responsabilizá-lo funcionalmente por atos de terceira pessoa, caso, tão só *ad argumentandum tantum*, efetivamente existissem tais atos reprováveis por parte da advogada em tela.

Na verdade, como obviamente se percebe, esses específicos aspectos da matéria estavam inseridos na esfera da vida íntima e privada do magistrado, protegidos por norma constitucional, e, por isso mesmo, era total e absolutamente ilegal, até mesmo por uma simples questão de sensatez, pretender erigi-los à categoria de infração funcional, como ocorrido na espécie.

²³⁵ O trecho em destaque foi extraído do acórdão final proferido pelo Órgão Especial no julgamento do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

²³⁶ O trecho em destaque foi extraído do acórdão proferido pelo Órgão Especial no julgamento dos embargos declaratórios opostos em face da decisão final no processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

Nada poderia o Tribunal de Justiça de São Paulo ter exigido do magistrado qualquer coisa com relação ao *status* e ao destino de sua família. Absolutamente nada!

Não é lícito a nenhuma instituição, pública ou privada, decidir o que devem seus integrantes fazer ou deixar de fazer com relação à esposa e aos filhos, enfim, respectivamente a assuntos de natureza estritamente familiar, ao menos dentro do atual ordenamento jurídico brasileiro. Nem mesmo no que diz respeito a magistrados. E tampouco ético.

Em pleno século XXI, apenas regimes de exceção ou ditatoriais o fazem. Não um Estado Democrático de Direito.

Não se vivia na hipótese versada a título de paradigma a ficção muito bem escrita e contada na clássica obra literária *1984*, escrita em 1949 por George Orwell.²³⁷

E a exploração ilegal e indevida de fatos pertinentes à intimidade e à vida privada do magistrado, que eram protegidos pelas respectivas garantias constitucionais, além de absolutamente divorciados de qualquer ilícito funcional que lhe pudesse ter sido atribuído, é outro motivo de contaminação do processo desde a sua instauração, fulminando-lhe a legalidade e, conseqüentemente, exigindo tivesse sido integralmente anulado por ocasião do julgamento final.

Mas os vícios ético-legais no processo administrativo-disciplinar em tela não pararam por aí: outra nulidade gritante no feito se deu também com a exigência ao magistrado de uma inaceitável inversão do ônus da prova, impondo-se-lhe a prova de fatos negativos, muitos deles impossíveis *in casu* de se demonstrarem à época. Bem por isso que a legislação processual não admite tal inversão, salvo em casos específicos e por determinação legal, o que, no entanto, não ocorria na hipótese versada.

²³⁷ **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

Perfeitamente ajustada à espécie, a lição de Chaïm Perelman convida à meditação:

O direito nos ensina, ao contrário, a não abandonar regras existentes, a não ser que boas razões justifiquem-lhes a substituição; apenas a mudança necessita de uma justificação, pois a presunção joga em favor do que existe, do mesmo modo que o ônus da prova incumbe àquele que quer mudar um estado de coisas estabelecido. E se advém que a novidade prevalece racionalmente (e não pela violência), é graças ao fato de ela satisfazer melhor a critérios ou a exigências preexistentes.²³⁸

Sem dúvida, quebrado ilegalmente o sigilo bancário do magistrado, passou-lhe a ser exigido pela Corregedoria Geral da Justiça, exigência que se manteve explicitamente com a instauração do processo, que tivesse demonstrado a origem de todas as quantias que ingressaram em sua conta-corrente oriundas de fontes outras que não os cofres do erário público, o que era totalmente inaceitável diante da ausência de qualquer denúncia ou indício de irregularidade antecedente envolvendo o recebimento de tais quantias.

De fato, ecoa estranho, muito estranho, que se tivesse imposto ao magistrado a contingência de provar a regularidade de depósitos existentes em sua conta-corrente bancária, quando a ele não existia qualquer imputação de fatos anteriores aos depósitos que pudessem ser considerados suspeitos.

No que diz respeito tanto à sua vida funcional, como juiz de direito, quanto à sua vida pessoal, não há registro de um único fato sequer, por menor ou mais irrelevante que fosse, a colocar em dúvida, anteriormente aos fatos que vieram a ser imputados à advogada que era sua esposa, a probidade e a honestidade do magistrado.

O próprio Tribunal de Justiça de São Paulo ratifica tal afirmação, na medida em que, mesmo com todo o trabalho investigativo realizado na sindicância, não

²³⁸ **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 591.

conseguiu reunir um só acontecimento dessa natureza, ou seja, que pudesse comprometer a integridade do magistrado e, assim, dar suporte à bizarra interpretação dos fatos adotada pela Corregedoria Geral da Justiça, a partir da ilegal quebra do sigilo fiscal e bancário efetuada.

Muito menos sobre ganhos obtidos por sua ex-mulher no exercício da advocacia existiam, à época do julgamento no processo administrativo, quaisquer fatos a justificar a presunção negativa emanada das acusações dirigidas ao magistrado. Isso era de uma evidência palmar.

Outrossim, era impossível ao magistrado demonstrar a origem de alguns depósitos em dinheiro – que não configuram, só por si, nada de ilícito para qualquer pessoa, inclusive juízes –, ainda mais em se considerando que, ao longo dos anos, em questão nenhuma quantia de valor excepcional foi recebida. Aliás, justamente por datarem alguns depósitos de anos antes e possuírem valor pouco expressivo, nenhuma pessoa normal poderia mesmo lembrar-se com exatidão qual a origem do dinheiro.

Só podia afirmar o magistrado, como o fez durante todo o procedimento e também porque era a mais pura verdade, que a origem estava vinculada aos honorários advocatícios recebidos por sua então esposa, que, ocasionalmente, como ocorre com qualquer casal normal, em que ambos trabalham, repassava algum dinheiro ao marido se a conta-corrente só por ele movimentada (na qual seus vencimentos eram creditados) estivesse negativa, ou seja, com saldo devedor (o famigerado cheque especial).

Justamente por isso, aliás, que ela também trabalhava. Para compor o orçamento do casal. Mas o que foi considerado inadmissível pela Corte Paulista, ao menos por conta da sua atividade profissional. Afinal, segundo a ótica do Tribunal, e isso restou mais do que evidente ao longo de tudo o que aconteceu, não havia como se admitir a mulher de um juiz de direito advogando para presos de maior periculosidade, ainda que meramente em fase de execução de pena.

Como adverte Vicente Greco Filho,

O que é impossível de se provar não é o fato negativo (que se converte num positivo contrário), mas o fato indeterminado (ex.: provar que alguém nunca esteve em determinado lugar). Todavia, os fatos indeterminados acabam perdendo sua relevância no plano do direito material e, portanto, como irrelevantes não são objeto de prova. Para serem relevantes devem os fatos ter certa determinação, o que os torna passíveis de prova.²³⁹

Exatamente como ocorreu no caso paradigmático, no qual se exigiu que o magistrado fizesse prova negativa de fatos indeterminados. Vale dizer, teve de provar que não cometeu irregularidade qualquer, sem, porém, que se soubesse quando, onde e como.

Como se pode pretender isso em direito, ao menos sob a égide do ordenamento jurídico vigente, aí incluídos, naturalmente, também seus princípios legais? Parece-nos indagação órfã de resposta.

E mais: mostrava-se assaz sintomático que se tivessem passado anos e anos sem qualquer denúncia contra o magistrado que pudesse colocar sob suspeita sua honestidade. Na verdade, nunca houvera, em quase vinte anos de magistratura na ativa àquela altura, qualquer notícia desse porte.

O que, certamente, teria sido muito difícil de ocorrer se os referidos depósitos que ingressaram em sua conta-corrente ao longo do período analisado pela Corregedoria do Tribunal Paulista tivessem origem espúria, como explicitamente insinuado – algumas vezes até mesmo afirmado – pelo órgão processante, tanto na sindicância quanto no processo administrativo.²⁴⁰ Dificilmente alguém seria assim afortunado!

Colacionando-se novamente os ensinamentos de Egberto Maia Luz, “Se o princípio jurídico descrito como ‘o ônus da prova cabe a quem alega’ é verdadeiro no

²³⁹ **Direito Processual Civil Brasileiro**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 190.

²⁴⁰ Acórdão inicial proferido pelo CSM nos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

Direito Privado, não menos assim deve surgir no Direito Público, e neste, é evidente, no Direito Administrativo Disciplinar”.²⁴¹

Em realidade, a inversão do ônus da prova verificada no processo administrativo em questão, no que se refere a lançamentos na conta-corrente do magistrado, não tem lugar no nosso Direito. Era, por isso, indevida e ilegal.

Como nos ensina Cândido Rangel Dinamarco, “São inversões do ônus da prova as alterações de regras legais sobre a distribuição deste, impostas ou autorizadas por lei. O mesmo poder que legitima a edição de normas destinadas à distribuição do ônus da prova legitima também as exceções queridas ou permitidas pelo legislador”.²⁴²

Exceções essas que, todavia, em momento algum, se fizeram presentes na espécie.

E mesmo assim, o acórdão que aplicou a pena disciplinar ao magistrado aludiu expressamente ao fato de não terem sido explicados os *depósitos em conta-conjunta* como motivo também de caracterização da infração descrita no inciso VIII do artigo 35 da LOMAN (Lei Complementar n.º 35/79 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional)²⁴³, o que bem demonstra o enorme e inegável prejuízo causado com a ilegal e indevida inversão ao ônus da prova que se lhe exigiu.

Na verdade, tais depósitos foram, sim, explicados, como oriundos, repita-se, dos proventos à época auferidos por sua mulher, conforme consta das reiteradas manifestações da defesa ao longo do referido processo administrativo (n.º 214/06). Mas, justamente pela ilegal inversão do ônus da prova, exigiu-se do magistrado que houvesse prova concreta disso, o que era impossível, já que se cuidava, vários deles, de depósitos em dinheiro (forma mais usual de recebimento de honorários na advocacia criminal, área onde atuava a advogada).

²⁴¹ **Direito Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Edipro, 2002, p. 178.

²⁴² **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 75.

²⁴³ Art. 35. [...] VIII – *manter conduta irrepreensível na vida pública e particular*.

Por isso que, de regra, o ônus da prova recai sobre quem alega, conforme nossa legislação processual, para não impossibilitar a prova à parte interessada. Cabia, assim, à Administração, provar que tais depósitos ocasionais, na conta-conjunta do magistrado, tivessem origem espúria e, mais, ligados à sua atividade funcional.

Mas isso nunca ocorreu. Nunca houvera qualquer denúncia ou prova minimamente indiciária de que o magistrado recebesse, indevidamente, algum dinheiro por conta de sua atividade funcional ou mesmo na vida privada, em razão de alguma atividade ilícita qualquer. Aliás, nem no próprio processo administrativo, ou anteriormente a ele, houve insinuação de tal fato, pois a única ilegalidade insinuada quanto à origem do dinheiro era relativa à advocacia de sua então mulher. O absurdo consistiu, sim, em se exigir do magistrado, sem justificativa plausível para tanto, demonstração concreta de fato que não lhe era possível comprovar.

Por outro lado, cumpre reiterar, cogitar-se que eventuais depósitos poderiam ser espúrios, por terem sido recebidos da esposa, por conta de sua atividade profissional como advogada, beirava, já à época do processo, o impossível, a partir do momento em que ela fora isentada da prática de qualquer ilícito, quer na órbita criminal, pelo próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, quer na esfera ético-disciplinar, pelo seu órgão de classe, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo.

Juridicamente, portanto, inimaginável e inaceitável esposar-se tal entendimento, ao menos para quem tenha medianos conhecimentos das normas e princípios legais e éticas vigentes em nosso sistema jurídico.

Mais uma realidade clara e insofismável. Porém, mesmo assim, a decisão final do processo administrativo, repita-se, fez expressa menção, em desabono do magistrado, às tais *quantias não explicadas*. O que pensar? Novamente árdua é a tarefa de responder-se a tal indagação.

Inclusive, se na ocasião do julgamento do processo administrativo já não se podia mais falar, em hipótese alguma, de ilicitude no dinheiro advindo da esposa do magistrado, em face das decisões definitivas em favor dela proferidas na jurisdição penal e na disciplinar (OAB-SP), muito menos ainda se podia cogitar de qualquer outra origem espúria relativamente a tais depósitos, a despeito de o acórdão final proferido no processo administrativo n.º 214/06 ter solenemente ignorado tais evidências.

De fato, especificamente quanto a isso, já ocorrera a perda de objeto do feito administrativo, daí porque inaceitáveis juridicamente todas as ponderações efetuadas no julgamento em desfavor do magistrado e que contribuíram para a aplicação de pena disciplinar.

Ora, como mencionado anteriormente ao longo do presente trabalho (tópico Breve Síntese da Hipótese Paradigmática), em virtude de representação formulada pela Procuradoria-Geral de Justiça, para apuração de possíveis ilícitos penais, tendo, por objeto, justamente a movimentação financeira do magistrado no período de março de 2001 a julho de 2004, houve a instauração junto ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo de procedimento investigatório de natureza criminal.

E esse procedimento investigatório acabou sendo arquivado, a pedido do próprio Ministério Público, que, expressamente, neste sentido se pronunciou, em razão da inexistência de qualquer ilícito penal.²⁴⁴

Assim, dadas as peculiaridades do caso, tratando-se de magistrado e da suspeita de recebimento de verbas de origem ilícita, a inexistência de ilícito penal implicava automaticamente a ausência também de qualquer infração funcional, pois se ilegalidade alguma tivesse ocorrido, pela condição de servidor público, isso se refletiria igualmente no âmbito administrativo, não ficando restrito ao penal.

²⁴⁴ Representação contra Autoridade n.º 149.952.0/1-00. TJESP. Órgão Especial. Rel. Ribeiro dos Santos, arq. em 31.07.09.

Com efeito, se um funcionário público recebe dinheiro ilícito, dentro ou fora de suas funções, o fato não se limita à seara penal, mas ingressa também na administrativa. No entanto, se depois da apuração na órbita criminal, mais grave, se concluir que não há ilicitude alguma com relação à origem do dinheiro, então muito menos administrativamente poderá remanescer alguma infração disciplinar, pois nenhuma mácula havia no tocante ao dinheiro recebido pelo servidor.

Na verdade, a partir do momento em que se instaurou investigação de natureza criminal sobre a movimentação financeira do magistrado, no período de março de 2001 a julho de 2004, não era mais possível a apuração dos mesmos fatos na órbita administrativa, pois se a investigação criminal concluísse pela ausência de ilicitude, como de fato concluiu, não poderia o juízo administrativo concluir de forma diversa, ou seja, pela existência de infração disciplinar, pela simples razão de que não existe previsão legal (tipicidade) na legislação administrativa acerca de movimentação financeira pessoal irregular.

É sabido que a investigação criminal não é incompatível com a simultânea apuração dos fatos na órbita administrativa. Todavia, na hipótese em debate, em face da específica natureza dos fatos imputados ao magistrado, não era possível admitir-se a eventual caracterização de infração administrativa se nenhuma de natureza penal se configurara.

Em tais condições, à vista da decisão proferida na jurisdição penal, não havia a menor, a mais remota possibilidade de que, sobre os mesmos fatos, houvesse investigação por parte da jurisdição administrativa, centrada em origem de movimentação financeira e, ainda mais, com supedâneo nesses mesmos fatos, muito menos, então, chegando-se à responsabilização funcional do magistrado, com a aplicação da pena disciplinar.

Francisco Campos, em parecer sobre a jurisdição penal e a jurisdição administrativa, conclui que “a sentença penal pronunciada sobre o mesmo fato vincula a autoridade administrativa”.²⁴⁵

²⁴⁵ **Direito Administrativo**. Vol. II. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 355.

Em seu fundamentado parecer, recorda que “a independência das jurisdições é um conceito de valor relativo ou se funda em critérios de caráter meramente técnico ou funcional”, pois “todas as jurisdições derivam da mesma fonte ou são modos diversos pelos quais se exerce o poder jurisdicional do Estado” e “a separação de jurisdições é um processo técnico de diversificação ou de repartição de competências”.²⁴⁶

E “desse caráter, um só tempo uno na origem e múltiplo no exercício de sua autoridade, surge a questão, obviamente complexa, das relações entre as diversas jurisdições”.²⁴⁷

Passando, ainda, o autor ao exame do princípio referente à independência das jurisdições penal e civil (art. 1525 do Código Civil de 1916 – atual art. 935), expõe que tal independência, “ao invés de absoluta, pressupõe, necessariamente, graças à unidade substantiva do poder jurisdicional, o dever de reconhecimento por uma decisão que outra haja tomado em relação ao mesmo objeto que se propõe à consideração de ambas”.²⁴⁸

Assim a norma da lei civil, sempre na esteira da lição do referido autor,

[...] tem, apenas, alcance técnico cuja extensão se acha, de modo positivo, limitada ou restringida no que diz respeito à independência da jurisdição civil em relação à penal, devendo aquela ceder a esta toda vez que a última se haja pronunciado sobre a existência do fato que constitua, de modo simultâneo, fonte de responsabilidade criminal e civil ou a imputação de sua autoria.²⁴⁹

Diante de tais ensinamentos, “sobradas razões existem para, no caso de coincidência de exercício de ambos sobre a mesma questão, o Juízo Penal tenha supremacia sobre a jurisdição administrativa” e, particularmente, nos países como o nosso, que não instituem o contencioso administrativo “[...]o que se chama jurisdição

²⁴⁶ Ibidem, p. 361.

²⁴⁷ Ibidem, p. 362.

²⁴⁸ Ibidem, p. 363.

²⁴⁹ Ibidem, p. 364.

administrativa só o é *lato sensu* ou não reúne os caracteres formais e técnicos que configuram o poder jurisdicional propriamente dito, ou *stricto sensu*".²⁵⁰

E quando a Administração pratica essa atividade de aparência jurisdicional e, seja qual for a forma de que se revista a ação administrativa, "o ato em que ela se traduz é simplesmente um ato administrativo sujeito não só à censura da jurisdição penal, como da jurisdição civil".²⁵¹

Disso tudo decorre que, na espécie, a decisão de arquivamento do procedimento investigatório criminal instaurado contra o magistrado vinculava, sim, o resultado da questão administrativa, respectivamente aos mesmos fatos apurados. Vale dizer que, a partir do momento em que restou demonstrada a ausência de ilícito penal, era impossível, quanto aos mesmos fatos, a sobrevivência de mera infração administrativa, para ser imputada ao magistrado.

Logo, forçoso concluir-se pela perda do objeto do procedimento administrativo paradigmático no que dizia respeito à apuração de fatos respectivos à movimentação financeira do magistrado no período investigado na órbita penal, pelo que deveria assim ter sido excluída tal questão por ocasião do julgamento. Mas, como isso não aconteceu, estaria então plenamente caracterizada a nulidade da decisão final proferida, ao fundamentar-se nesses mesmos fatos para concluir pela caracterização de ilícito funcional e pela consequente necessidade de aplicação de pena disciplinar ao magistrado.

A par disso, prosseguindo-se ainda no rol dos aparentes vícios ético-legais ocorridos no caso paradigmático, como antes consignado no tópico anterior deste trabalho, que estabeleceu um breve resumo da hipótese versada, com a conversão do julgamento em diligências, após o primeiro veredito que absolvía integralmente o magistrado, o desembargador relator, a partir daí designado, determinou, dentre outras medidas, a pura e simples realização de novo exame pericial.²⁵²

²⁵⁰ Ibidem, p. 367.

²⁵¹ Ibidem, p. 368.

²⁵² Despacho de fls. 1358/1359 dos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

Só que o fez sem qualquer fundamentação sobre a necessidade do ato, já que não teceu absolutamente nenhuma crítica ou consideração em desabono ao trabalho técnico anterior, efetuado por *expert* nomeado e compromissado pelo juízo. Isso, aliás, até deu ensejo à oposição de embargos de declaração, rejeitados, porém, no Órgão Especial, na esteira do voto do próprio relator autor da decisão embargada, em obediência às disposições regimentais pertinentes.²⁵³

Não que isso tenha, diversamente dos outros vícios até aqui apontados, causado maior prejuízo ao magistrado, já que nenhuma das perícias foi capaz de revelar qualquer ilicitude, a despeito da evidente tendenciosidade nas conclusões do segundo perito, por meio de insinuações e suposições, chegando mesmo a tecer juízos de valor pessoais, que são expressamente proibidos pelo código de ética dos profissionais, que atuam como peritos judiciais.

O juiz, desnecessário ressaltar, é livre para determinar a produção das provas que entenda pertinentes para a formação de sua convicção.

Tal liberdade, porém, não é absoluta: é necessário que as deliberações sejam fundamentadas, principalmente, como ocorreu no caso em tela, quando ignoram e anulam prova já regularmente produzida nos autos. Na verdade, têm-se aqui a abordagem de conceitos básicos e acadêmicos de produção de provas pelo magistrado.

Inclusive, a necessidade de fundamentação nas decisões judiciais decorre igualmente da própria Constituição Federal, que, em inciso do artigo 93, inciso X, expressamente dispõe que as decisões administrativas dos tribunais serão sempre motivadas.²⁵⁴

²⁵³ Acórdão proferido pelo Órgão Especial no julgamento dos embargos declaratórios opostos contra a decisão mencionada na nota anterior. Processo Administrativo n.º 214/06. TJESP.

²⁵⁴ Art. 93. [...] X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; [...] **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.78.

E isso, obviamente, como corolário lógico e natural da exigência contida no inciso imediatamente anterior desse mesmo dispositivo constitucional²⁵⁵, que trata das decisões judiciais proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário e que, portanto, não poderia deixar de se estender também às decisões administrativas, igualmente protegidas e alcançadas pelo princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF).²⁵⁶

Olvidou-se, na verdade, o relator designado das lições de Espínola Filho, para quem

[...] ao juiz não é lícito nunca enveredar pelo terreno do capricho e do arbitrário, e, obrigado sempre a motivar e fundamentar o que decide, terá de justificar, com razões mais fortes, a sua orientação, no sentido de desprezar as razões com que se sustenta o parecer técnico dos peritos especializados.²⁵⁷

Fácil de ver, portanto, a nulidade na realização da nova perícia determinada pelo segundo relator do processo administrativo instaurado contra o magistrado, o que bem serve para revelar o espírito e a predisposição que havia em relação a esse último. Mais uma vez decisão nos autos proferida sem a necessária *prudencia*, séculos atrás já preconizada pela filosofia tomista.

Mas o pior veio em seguida: consumada a ilegalidade, com a designação de nova perícia, incidiu o relator novamente em medida que, sobre dar causa a outra flagrante nulidade, fulmina a ética que *in casu* se deveria esperar. Designou, como perito, um profissional, Walmir de Souza José²⁵⁸, que era irmão de desembargador em plena atividade no Tribunal de Justiça de São Paulo, Waldir de Souza José (fato notório na Corte Paulista).

²⁵⁵ Art. 93. [...] IX – *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]; [...]* Ibidem, p.78.

²⁵⁶ Art. 5º [...] LIV – *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]* Ibidem, p. 11.

²⁵⁷ **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Vol. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 571.

²⁵⁸ Despacho de fls. 1358/1359 dos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

Ora, se ele determinara a realização de nova perícia, por reputar, acredita-se, suspeita a anterior (como não houve fundamentação alguma dessa decisão, presume-se que a tenha achado suspeita por algum motivo), como poderia então ter designado um perito irmão de integrante do próprio órgão processante?

Isso é, no mínimo, incoerente, para não se dizer, ao menos sob o ponto de vista ético, inaceitável.

Realmente, não se pode aqui olvidar que se jurisdicionalmente não haveria, em princípio, qualquer empecilho a que um perito irmão de magistrado atuasse numa causa qualquer, no campo administrativo surge evidente e flagrante impedimento, a partir do momento em que era o Tribunal de Justiça de São Paulo que processava o magistrado, pois não poderia jamais o perito nomeado ser irmão de desembargador integrante dessa Corte, vale dizer, da própria instituição processante.

Isso era de evidência palmar. Mas, outra vez para surpresa do magistrado, a medida foi levada a efeito e a perícia realizada. Em detrimento, novamente, da ética e do direito.

Por sua vez, abordando-se agora outro vício que igualmente deu ensejo à nulidade da decisão administrativa proferida no feito, o acórdão que serviu de peça inaugural ao processo administrativo instaurado²⁵⁹, bem como aquele que rejeitou a defesa prévia do magistrado²⁶⁰, estabeleceram e delimitaram quais os fatos que eram – ou ao menos deveriam ter sido – objeto de apuração nos autos.

Todavia, a decisão do Órgão Especial que aplicou a pena disciplinar ao magistrado, corporificada no voto do relator, faz expressa alusão, como fundamentação para a procedência do feito, a questões que, segundo sua ótica, configurariam irregularidades nas declarações de imposto de renda do magistrado,

²⁵⁹ Acórdão proferido pelo Conselho Superior da que deu início ao processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

²⁶⁰ Acórdão proferido pelo Órgão Especial ao rejeitar a defesa prévia do magistrado e determinar o prosseguimento do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

inclusive no que diz respeito a manter a esposa como dependente em período em que ela trabalhava, com isso tendo ficado, sempre no entender do relator que presidia o feito, *perfeitamente caracterizada a infração descrita no inciso VIII do artigo 35 da LOMAN*.²⁶¹

A conclusão, no entanto, era incabível e, mais uma vez, atentou contra os princípios de direito vigentes em nosso ordenamento jurídico.

Ora, não existia, em nenhuma das peças acima citadas, a descrição de fato, atribuído ao magistrado, constitutivo de infração disciplinar de cunho tributário, que pudesse ser objeto de análise na apreciação do caso. Bem por isso, no acórdão que rejeitou a defesa prévia havia sido expressamente anotado que possíveis irregularidades verificadas nas declarações de imposto de renda não seriam, *naquela fase processual, objeto de atenção*.

Novos fatos, portanto, não poderiam ter sido acrescentados no feito administrativo em questão, cabendo-lhes apenas, eventualmente, serem objetos de apuração em outro procedimento, caso houvesse entendimento, por parte do Tribunal de Justiça, no sentido de que efetivamente se estava diante de outro tipo de infração disciplinar.

Com efeito, ao ser acrescentado fato novo na decisão final punitiva e que, portanto, não fora alvo de defesa específica por parte do magistrado – que, por exemplo, poderia ter requerido a inquirição dos funcionários do Tribunal, responsáveis pela elaboração de suas declarações de imposto de renda, ou, ainda, invocado a legislação do imposto de renda para demonstrar que não havia necessidade de ser declarada a doação entre cônjuges, tratando-se de valores de menor expressão e que não acarretavam acréscimo patrimonial –, houve flagrante violação ao princípio da *res in judicium deducta*, que não permite a decisão no processo, seja ele administrativo seja judicial, em desacordo com os termos da acusação, principalmente no que diz respeito ao que ela compreende.

²⁶¹ Acórdão proferido pelo Órgão Especial no julgamento final do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

Em tais condições, a decisão final, ao concluir pela existência de infração disciplinar de cunho tributário, além de inovar juridicamente no direito administrativo, criando falta funcional dessa natureza sem qualquer previsão na legislação pertinente (mesmo se considerado o princípio da atipicidade ou relativa tipicidade que vige nesse campo do direito), encontrava-se em absoluto descompasso relativamente ao original teor da acusação.

Inclusive, quase ao final do processo administrativo, o relator já cometera ilegalidade que, do mesmo modo, violava o princípio da imutabilidade da *res in judicium deducta*, ao determinar, como já antes aqui referido, nova quebra do sigilo fiscal do magistrado, mas agora em período posterior ao compreendido na acusação, abrangendo, assim, anos em que não estavam incluídos os fatos objeto do teor da acusação inicialmente formulada.²⁶²

No direito administrativo disciplinar, exige-se que a acusação seja certa, objetiva, circunstanciada e o fato imputado ao servidor público subsumido, em princípio, em hipótese legalmente prevista, decorrendo tais exigências dos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Para Hely Lopes Meirelles, “O processo disciplinar deve ser instaurado por portaria da autoridade competente na qual se descrevem os atos ou os fatos a apurar e se indiquem as infrações a serem punidas [...]”.²⁶³

E prossegue o autor ensinando que

O essencial é que a decisão seja motivada com base na acusação, na defesa e na prova, não sendo lícito à autoridade julgadora argumentar com fatos estranhos ao processo ou silenciar sobre as razões do acusado, porque isto equivale a cerceamento de defesa e conduzirá à nulidade do julgamento, que não é discricionário, mas vinculado ao devido procedimento legal. Realmente, se o julgamento do processo administrativo fosse discricionário, não haveria necessidade de procedimento, justificando-se a decisão como ato

²⁶² Despacho de fls. 1904/1905 dos autos do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

²⁶³ **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 694.

isolado de conveniência e oportunidade administrativa, alheio à prova e refratário a qualquer defesa do interessado.²⁶⁴

Também não é diverso o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem “A portaria bem elaborada é essencial à legalidade do processo, pois equivale a denúncia do processo penal e, se não contiver dados suficientes, poderá prejudicar a defesa; é indispensável que ela contenha todos os elementos que permitam aos servidores conhecer os ilícitos de que são acusados”.²⁶⁵

Egberto Maia Luz leciona que a peça inaugural do processo administrativo disciplinar “[...] deve, como os atos formais já referidos, conter a descrição clara do fato típico infracional [...]”, até porque o que interessa ao fato típico no processo administrativo disciplinar é a sua formalização adjetiva, “Isto, para não ser vaga nem, menos ainda, imprecisa a imputação, mediante a qual há de se desenvolver toda a instrução probatória, inclusive, e principalmente, a atuação da defesa”.²⁶⁶

No caso paradigmático, embora não tenha existido portaria, como tal funcionou (como de regra funciona), por conta das disposições específicas (estabelecidas pelos regimentos internos dos tribunais e agora uniformizadas por resolução do Conselho Nacional de Justiça) relativas a processo administrativo contra magistrado, o acórdão proferido pelo Órgão Especial ao rejeitar a defesa prévia e determinar a instauração do processo administrativo-disciplinar. Mas os requisitos e a função dessa peça processual são exatamente os mesmos de uma portaria inaugural de qualquer processo administrativo normal.

De tais ensinamentos, extrai-se, então, a absoluta impossibilidade de que tivesse sido alterada a *res in judicium deducta* com o procedimento já ajuizado contra o magistrado, em violação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

²⁶⁴ Ibidem, p. 690.

²⁶⁵ **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 614.

²⁶⁶ **Direito Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Edipro, 2002, p. 167 e 168.

Em suma, a consideração de fatos que não integravam o teor da acusação original na decisão final caracteriza fato que, mais uma vez dentro do processo administrativo paradigmático, causou ao magistrado visível e inquestionável prejuízo para a sua defesa, novamente fulminando o princípio do devido processo legal, além, é óbvio, da ética jurídica que se deveria esperar daquele que presidia o processo, notadamente por se tratar de magistrado da mais alta investidura (à época decano do Tribunal de Justiça), como *in casu* ocorria.

Além disso, vale repetir, no direito administrativo disciplinar nem mesmo existe infração funcional de cunho tributário. A irregularidade tributária do contribuinte por si só não sai dessa específica órbita. Não se caracteriza também como infração funcional apenas pela eventual condição de servidor público do contribuinte. Só se tal irregularidade chegar a configurar crime, ou meio para acobertá-lo (por exemplo, nos casos de improbidade administrativa), é que poderia, então, constituir também infração funcional, já que dos servidores em geral, e principalmente dos magistrados, espera-se a probidade também na vida privada.

E, no caso, nenhum ilícito penal, ou seu acobertamento, houvera, tanto que o procedimento de investigação criminal, também instaurado contra o magistrado, relembre-se aqui, fora arquivado a pedido do próprio Ministério Público, ante a ausência de quaisquer elementos indiciários da prática de ilicitude dessa natureza (na qual se inserem os crimes tributários).

Assim, qualquer irregularidade por parte do magistrado nas suas declarações de rendimentos não teria ultrapassado o âmbito tributário, sem reflexo ou efeito algum na sua vida funcional. E que, além disso, já estava há muito sanada, porquanto, anos atrás, houvera a retificação das respectivas declarações de rendimentos, com a exclusão da esposa como dependente e com o recolhimento do tributo por isso gerado, tal como, aliás, já estava demonstrado, documental e escorreitamente, desde o início do processo administrativo.

Em realidade, aquilo que a decisão do processo administrativo-disciplinar entendeu como falta do magistrado, no tocante às suas declarações de rendimentos, referia-se a fatos que, em tese, poderiam ser tidos como meras irregularidades

fiscais apenas após manifestação do único órgão legalmente autorizado a fazê-lo: a Receita Federal.

De fato, as condutas mencionadas diziam respeito, exclusivamente, a irregularidades que, se de fato tivessem existido, teriam sido pertinentes apenas à declaração de rendimentos do magistrado junto ao Fisco Federal.

Assim, somente a Receita Federal poderia ter afirmado a existência de tais irregularidades. Somente ela tinha autoridade legal para declarar a existência de incorreções ou inexatidões na declaração de rendimentos de uma pessoa, física ou jurídica. Apenas um Auditor Fiscal Federal, em procedimento próprio regulado em lei, ainda que de caráter meramente normativo, é que poderia emitir conclusão legalmente válida sobre a existência de irregularidades numa declaração anual de rendimentos de pessoa física ou jurídica.

Nem o Poder Judiciário, nem o Ministério Público ou, ainda, qualquer outro órgão ou agente público poderia concluir pela caracterização de alguma irregularidade ou ilícito de natureza fiscal, sem que houvesse prévia apuração e manifestação sobre isso por parte do único órgão legalmente investido de tal competência e atribuição: o fisco, *in casu* o federal, já que era alegada a existência de irregularidades na declaração de rendimentos anual do magistrado.

E, portanto, apenas depois de manifestação do Fisco no sentido da efetiva existência de irregularidade na declaração anual de rendimentos de pessoa física, é que se poderia, então, cogitar da possível caracterização também de infração funcional por parte do servidor público em desfavor de quem tivessem sido reconhecidos os vícios.

Aliás, até mesmo para casos mais graves, como o de crime de sonegação fiscal, a lei exige, como condição de procedibilidade da persecução penal, a existência de prévia apuração por parte do fisco, por meio de procedimento legal e regular, a concluir pela existência do ilícito penal fiscal.

Isso porque, repita-se, é de lei que cabe privativamente à autoridade fiscal dizer a respeito de tributo devido. Primeiro, cuida-se em constituir o crédito tributário, sem o qual a Fazenda Nacional não poderá ajuizar a competente execução fiscal, e, logicamente, sem qualquer pendência na esfera administrativa recursal, com a consequente inscrição do débito na dívida ativa.

O lançamento tributário passível de desconstituição, que ainda está sendo questionado no campo administrativo, não gera a certeza da dívida, não aponta o fato gerador da obrigação correspondente e muito menos faz incidir a conduta do agente em um tipo penal. Trata-se, na realidade, de procedimento investigatório e preparatório, para, posteriormente, configurada e assentada a dívida fiscal, iniciar-se a fase persecutória penal. O fato de ficar evidenciado o ilícito administrativo fiscal não faz concluir pela incidência do ilícito penal.

É justamente, em razão dessa cautela, que se instaura o procedimento administrativo com uma finalidade, e o criminal com outra. São responsabilidades distintas. O primeiro enfoca e discute o débito fiscal; e o segundo, a responsabilidade criminal, tendo como parâmetros fatos e condutas regulados pelo Direito Tributário.

O direito, como instrumento regulador das relações humanas e disciplinador dos instrumentos apuratórios, estabelece regras que devem ser atendidas de acordo com a ordenação jurídica constitucional. No caso dos crimes de sonegação fiscal, se a Fazenda Pública não tiver a certeza da existência de um tributo devido e não pago, em razão de interposição de recurso administrativo, não reunirá também o Ministério Público condições para propor a ação penal, em razão da inexistência do ilícito fiscal. Muito menos ainda poderá a Autoridade Policial instaurar inquérito policial para apurar fato que ainda não recebeu os contornos de ilicitude. Trata-se, na realidade, de incontestável constrangimento ilegal, sanável por meio de *habeas corpus*.

Também cabe o mesmo expediente visando trancar ação penal por justa causa quando ainda não tiver sido apurada a constituição definitiva do crédito.

Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

Crime contra a ordem tributária. Supressão ou redução de tributo devido (Lei n.º 8.137/90, art.º 1º, I, e II). Denúncia oferecida antes da constituição definitiva do crédito tributário. Anulação por vício formal e substituição do lançamento durante o curso da ação penal. Ausência de justa causa. Antes da constituição definitiva do crédito tributário, não há justa causa para início da ação penal relativa aos crimes contra a ordem tributária (art. 1º da Lei n.º 8.137/90). Precedente do Plenário do STF.²⁶⁷

Enfim, o Direito Tributário Penal é responsável pela persecução dos crimes fiscais. Diante de tal vinculação, faz-se necessário que o Direito Tributário defina e aponte o tributo devido, seu fato gerador e quem é o sujeito passivo, para, posteriormente, o Direito Penal fazer sua interpretação para a correta tipificação do ilícito fiscal.

O bom direito clama alto e vem acompanhado do bom senso para, em coro, fazer ver que se traduz em injustiça a instauração de inquérito policial, ou até mesmo o ajuizamento de ação penal, para apurar crimes de sonegação fiscal, quando o fato é motivo de discussão na esfera administrativa, sem que tenha sido ainda constituído definitivamente o crédito tributário. A prematura acusação pode causar danos irreversíveis ao agente quando a questão tiver sido favorável a ele na esfera administrativa e, por ironia, esteja ele respondendo a processo criminal, agora inexistente, por não ser o fato considerado crime.

E tais considerações se fazem igual e inteiramente pertinentes no caso de mera infração funcional, quando a base de tal alegação é a ocorrência de irregularidade tributária. Até porque, como antes mencionado no presente trabalho, no direito administrativo-disciplinar, por visar-se a uma condenação e imposição de pena, incidem praticamente os mesmos princípios e regras penais e processuais penais. Do que é uníssona a doutrina. Não se trata de mera afirmação pessoal nossa.

²⁶⁷ *Habeas Corpus* n.º 81.611/DF. STF. 2ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julg. em 10.12.2003 e publ. em 13.05.2005.

Por isso, vê-se que, também aqui, à conclusão outra não se poderia ter chegado. Não se cuidava na hipótese versada de ilícito penal, é certo. Mas de irregularidades que, se configuradas estivessem tal como alegadas e, ainda, conforme o caso (motivação e finalidade), também levariam à aplicação de uma penalidade. De natureza administrativa-disciplinar, é claro. Mas nem por isso de efeitos menos importantes.

Enfim, evidenciada restou a impossibilidade de se aceitarem as considerações contidas no acórdão que decidiu o processo administrativo para fins de reconhecimento de qualquer tipo de irregularidade nas declarações de rendimentos do magistrado, pois, além de tudo, legalmente incompetente o relator do processo administrativo-disciplinar para fazê-lo.

Com a retificação e o recolhimento do tributo gerado efetuados anos atrás, desaparecera qualquer possibilidade de se atribuir, ainda que retroativamente, a existência de alguma irregularidade nas declarações de rendimentos do magistrado.

Como então, *data maxima venia*, pretender-se a responsabilização funcional do magistrado por irregularidades de cunho tributário se não havia qualquer manifestação do fisco federal acerca dos hipotéticos vícios alegados na decisão final? Difícil responder-se tal indagação.

Novamente aqui se pode observar, com clareza, a aparente falta do emprego de princípios ético-legais na hipótese paradigmática, em particular nos dois últimos aspectos destacados, pois neles parece ficar mais evidente ainda, segundo nosso entendimento, a incidência de juízos de valor outros, inclusive puramente pessoais, na forma de condução do processo (a partir da conversão em diligências, após o primeiro veredito que absolvía o magistrado pela não existência de ilicitude funcional alguma) e, principalmente, na própria decisão.

Esses dois últimos aspectos destacados (violação da *res in judicium deducta* e ausência e impossibilidade de configuração de infração funcional por conta de irregularidade tributária), inclusive, serviriam para bem demonstrar, mais uma vez, segundo entendemos, a flagrante diferença dos critérios ético-legais empregados

em sede meramente administrativo-disciplinar e em sede jurisdicional, pois, a toda evidência, dificilmente essas mesmas medidas teriam sido adotadas na órbita judicial, não só por causarem maior repercussão dentro do processo – e, conseqüentemente, maior exposição do julgador – mas também por propiciarem o uso de instrumentos processuais de efeito pronto e imediato (por meio de liminares) para revertê-las.

O que, todavia, não ocorre na seara administrativa, onde praticamente não existe previsão de recursos no processo, o *mandamus* tem cabimento muito mais restrito e as causas de natureza cível (onde jurisdicionalmente são revistas as questões administrativas) demoram anos e anos até chegar a uma decisão final, o que invariavelmente acaba por comprometê-la, em termos de proporcionar o reconhecimento do direito buscado pelo autor, pelo só fato do lapso de tempo já decorrido.

Mas parece ser o caminho que resta ao magistrado envolvido no caso trazido a título de paradigma. Afinal, depois de experiência assim traumática e decepcionante, ainda que consiga reverter a punição nas vias jurisdicionais e voltar à ativa, é grande a possibilidade de que, no mínimo, os ideais de antes e o crédito dispensado à instituição à qual pertence já não mais existam.

Aliás, vale ainda ressaltar neste ensejo, até pela peculiaridade da situação, contra tal decisão administrativa, o magistrado de fato já exerceu seu direito de ação e ingressou com mandado de segurança²⁶⁸; porém, se viu obrigado (por conta de disposições regimentais que determinam a competência do Órgão Especial) a fazê-lo perante o mesmo – exatamente o mesmo – órgão julgador que decidiu o processo administrativo, acolhendo o voto do relator e, assim, dando por procedente a acusação, com a imposição de severa pena disciplinar.

Resultado óbvio até de se esperar e que certamente esperava o magistrado, pelos anos de experiência na judicatura: a segurança foi denegada, num voto

²⁶⁸ Mandado de Segurança n.º 0562343-29.2010.8.26.0000. TJESP. Órgão Especial. Rel. Antonio Carlos Malheiros, julg. em 27.07.11.

espantosamente sintético (duas laudas de fundamentação), mesmo diante da complexidade e do volume da matéria de direito debatida (a inicial do *mandamus*, que pela sua natureza só podia debater matéria de direito, tinha mais de cem laudas).

Enfim, outras questões poderiam ainda ser ventiladas neste trabalho, em termos de vícios principalmente de ordem legal, mas aí, devido à natureza específica das questões, estaríamos ingressando em seara predominantemente processual – e que, portanto, poderiam admitir interpretações diversas da nossa, resumindo assim a questão a uma discussão meramente formal –, o que, obviamente, foge dos escopos por nós buscados com a abordagem do tema escolhido.

De qualquer modo, somente com o que aqui ficou demonstrado em termos da falta de um padrão ético-legal minimamente aceitável no procedimento administrativo trazido à guisa de paradigma, acreditamos poder arrematar dizendo que se a Nietzsche se atribui a célebre frase *Deus está morto* (na verdade, assim como no caso de Shakespeare, a frase não é do autor da obra e sim da personagem; quem disse *ser ou não ser* foi Hamlet, na obra homônima; e quem disse *Deus está morto* foi um louco – muito embora o próprio Nietzsche se tenha tornado louco aos 45 anos –, na obra *A Gaia Ciência*, de 1882), por tudo o que ocorreu no aludido processo e também já antes na sindicância que o precedera, não se pecaria aqui pelo exagero em asseverar: em alguns casos o Direito e a Ética parecem estar mortos – ou talvez moribundos – no campo administrativo-disciplinar!

CONCLUSÃO

Na senhoria dos princípios informadores da ordem jurídica, importante observar que o homem ocupa o centro do pensar normativo e, com ele, a vida humana.

O direito existe para construir o homem e não para destruí-lo. Daí a tendência dos Estados Democráticos Modernos em fazer constar de suas Constituições o elenco dos chamados direitos fundamentais do homem.

Por tais razões, então, é que não se pode admitir, à luz da Ética e do Direito, não só o que se verificou no correr do processo administrativo-disciplinar utilizado como paradigma no presente estudo, inclusive no que diz respeito ao seu julgamento final, mas também em tantos outros procedimentos disciplinares envolvendo magistrados, em várias das unidades federativas do país, de que se tem notícia justamente em razão da militância nos quadros da magistratura.

Com efeito, retornando aqui à hipótese usada como paradigma, diversas foram as aparentes violações a dispositivos legais de nosso ordenamento jurídico, sobretudo em nível constitucional, como minudentemente indicado. E, à luz do princípio do devido processo legal, como então se explicar que isso tenha partido de julgadores dos quais, mais do que a quaisquer outros (pois embora atuando no caso como meras autoridades administrativas, tinham na atividade jurisdicional seu mister precípua e usual, com toda a carga de conhecimento ético-legal inerente a tal condição), exigia-se a estrita observância aos preceitos legais vigentes em nosso ordenamento jurídico, além também daqueles de natureza ética?

Aliás, no plano puramente ético, a título de exemplo, como justificar-se não só a não aplicação da lei cabível (o que, principalmente quando ato consciente, já revela, antes de tudo, absoluta falta de ética), mas também uma forma de julgamento colegiado anacrônica e inviável, em que, a despeito da presença de

cerca de duas dúzias de julgadores²⁶⁹, a maior parte se limita a acompanhar o voto do relator, sem assim terem tido contato mais aprofundado e direto com a matéria submetida à apreciação da Corte?

Onde vislumbrar-se ética na conduta de um relator que, além de tudo o que já foi aqui apontado em termos da aparente não observância da legalidade, ao início do julgamento, exatamente como aconteceu no caso aqui mencionado a título de paradigma, exorta seus pares, se houver algum pedido de vista, a devolver o processo já na próxima sessão (a última em que ele, relator, participaria, em razão da iminência de sua aposentadoria compulsória)²⁷⁰, quando não há qualquer dispositivo regimental nesse sentido, além ainda de com isso inviabilizar na prática o pedido de vista de mais de um julgador que se mostrasse interessado em melhor examinar a questão?

De fato, tal pedido poderia mesmo mostrar-se constrangedor e intimidatório, se efetuado com o escopo de desestimular qualquer pedido de vista por parte de algum dos demais integrantes do órgão julgador – e, assim, talvez um exame mais acurado e imparcial do caso –, como se não se tratasse uma pessoa ali sendo julgada, do futuro profissional de um magistrado, de uma carreira alcançada após a aprovação em difícilíssimo certame, de regra, como é notório, resultado de muitíssimo esforço e sacrifício pessoal do candidato aprovado e de seus familiares.

Afinal, se, eventualmente, o relator do processo fazia tanta questão de encerrar sua carreira com o desfecho do processo administrativo consumado com o seu voto (o que parece restar até evidente com a correria no trâmite do feito verificada a final, inclusive com o indeferimento de maior prazo para as alegações derradeiras da defesa), talvez para assim dar vazão a alguma crença pessoal – que, na verdade, parecia já se delinear desde tempos, com a inusitada discordância do voto absolutório e a forma com que, a partir dali, conduziu o processo –, porque,

²⁶⁹ Conforme normas regimentais, o processo administrativo é julgado pelo Órgão Especial do Tribunal, composto por 25 (vinte e cinco) desembargadores, parte dos mais antigos, parte de desembargadores eleitos.

²⁷⁰ Sessão do julgamento final verificado no processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

então, não o colocou a julgamento antes, já que permaneceu com os autos por cerca de dois anos, desde que se tornara o relator designado?

Aliás, isso poderia até fazer vislumbrar-se uma manobra proposital do relator designado para justamente forçar o julgamento final sem que qualquer outro membro do órgão colegiado solicitasse vista do processo e, eventualmente, a partir daí, mudasse novamente o rumo da decisão. Até porque um pedido dessa natureza, no sentido de que se houvesse solicitação de vista, os autos deveriam ser devolvidos já na semana seguinte, partindo do desembargador decano, condição também ostentada pelo então relator designado, por questões de tradição jamais seria recusado, como de fato não o foi.

Inclusive, uma possível nova mudança de rumo na condução do processo na ocasião em que o feito foi julgado repetiria situação por ele próprio (relator designado) protagonizada anteriormente, quando, após o pedido de arquivamento formulado pelo relator original do feito, sob o fundamento de que não havia qualquer ilicitude a ser atribuída ao magistrado, pediu vista dos autos e acabou, com a seguida aposentadoria do colega, por tornar-se o novo condutor do processo e dar-lhe rumos inteiramente diversos.

São hipóteses plausíveis e que não se podem simplesmente descartar.

Enfim, o fato é que não encontramos aqui respostas satisfatórias para tais indagações. Em realidade, a tarefa é deveras árdua. Mas quem pertence aos quadros da magistratura, com conhecimento da política, da mentalidade e das vicissitudes próprias dos Tribunais (inclusive, não raro com o desprezo pelos mandamentos éticos que deveriam nortear principalmente quem exerce atividade decorrente de cargo público), sabe ou imagina algumas das respostas para essas perguntas, ainda que, muitas vezes, não seja possível demonstrá-las de forma concreta, nem aconselhável admiti-las, sob pena de possíveis dissabores de natureza política.

Mas não é só: outro exemplo de conduta que poderia ser considerada em princípio pouco ética, é a de que o relator, embora justificando oralmente seu voto

durante longo tempo, só o baixou com o processo em cartório cerca de um mês depois, como se verifica nos autos.²⁷¹ E um voto de apenas sete laudas, para um processo de cerca de duas mil folhas, o que chega a revelar um poder de síntese surpreendente.

Conclusão imediata, principalmente para quem integra a magistratura há anos e já teve experiência em julgamentos colegiados (participamos por três anos do Colégio Recursal de um dos Foros Regionais da Capital, responsável pelo julgamento dos recursos e ações originárias contra decisões proferidas no Juizado Especial Cível): o voto ainda não estava pronto na ocasião do julgamento. O relator justificou oralmente seu posicionamento, mas sem que estivesse embasado na leitura do voto, como era de se esperar. Utilizava-se apenas de seu conhecimento dos autos, o que não é por si só correto, pois o voto do relator já deve estar pronto quando o processo é colocado em pauta. Seja no âmbito administrativo ou jurisdicional.

Mas o mais grave, e daí decorreria justamente a possível falta de ética, é que, depois de justificar longamente o pedido de condenação do magistrado e ver seu posicionamento acolhido em plenário por ocasião do julgamento²⁷², em vez de ao menos entregar, ainda que com atraso, um voto compatível com toda a argumentação empregada em sua motivação apresentada em plenário, trouxe o relator aos autos decisão por demais sucinta²⁷³, carente de melhor fundamentação, onde não é citado nem ao menos um único fato concreto individuado e específico, bem como as circunstâncias que o cercaram, que servisse para demonstrar alguma das infrações funcionais alegadas e fundamentar à aplicação da pena disciplinar proposta em desfavor do magistrado.

Porém, a essa altura a decisão do julgamento já havia sido proferida um mês antes e não poderia mais ser mudada, ao menos na própria Corte, mesmo com um voto escrito que, se lido em plenário na ocasião do julgamento, possivelmente não

²⁷¹ Processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

²⁷² Sessão do julgamento final verificado no processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

²⁷³ Acórdão final de sete laudas proferido pelo Órgão Especial no julgamento do processo administrativo n.º 214/06. TJESP.

teria propiciado a mesma passividade com que os demais integrantes do órgão julgador aceitaram as ponderações e o veredito, então proposto pelo relator.

E certamente, adiantando-se desde logo presunções neste sentido, não seriam meros embargos de declaração capazes de mudar tal estado de coisas. Como de fato não o foram²⁷⁴, depois de opostos pelo magistrado, muito embora, ao menos em teoria, justamente para isso haja previsão desse instituto processual. Enfim, mais uma vez foram inúteis os esforços da defesa do juiz para tentar ver o triunfo da legalidade no processo disciplinar em questão.

Na verdade, essas medidas todas verificadas na hipótese paradigmática versada, sobre não atentarem para os mais elementares conceitos éticos e legais que deveriam nortear a conduta do julgador, fosse no campo jurisdicional, fosse no campo administrativo-disciplinar, ainda violaram, agrediram e fulminaram princípios e garantias em favor do magistrado que era ali processado, culminando isso tudo, com o absoluto desrespeito ao princípio do devido processo legal.

E ignorar tudo isso significa o mesmo que atentar contra o Estado Democrático de Direito, o que não pode ser admitido, em momento algum, nesta ou em qualquer outra hipótese.

É certo que, sob a ótica processual, a questão não se encerrou com o julgamento em tela, pois ele obviamente poderá se utilizar, como já se utilizou, conforme citado no tópico anterior deste trabalho, das vias jurisdicionais para combater o resultado verificado no referido processo administrativo-disciplinar.

Mas, para isso, deverá certamente aguardar longo tempo até ver uma decisão final tomada, devido, infelizmente, à demora frustrante e iníqua que caracteriza a obtenção de um resultado final na justiça de nosso país, ainda mais na órbita cível, além ainda de enfrentar o conhecido preconceito nas Cortes Superiores no julgamento de medidas judiciais que visam à desconstituição de penas

²⁷⁴ Acórdão proferido pelo Órgão Especial no julgamento dos embargos declaratórios (rejeitados) opostos contra a decisão final. Processo Administrativo n.º 214/06. TJESP.

disciplinares aplicadas a magistrados (nesses casos, a tendência predominante é a de se manter a decisão), mormente quando se trata de Tribunais estaduais de prestígio, como o é o de São Paulo.

Na verdade, ainda que acreditando que a decisão proferida nos autos do feito aqui adotado como paradigma não se sustentava diante da ética e da legalidade a que se deve sujeitar o processo administrativo-disciplinar dentro de nosso ordenamento jurídico, certamente tinha o magistrado conhecimento de que sua tarefa (ao ingressar com o *mandamus*) poderia ser inócua junto à Corte Paulista, representando apenas um percurso obrigatório para fazer o caso chegar aos Tribunais Superiores (STJ e STF) em sede recursal.

Isso porque, a longa vivência na magistratura nos mostra, infelizmente, que as decisões resultantes de impugnação judicial de penalidades disciplinares no mesmo tribunal que as aplicou de regra procuram prestigiá-las, ainda que eventualmente às custas de princípios ético-legais, enfim, com o sacrifício do devido processo legal.

Como se houvesse uma velada necessidade por parte do Tribunal de não voltar atrás. Como se a procedência do questionamento judicial sobre a decisão administrativa pudesse acarretar algum desprestígio ao órgão que aplicou a sanção disciplinar ou, pessoalmente, ao relator do processo administrativo, ou, ainda, revelar algum tipo de fraqueza da Corte que efetuou o julgamento. É quase como se fosse uma questão de natureza cultural *interna corporis*. O que, repita-se, é puro anacronismo, inaceitável para um Poder Judiciário integrante de um Estado que se diga democrático de direito e, demais, em pleno século XXI.

Mas tais pensamentos, obviamente, não são verdadeiros. Reconhecer um erro ou, simplesmente, mudar de opinião, de forma fundada, sobre um fato não revela desprestígio ou fraqueza, mas, sim, antes de mais nada, demonstra grandiosidade e sabedoria por parte de quem o faz.

O julgador que assim se conduz, esse está verdadeiramente apto a julgar. Esse atingiu o grau de maturidade, de ponderação, de serenidade que se exige de

quem desempenha tão nobre e elevado mister. Exatamente ao contrário, porém, do que se verificou na hipótese ora versada, desafortunadamente para desprestígio do direito e da ética.

De qualquer modo, o fato que nos interessa objetivamente aqui procurar demonstrar é a evidente diferença no emprego de critérios éticos e legais se comparados os julgamentos administrativo-disciplinares e os de natureza jurisdicional, até porque, nessa última esfera, determinadas situações que seriam resultantes da não observância da ética e do direito simplesmente não têm lugar, não só pela própria dinâmica processual em si mesmo considerada, mas também por poderem acarretar, para o autor da decisão, exposição excessiva dentro e fora dos autos – e por isso obviamente indesejada.

No campo administrativo-disciplinar, nos parece que muito desses critérios são indevidamente deixados de lado simplesmente para que se faça a chamada *justiça da casa*, onde sentimentos pessoais muitas vezes encontram a seara ideal para proliferarem e se manifestarem, esquecendo-se os componentes das altas cúpulas dos Tribunais de Justiça Estaduais, responsáveis pelos julgamentos *interna corporis*, que o direito administrativo, notadamente após o advento da Carta Constitucional de 1988, vê-se expressamente tangido pelo princípio do devido processo legal.

Trata-se, sem contradita, de puro e indisfarçável anacronismo, repita-se, mas que, tristemente, ainda parece ocorrer nos dias de hoje, conforme se depreende da análise do caso paradigmático.

A tarefa de julgar implica, como já antes mencionado ao longo deste trabalho (3.2. Ética e Direito), uma verdadeira simbiose, metaforicamente falando, entre ética e direito. Ambos vistos e considerados como formas de virtude e integridade.

E, infelizmente, o que parece ter faltado no caso paradigmático ao relator designado e àqueles que o precederam na formulação da acusação contra o magistrado.

A par disso, ousamos ainda aqui dizer, por conta do nosso convívio de anos dentro da magistratura estadual, parece que o juiz algumas vezes, por exercer atividade tão importante e qualificada como a jurisdicional, não dedica a mesma importância e valor à questão meramente administrativa, no campo disciplinar, que ocasionalmente é chamado também a julgar, deixando assim de apreciá-la com a mesma prudência – e também *prudencia* (no sentido que o vocábulo na forma latina indicava ao tempo de Tomás de Aquino) – e proficiência que normalmente empregaria em sede jurisdicional.

Enfim, seja porque no Direito Administrativo, em matéria de infração disciplinar, predomina a discricionariedade ao julgador; seja porque não há uma legislação processual una e própria (não consideramos aqui resoluções do CNJ editadas com esse fim, posto que não têm força de lei e podem ser contestadas judicialmente, em qualquer momento ou instância); seja ainda por conta da mentalidade não menos anacrônica de alguns magistrados mais antigos que se escudam na ultrapassada ideia de que no campo administrativo-disciplinar é permitido *fazer o interesse da administração*, esquecendo-se da incidência do devido processo legal e dos próprios princípios éticos inerentes ao direito; o fato é que não raro infrações-disciplinares atribuídas a magistrados são julgadas em processos que acabam por mostrar-se viciados e, por isso, anulados nas instâncias jurisdicionais superiores.

E o contrário também é verdadeiro. Embora, repita-se, o enfoque do presente estudo se tenha baseado na atividade positiva do Poder Judiciário no campo disciplinar, ou seja, quando efetivamente há uma atuação voltada a apurar determinada conduta atribuída a magistrado, a não observância da ética e do direito igualmente se verifica nos casos em que se faz exigível a apuração disciplinar, mas ela não vem, por conta de favorecimentos e interesses pessoais que encontram nessa órbita (a sede política, seja administrativa ou disciplinar) o ambiente propício para proliferar, inclusive como não raro divulgado na mídia em geral, tanto que esse foi um dos argumentos de maior peso que levaram à criação em nosso país do Conselho Nacional de Justiça, poucos anos atrás.

Enfim, a ética e o direito são indispensáveis à justiça do ato de julgar, seja no campo administrativo-disciplinar, seja no campo jurisdicional.

Na verdade, no campo do direito, essa justiça deve ser comandada, fundamentalmente, por duas percepções, mais uma vez conforme já antes referido nesta dissertação.

A primeira nos permite organizar o conjunto das normas vigentes como uma relação que vai do genérico ao particular, conforme os graus de generalidade. Daí a relação que deve haver entre lei e decisão, em que seara for (administrativa ou judicial). Essa relação é justa na medida em que consegue delimitar, conforme o princípio da igualdade, as correspondentes competências da autoridade julgadora. Generalidade significa extensão normativa, sendo geral a norma que se dirige, proporcionalmente, ao maior número de sujeitos: a justiça como igualdade de todos perante a lei.

A segunda percepção organiza o conjunto das normas vigentes como uma relação uniforme que vai do universal ao específico, conforme graus de universalidade, sendo universal a norma que abrange, abstratamente, a maior amplitude de conteúdo. Assim, a ordem é justa na medida em que consegue delimitar os conteúdos normativos, conforme um princípio material abrangente de inclusão ou exclusão.

Aqui, inclusive, a eleição de um princípio gera, notoriamente, diversos posicionamentos, ora falando-se em bem comum, ora falando-se em necessidades vitais, ora em respeito à dignidade do homem, ou como cidadania, ou até mesmo como desígnio divino.

Assim, a justiça dessa ordem está na razão da delimitação dos conteúdos normativos a partir de um critério de supremacia (o justo como absoluto), não importa a competência da autoridade (administrativa ou judicial) ou o grau da autonomia de ação de um sujeito em face de outro. Daí porque o reconhecimento como justa de uma decisão que se expressa como a afirmação em nível de

supremacia e diante de qualquer circunstância, de um elenco de direitos e valores fundamentais materiais resumidos na dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, no campo da ética, talvez seja o processo (administrativo ou judicial) justamente o terreno mais fértil para fazer germinar o gérmen ético de que deve ser invariavelmente provido o julgador. Deve ele agir sempre segundo seu prudente arbítrio, pessoa que é conhecedora do direito e experiente da vida. Aquele que julga é a substância humana dentro do processo e, por isso, dotado de poderes éticos, dentre os quais, naturalmente, destaca-se a equidade.

A equidade, no seu significado de humanização de justiça, é a utilização pelo julgador de critérios de aplicação, interpretação e integração do direito, de maneira a torná-lo adequado às necessidades e às aspirações dos destinatários.

O aprofundamento da reflexão ética pode passar por inúmeros autores. Não houve pensador moderno que tenha deixado de considerar a ética a maior urgência no convívio dos homens, do que, então, como lógico corolário, decorre igualmente a existência de um direito que deve caminhar lado a lado com ética.

Responsabilidade é conceito bastante conhecido dos profissionais de direito. E responder por algo é uma postura ética. Os julgadores são aqueles primeiramente responsáveis pela realização do justo. E justiça, enquanto instituição, é uma expressão social da vida ética e da aplicação do direito, quando se é chamado a fazê-lo.

Não falta doutrina para quem queira se tornar mais ético, nem para se aprimorar na aplicação do direito. O essencial é que a vontade a esse fim esteja bem dirigida. O julgador, tanto em âmbito administrativo, quanto em esfera judicial, não pode se desligar de sua realidade e precisa, sobretudo, compenetrar-se de uma verdade maior: dele se exige o compromisso de concretizar aquilo que vem garantido pelo Texto Constitucional.

E só a ética e o direito poderão direcioná-lo a esse destino. Ambos alimentados pelo senso de responsabilidade, que, por sua vez, é base indispensável

de uma verdadeira conduta moral positiva. É essa atitude fundamental de maturidade que acarreta seriedade e profundidade ao exercício da atividade de julgar, administrativa ou jurisdicionalmente.

Por derradeiro, entendemos aqui oportuno reiterar que o objetivo do presente trabalho não é generalizar, ou seja, afirmar, ou sequer insinuar, que em toda a atividade político-disciplinar do Poder Judiciário, a ética e o direito acabam ficando em segundo plano, ou mesmo sumariamente desprezados. Isso, sem contradita, seria inverídico, injusto e leviano de nossa parte.

O que apenas se procurou aqui demonstrar, e para tanto utilizando-se de paradigma concreto verificado na magistratura paulista, é que encontramos na seara da atividade político-disciplinar do Poder Judiciário o ambiente mais propício para que, em algumas oportunidades e pelas mais diversas razões, vejam-se mais facilmente ignorados mandamentos éticos e legais, ao contrário, no entanto, do que ocorreria com esses mesmos valores num processo de natureza judicial.

Esperamos, portanto, ter alcançado o fim colimado. Mas, se mesmo após todo o esforço empregado, o resultado do trabalho elaborado não alcançar o êxito que almejamos, por conta de nossa limitação, nem por isso haverá motivo para decepção, pois, como lembram as sábias palavras de François Guizot,

“Em algumas coisas, pode ocorrer que não se conceda ao homem alcançar o fim pretendido; sua glória, então, haverá de consistir em haver caminhado”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de; CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. **Ética e Direito – Uma Perspectiva Integrada**. São Paulo: Atlas, 2009.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

APPIO, Eduardo Fernando. **Discrecionalidade Política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006.

AQUINO, Tomás de. **Prudência – A Virtude da Decisão Certa**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Edipro, 2007.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Forense, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 2005.

BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. **O princípio da verdade material no processo administrativo in Atuais Rumos do Processo Administrativo** – Org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAETANO, Marcello. Coimbra: **Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo**. Almedina, 1932.

CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo** – v.2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. São Paulo: Forense, 2006.

CHALITA, Gabriel. **Os Dez Mandamentos da Ética**. Fortaleza: Sem Fronteiras, 2003.

Código de Processo Penal Brasileiro Anotado – vol. 2 – 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

Código de Processo Penal Brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Código Tributário Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

Constituição da República Federativa do Brasil. 40º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORTINA, Adela. **Ética aplicada y democracia radical**. Espanha: Tecnos, 2008.

DESCARTES, Rene. **Carta-Prefácio dos Princípios da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça da Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O sigilo financeiro e a prova criminal in Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FILHO, Espínola. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado – v. 2**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

FILHO, Georgenor de Souza Franco. **Ética, Direito & Justiça**. São Paulo: LTr, 2004.

FILHO, Romeu Felipe Bacellar. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FILHO, Willis Santiago Guerra. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: RCS, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Petrópolis: Vozes, 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JUNIOR, Paulo José da Costa. **O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Estudos de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2008.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Edipro, 2002.

MALAGARRIGA, Juan Carlos. **El Secreto Bancario**. Buenos Aires: Abeledo, 1970.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sigilo Bancário**. Revista Dialética de Direito Tributário n.º 01. São Paulo. 1995

MÁYNEZ, Eduardo Garcia. **Ética**. Cidade do México: Porrúa, 1970.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. Campinas: Millenium, 2008.

_____. **Filosofia e Ética Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Ética Geral e Profissional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: RT, 1985.

GASSET, José Ortega y. **España Invertebrada**. Madrid: Austral, 2007.

_____. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Duas Cidades, 1960.

_____. **Las Atlántidas**. Madrid: Alianza, 1932.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. 14^a ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **O princípio da presunção de inocência no processo administrativo sancionador in Atuais Rumos do Processo Administrativo** – Org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIBEIRO, Antonio de Pádua. **O Judiciário e a Constituição in O Poder Judiciário: Algumas Reflexões**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2007.

RUBIO, José Hernandez. **Sociologia y Política em Ortega y Gasset**. Barcelona: Bosch, 1956.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia in Atuais Rumos do Processo Administrativo** – Org. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SICHES, Recasens. **Introducción al Estudio del Derecho**. Cidade do México: Porrúa, 1985.

SIDGWICK, Henry. **História da Ética**. São Paulo: Ícone, 2010.

SILVA, Edson Jacinto da. **Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar**. Campinas: Servanda, 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

WALD, Arnold. **Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, vol. 22. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1998, p. 21.