

## **Do Juiz**

**Enéas Castilho Chiarini Júnior**

**chiarinijunior@yahoo.com.br**

### **Introdução**

**Palavras-chave:** Juiz; Magistrado; Magistratura; Atributos e Características do Cargo (ou Função) de Juiz de Direito.

É bastante comum entre os estudantes de Direito, o desejo de prestar concurso para a magistratura, quer Estadual, quer Federal.

Normalmente, o que inspira tal desejo são as vantagens econômicas advindas da profissão de Juiz de Direito. Não se preocupam os estudantes, na sua maioria, com as atribuições, ou características da função de magistrado, apenas visam uma estabilidade econômica, aliada à estabilidade de emprego.

Justamente por perceber tais características entre os estudantes de graduação, é que nos preocupamos em elaborar este trabalho, que visa esclarecer os “candidatos à candidatos” de concursos para magistratura, sobre algumas características da função que pretendem exercer.

Nossa intenção não é, de forma alguma, esgotar o tema, apenas traçar as linhas gerais, capaz de dar ao estudante do Direito uma visão panorâmica das características da função de magistrado, para que este possa, ao fazer sua opção de prestar o concurso para magistratura, estar preparado para os desafios que poderá enfrentar em sua vida profissional, caso seja aprovado no certame.

### **I – Das Funções Processuais**

O juiz é mero agente de um dos sujeitos processuais, que é o Estado; não participa do jogo de interesses contrapostos, e sim comanda a atividade processual desinteressadamente e imparcialmente. Ele não está no processo em nome próprio, mas sim na condição de órgão do Estado, que não se coloca em pé de igualdade com as partes, nem atua em defesa de interesses próprios, e sim em benefício geral.

Por ser o juiz imparcial, é investido de poderes para dirigir a lide, se colocando numa posição de superioridade perante as partes, sendo-lhe exigida a imparcialidade, que é condição essencial à posição de juiz.

Possui ele, poderes administrativos ou de polícia, que se exercem por ocasião do processo, afim de evitar sua perturbação; neste sentido, reza os artigos 251 e 794 do CPP que cabe ao juiz promover a regularidade do processo, mantendo a ordem no curso dos respectivos atos, podendo para tanto fazer uso da força pública; e, segundo o artigo 795 do CPP, no decorrer da audiência, ou sessão, os espectadores não poderão se manifestar, em caso contrário, o juiz fará com que estes se retirem da sala, e em caso de resistência serão presos e autuados; e no mesmo sentido o artigo 445, II e III do CPC.

Segundo o artigo 25 do CPC, teremos que o juiz dirigirá o processo segundo a igualdade de tratamento entre as partes, velando pela rápida solução do litígio; prevenindo ou reprimindo qualquer ato contrário à dignidade da justiça e tentando a qualquer tempo, conciliar as partes, e ainda, somando-se o artigo 15 do CPC, caberá ao juiz, de ofício, ou a requerimento das partes mandar riscar expressões injuriosas nos escritos do processo, e se estas expressões forem proferidas em defesa oral o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada

a palavra.

Compete ainda ao juiz, colher direta e pessoalmente as provas, e alertar os advogados e órgão do MP que discutam a causa com elevação e urbanidade, não podendo os mesmos intervir, ou apartar peritos, assistentes técnicos e testemunhas, enquanto estiverem depondo, sem licença do juiz.

Possui também, poderes jurisdicionais, que se desenvolvem no próprio processo, podendo estes ser poderes meios, que dizem respeito ao andamento processual, e à formação do convencimento do juiz; ou poderes fins, que compreendem a decisão e execução da sentença.

## **II – Dos Deveres**

O juiz possui também deveres, de sentenciar, de conduzir o processo segundo o devido processo legal, garantindo às partes, o direito do contraditório. Neste sentido, não poderá, o juiz, se eximir de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe nestes casos recorrer a analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (artigo 126 do CPC, em conformidade com os artigos 4º e 5º da LICC, e no mesmo sentido art. 126 do CPC e 291 do Cód. Coml. Sobre usos e costumes comerciais), sendo que o juiz aplicará as regras de experiência comum subministrada pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado quanto a esta, o exame pericial (artigo 335 CPC), e só decidirá por equidade nos casos previstos por lei (artigo 127 CPC). Neste sentido, não existe nada semelhante no CPP, pois segundo o princípio da legalidade, expresso no art. 5º XXXIX, da CF, e repetido no art. 1º do CP “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; e uma interpretação diversa, baseada em qualquer método de hermenêutica, traria insegurança ao sistema judiciário.

Deverá ainda, decidir a lide nos processos em que foi proposta, sendo possível escusar-se do conhecimento de questões não levantadas, cuja lei exija iniciativa da parte (art. 128 CPC); devendo proferir a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor; e nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, decidirá em forma concisa; sendo-lhe vedado proferir sentença ilíquida, caso o autor tenha formulado pedido certo (art. 460 CPC).

Se pelas circunstâncias da causa, o juiz se convencer de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado, ou conseguir fim proibido por lei, proferirá sentença que impeça os objetivos das partes (art. 129 CPC).

Cabe ao juiz de ofício, ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis, ou meramente protelatórias (art. 130 CPC); e apreciando livremente cada prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, devendo indicar na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (art. 131 CPC), sejam de fato ou de direito, e que constitui um dos requisitos essenciais da sentença (art. 458 CPC), sob pena de nulidade (art. 93 IX da CF).

O juiz que concluir a audiência, quer seja ele titular ou substituto, será o que julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado, promovido ou aposentado, caso em que passará os autos ao seu sucessor, que se entender necessário, poderá repetir as provas já produzidas (art. 132 CPC).

Deve ainda o juiz, cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício, não excedendo injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar, determinando as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; e também tratar com urbanidade todos os envolvidos no processo, atendendo aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que

reclame e possibilite solução de urgência, exercendo assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, mesmo que não haja reclamação das partes; devendo ainda residir na sede da comarca, salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado (neste sentido, também art. 93, VII da CF), para assim comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão; não se ausentando injustificadamente antes de seu término, mantendo conduta irrepreensível na sua vida pública e particular (art.35 LOMN).

Devendo ainda o juiz remeter, até o dia dez de cada mês, ao órgão corregedor competente da Segunda instância, informações a respeito dos feitos em seu poder, cujos prazos para despacho ou decisão hajam sido excedidos, bem como indicar o número de sentenças proferidas no mês anterior (art. 39 LOMN).

### **III – Das Garantias**

Para que o juiz possa dar a sua sentença com total liberdade, sem medo de ser prejudicado por qualquer que seja a sua decisão, são necessárias garantias que lhe possibilitem as suas qualidades essenciais de imparcialidade e independência, para dessa maneira poder dar o veredicto conforme manda a lei. A primeira garantia que podemos destacar é a de que o juiz não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar, ou pelo teor das decisões que proferir, salvo os casos de impropriedade, ou excesso de linguagem (art. 41 da LOMN). As outras garantias, de ainda maior importância, são as que garantem ao magistrado vitaliciedade, inamovibilidade, e irredutibilidade de vencimentos (art. 25 da LOMN, e art. 95, I, II e III da CF); sendo que a vitaliciedade, no primeiro grau, somente será adquirida, após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado (art. 22, II da LOMN, e art. 95, I da CF).

O juiz só poderá ser removido ou promovido com seu consentimento (art. 30 da LOMN), e em caso de mudança de sede do juízo, poderá remover-se para a nova sede, ou obter disponibilidade com vencimentos integrais (art. 31 da LOMN); podendo entretanto, mesmo contra a sua vontade, ser removido, por motivo de interesse público, fundado em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada a ampla defesa (art. 95, II, combinado com art. 93, VIII, ambos da CF).

Os vencimentos são irredutíveis, porém sujeitos aos impostos geris, inclusive o de renda, e aos extraordinários, não impedindo os descontos previdenciários, estabelecidos para os servidores públicos (art.32 da LOMN), sendo ainda ressalvado o disposto nos artigos 37, X e XI, 39 parágrafo 4º, 150, II, 153, III e parágrafo 2º, I da CF (art. 95, III da CF).

### **IV – Das Prerrogativas**

No mini dicionário Aurélio, encontramos a palavra Prerrogativa, como sendo sinônima de Privilégio, mas parece-nos bem acertado o entendimento do jurista José Raimundo Gomes da Cruz, de que Prerrogativa tem um sentido amplo, que visa o interesse público, dirigindo-se a pessoa que ocupa determinado cargo, não se importando quem seja esta pessoa; já Privilégio, possui um sentido mais pessoal, está ligada a pessoa, seja qual for o cargo que ocupe. Esta diferenciação é importante, pois a Constituição Federal, no caput e inciso I, do artigo 5º, enuncia de forma clara, o princípio de que todos, homens e mulheres são iguais perante a lei, sem qualquer distinção, o que é totalmente incompatível com Privilégio.

Entre as prerrogativas que possui o magistrado, destacamos a de ser recolhido a prisão especial, ou a sala de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou Órgão Especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final (art. 33, III da LOMN).

O juiz não está sujeito a notificação ou intimação para comparecimento, salvo se expedido por autoridade judicial (art. 33, IV da LOMN).

O juiz, está ainda, permitido de portar arma de fogo para defesa pessoal (art. 33, V da LOMN)..

### **V – Das Vedações Impostas**

O juiz está impossibilitado, por força de lei, de realizar certos atos, isto decorre da sua indispensável independência e imparcialidade.

É vedado ao juiz exercer o comércio ou participar de sociedade, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou cotista (art. 36, I da LOMN, e no mesmo sentido art. 2º, 1 Cód. Coml.); nem exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração (art. 36, II da LOMN); sendo também vedado exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério, dedicar-se à atividade político-partidária, e receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo (art. 95, parágrafo único, I, II e III, da CF).

É também vedado ao juiz manifestar-se, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério (art. 36, III LOMN).

### **VI – Da Responsabilidade Civil**

Como ser humano que é, o juiz é passível de erros, contudo, em razão da função que exerce pode vir a prejudicar a terceiros com seus erros, e, ainda em razão desta sua função, deve procurar ao máximo evitá-los, e se mesmo assim ocorrerem, deverá ser penalizado civilmente, e, se conforme o caso, ser responsabilizado até mesmo penalmente.

Responderá o juiz por perdas e danos, quando, no exercício das suas funções, proceder com dolo ou fraude, ou se recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, procedimento que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte (art. 133 CPC, no mesmo sentido art. 49, I e II da LOMN), podendo desta maneira, constituir crime de prevaricação, depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias (art. 133, parágrafo único, CPC, e art. 49 parágrafo único da LOMN); podendo as partes representar ao presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que exceder os prazos previstos em lei, que instaurará procedimento para apuração da responsabilidade, podendo o relator avocar os autos em que ocorreu o excesso de prazo, designando outro juiz para decidir a causa (art. 198 do CPC). Se ficar comprovado a prevaricação, poderá o juiz ser condenado a detenção de três meses a um ano, e multa (art. 319 do CP)

### **VII – Do Impedimento e Da Suspeição**

Existem fatores que podem dar margem à dúvidas quanto a honestidade da decisão do juiz, e por isso, para manter a confiança da população com relação ao Poder Judiciário, é necessário que se afaste do julgamento de determinadas causas, juizes que estejam suspeitos, para não se colocar em risco o Sistema Judiciário como um todo.

É defeso ao juiz, segundo o artigo 134 do CPC, exercer suas funções no processo contencioso ou voluntário de que for parte ele, ou seu cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, ou que qualquer destes sejam advogado das partes; desde que o advogado esteja exercendo o patrocínio da causa, sendo vedado ao advogado pleitear no processo a fim de criar o impedimento ao juiz; é

também defeso, quando tiver ele intervido no processo como mandatário da parte, perito, órgão do MP ou prestado depoimento; assim como se tiver proferido sentença ou decisão em primeiro grau de jurisdição; ou ainda, quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica parte na causa (no mesmo sentido art. 252 do CPP); não podendo exercer a jurisdição ainda, o juiz que tiver se pronunciado a respeito de fato ou de direito, sobre a questão (art. 252 do CPP); nem tão pouco, o juiz que era delegado de polícia na época do inquérito (STF, RTJ 47/543; TJSP, RT 550/303), nem o juiz que tenha figurado como testemunha do réu em processo na vara em que é titular (TJSP, RT 534/345).

Existe suspeição do juiz, se este for amigo íntimo, ou inimigo capital das partes, se for interessado no julgamento ou se uma das partes for credora ou devedora do próprio juiz, de seu cônjuge ou parente; se for herdeiro presuntivo, donatário ou empregado de uma das partes; ou ainda, se aconselhar alguma das partes, se receber dádivas antes ou depois do início do processo, ou se subministrar meios para atender às despesas do litígio. Podendo ainda o juiz, se declarar suspeito por motivos íntimos (art.135 do CPC, e no mesmo sentido art. 254 do CPP); sendo também suspeito o juiz que possuir algum parente ou afim que esteja respondendo a processo análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia (art. 254 do CPP). O juiz que espontaneamente afirmar-se suspeito, deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remetendo o processo imediatamente ao seu substituto (art. 97 do CPP).

Não será considerado suspeito o juiz que tiver condenado o réu várias vezes (RT 511/357), nem o que possuir simples relação de cortesia para com qualquer das partes (RT 535/328); pois este rol do artigo 254 do CPP é taxativo, não admitindo portanto ampliação (RT 508/404). O impedimento ou suspeição do juiz, decorrente de parentesco por afinidade advinda de casamento, cessará com a dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, com exceção em caso do juiz ser sogro, padrastrado, cunhado, genro ou enteado, ou se tiver sobrevivendo descendentes, de qualquer parte no processo (art. 255 do CPP). A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la, propositadamente para afastar o juiz (art.256 do CPP).

O juiz que possuir qualquer dos impedimentos acima, deverá abster-se de servir no processo, caso contrário, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição (art.112 do CPP), sendo lícito às partes, argüir por meio de exceção, a incompetência, o impedimento, ou a suspeição do juiz (art. 304 do CPC, e art. 112 do CPP); podendo,, se o juiz vier a dar a sentença de mérito transitada em julgado, esta ser rescindida (art. 485 do CPC), ou caso não tenha essa impossibilidade sido argüido pelas partes, ser decretada a nulidade do processo (art. 564, I do CPP); uma vez julgada a exceção como procedente, serão os autos remetidos ao juiz competente (art. 311 do CPC).

O juiz que for arrolado como testemunha, pode declarar-se impedido, se tiver conhecimento de fatos, que influenciem na decisão, podendo a parte, neste caso desistir de seu depoimento; ou se nada souber, o juiz mandará que seu nome seja excluído do rol das testemunhas (ar. 409 do CPC).

Todos os motivos de impedimento e suspeição são aplicáveis aos juizes de todos os tribunais; e o que não se declarar suspeito, poderá ser recusado pelas partes (art. 137 e 304 do CPC).

Nos júzos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juizes que forem entre si, parentes, consangüíneos ou afins (art.253 do CPP), sendo que o primeiro que conhecer a causa do Tribunal, impede a participação do outro no julgamento (art. 136 do CPC).

## **VIII – Das Penalidades**

Como já dito anteriormente, o juiz não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que

manifestar, ou pelo teor das decisões que proferir, salvo os casos de impropriedade, ou excesso de linguagem (art. 41 da LOMN); e as penas disciplinares, a que o magistrado está sujeito são, segundo o artigo 42 da LOMN:

I - Advertência, de natureza moral, que só poderá ser aplicada, reservadamente, por escrito, e em caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo (art. 43 da LOMN);

II – Censura, também de cunho moral, e que será aplicada, também reservadamente, e por escrito, ao magistrado que reiteradamente negligenciar as funções do cargo, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave (art. 44 da LOMN), sendo que o juiz que for punido com pena de censura, não poderá, por um ano, contado da imposição da pena, figurar na lista de promoção por merecimento (parágrafo único);

III – Remoção Compulsória, classificada pela doutrina como de cunho profissional, que corresponde à transferência ou deslocação do magistrado no plano horizontal; sendo proposta de ofício pelo Tribunal ou seu Órgão Especial competente, a que pertença ou esteja subordinado o juiz, por motivo de interesse público ou fundamentada pelo Poder Executivo, ou Legislativo, Ministério Público, Conselho Federal, ou Secional da OAB(art. 27 da LOMN, que é aplicado por força do art. 46 também da LOMN), sendo votada a proposta pelo Tribunal ou Órgão Especial, em escrutínio secreto e por voto de dois terços de seus membros efetivos, assegurado ao juiz o direito de defesa (art. 45 da LOMN, e 93, VIII da CF);

IV – Disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, e que corresponde ao afastamento do servidor público das suas funções, por motivo de interesse público;

V – Aposentadoria Compulsória, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, e que difere da disponibilidade, apenas pelo seu caráter definitivo;

VI – Demissão, que corresponde à penalidade administrativa eliminatória do magistrado, e que não se confunde com exoneração, que é afastamento voluntário do servidor público, aqui também é exigido o quorum de dois terços, conforme os artigos 45 da LOMN e 93, VIII da CF, e que será aplicada aos juizes nomeados mediante concurso público, e que ainda não possuam vitaliciedade, em caso de falta grave, sendo admitido processo administrativo, não constituindo casos de falta grave, aqueles sujeitos a penalidade mais branda (constantes nos arts. 43 e 44 da LOMN).

Serão estabelecidos pelos regimentos internos dos Tribunais, o procedimento para a apuração de faltas puníveis com advertência ou censura (art. 48 da LOMN).

## **IX – Do Ingresso na Carreira**

O ingresso na carreira, será mediante nomeação, após concurso público de provas e títulos, organizado e realizado com a participação do Conselho Secional da OAB (arts. 93, I da CF, e 78 da LOMN), e cujo cargo inicial será juiz substituto (art. 93, I da CF)

Sendo permitido à lei exigir dos candidatos, para inscrição no concurso, o título de habilitação em curso oficial de preparação para a magistratura (Art. 78, parágrafo 1º da LOMN); sendo ainda os candidatos submetidos a investigações relativas aos aspectos morais e sociais, e a exame de sanidade física e mental (parágrafo 2º); sendo eles indicados para a nomeação, em número correspondente às vagas, mais dois, para cada vaga, sempre que possível (parágrafo 3º).

O juiz, no ato da posse, deverá apresentar uma declaração pública com a relação de seus bens, e prestará o compromisso de desempenhar com retidão as funções do cargo, cumprindo a Constituição Federal e as Leis (art. 79 da LOMN)

## **X – Da Promoção**

O processo de promoção deverá observar os critérios de antigüidade e de merecimento, alternadamente, e o da indicação dos candidatos à promoção por merecimento, em lista tríplice, sempre que possível, sendo obrigatória a promoção do juiz que figurar pela terceira vez consecutiva, ou quinta alternada na lista de merecimento, sendo este merecimento apurado na entrância e aferido com prevalência de critérios de ordem objetiva, tendo-se em conta a conduta do juiz, sua onerosidade no exercício do cargo, número de vezes que tenha figurado na lista, bem como o aproveitamento em curso de aperfeiçoamento; e havendo empate na antigüidade, terá precedência, o juiz mais antigo na carreira, e neste caso, o tribunal só poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto da maioria absoluta de seus membros, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação. (art. 80, I, II e III da LOMN, e art. 93, II da CF), sendo somente permitida a promoção, de juiz que tenha pelo menos dois anos de exercício na entrância (art. 80, IV da LOMN).

Será aberta inscrição para candidatos que pretendam ocupar cada vaga destinada ao preenchimento por promoção, com indicação da comarca ou vaga a ser provida (art. 82 da LOMN), e a notícia da ocorrência da vaga a ser preenchida por promoção, deve ser imediatamente veiculada pelo órgão oficial próprio, com a indicação de provimento através de promoção, das vagas que devam ser preenchidas por critérios de antigüidade ou merecimento (art.83 da LOMN).

## **XI – Da Perda do Cargo**

O procedimento para decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do Órgão Especial a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo, ou Legislativo, do MP ou do Conselho Federal ou Secional da OAB (art. 27 da LOMN), sendo precedente à instauração do processo, a defesa do juiz, no prazo de quinze dias (parágrafo primeiro); e logo após este período, o Presidente do Tribunal, no dia útil seguinte, convocará o Tribunal, ou Órgão Especial, para que em sessão secreta (sem acesso à terceiros) decida sobre a instauração do processo (parágrafo segundo), podendo afastar o juiz do exercício das suas funções, sem prejuízo dos vencimentos e vantagens, até a decisão final (parágrafo terceiro), devendo esta decisão ser tomada pelo voto secreto de dois terços de seus membros (art. 29 da LOMN).

O julgamento será realizado em sessão secreta do Tribunal ou seu Órgão Especial, sendo que a decisão no sentido da penalização do magistrado deverá ser tomada por voto secreto da dois terços dos membros do colegiado (art. 27, parágrafo sexto da LOMN).

## **XII - Papel Social**

Cumprir assinalar, como fez Gladston Mamede que, “em se tratando de profissionais e estudantes do Direito, o desconhecimento da realidade social, quer por ingenuidade, quer, simplesmente, por não se querer comprometer (leia-se ‘lavar as mãos’, ato que, já em Pilatos, revela uma omissão cruel) com a realidade alheia, engendra profissionais que, quer saibam, quer não tenham se dado conta disto, trabalham pela perpetração e elevação das diferenças sociais, das injustiças como a miséria. São profissionais que não percebem, como lembra Bastos, que ‘leis são rasgadas, num momento político de imposição da força pela força; ou são contornadas, elegantemente contornadas na conduta administrativa ou nas sentenças e acórdãos’.”

Opinião que se harmoniza com a de João Baptista Herkenhoff, para quem “temos todo um sistema legal que sacramenta a injustiça e as disparidades sociais. Os juristas e juizes que se submetem docilmente a esse sistema, sem mesmo descobrir algumas de suas brechas, que possam servir às maiorias oprimidas, colocam-se decididamente do lado das minorias aquinhoadas.”, onde “o positivismo reduz o Direito a um papel mantenedor da ordem. Sacraliza a lei. Coloca o jurista a serviço da defesa da lei e dos valores e interesses que ela guarda e legitima, numa fortaleza

inexpugnável”, pois “para a lei, todos são iguais [artigo 5º da Constituição Federal]. Ingênuo engano. Os homens são desiguais. Uma estrutura de opressão cria e alimenta as desigualdades.

Dessa constatação há de partir toda tentativa de um Direito justo: apreciação desigual, ante a desigualdade social e a desigualdade humana.” E conclui que “mesmo num país que consagra um rígido sistema de classes, como no caso brasileiro (com enormes privilégios em favor das classes dominantes), as leis não constituem um bloco monolítico que só atua em face dos poderosos. Há, sem dúvida, no sistema legal, brechas que podem servir à luta das classes populares.”

Este é o papel social que deverá ser exercido pelos juízes: procurar na lei as brechas que esta apresenta, na tentativa de diminuir as desigualdades sociais, para que possa ajudar a construir uma nova sociedade, mais humana e fraterna, com efetiva igualdade de condições entre todos os cidadãos, seguindo o objetivo constitucional constante no artigo 3º da Carta Magna nacional, segundo o qual deve-se buscar “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, garantindo “o desenvolvimento nacional”, erradicando “a pobreza e a marginalização” reduzindo, assim, “as desigualdades sociais e regionais”, para que se possa “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Nesta tarefa, seu principal aliado é, sem dúvida, o artigo 5º da Lei 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), que ordena ao intérprete da lei que, na sua aplicação, atenda “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. O grande João Baptista Herkenhoff, comentando este artigo afirma que “...não obstante esteja colocado na Lei de Introdução ao Código Civil, não se cinge apenas à interpretação e aplicação do Código Civil. É um artigo que preside à interpretação de todas as leis; é um princípio hermenêutico fundamental dentro de todo o ordenamento jurídico”, sendo que “deve o juiz atender as exigências últimas e gerais do bem comum, afastando a incidência da lei ao caso concreto, quando dessa incidência resulte obstrução àquele propósito”

Em seguida, conclui aquele jurista que “temos assim um artigo de lei que muito pode e deve ser usado pelos advogados engajados nos movimentos populares e na defesa dos direitos dos empobrecidos. A nova Constituição coloca contradições que constituem um desafio à criatividade dos juristas. Da mesma forma que os intelectuais orgânicos das classes dominantes vão procurar interpretar a Constituição a serviço dos interesses a que servem, os juristas populares deverão descobrir, na nova Carta, as aberturas que possam servir às classes marginalizadas. E todo esforço urge desenvolver para que tenha efetiva vigência e aplicação tudo aquilo que, na Constituição, possa eventualmente prestar-se ao reconhecimento dos direitos das maiorias.”

Sob esta ótica, deve o juiz, mais que nunca, lembrar do 4º mandamento do advogado, de Eduardo Jorge Couture, segundo o qual o dever, não apenas do advogado, mas de todo e qualquer indivíduo que trabalhe com - e pelo - Direito, é lutar pelo Direito, porém, caso em sua vida profissional encontre o Direito conflitando com a Justiça, deve deixar aquele de lado e optar por esta.

E aqui esta o campo principal para a aplicação de tal desiderato, uma vez que a maior injustiça existente hoje em dia no seio de nossa sociedade é, justamente, a desigualdade social, onde grande parte da população já nasce sem qualquer esperança de conseguir alcançar condições necessárias à atender suas necessidades básicas, como moradia, saúde, educação, e, em alguns casos, até mesmo a alimentação.

“Segundo o ensaio clássico, a Justiça explicita-se de três maneiras fundamentais: a) como Justiça comutativa; b) como Justiça distributiva; c) como Justiça geral, social ou legal. A Justiça comutativa exige que cada pessoa dê a outra o que lhe é devido. A Justiça distributiva manda que a sociedade dê a cada particular o bem que lhe é devido. A Justiça geral, social ou legal determina que as partes da sociedade dêem, à comunidade o bem que lhe é devido” (João Baptista Herkenhoff), sendo que “Justiça Social entre nós é vencer a fome, as brutais desigualdades, é impedir que a



infância seja destruída antes mesmo que a vida alvoreça, é reconhecer às multidões oprimidas o direito de partilhar os dons e as grandezas da Criação. Justiça social entre nós é exigir Justiça nas relações internacionais, é denunciar como iníquos os mecanismos que nos mantêm eternamente em dívida para com os ricos do mundo. Não há Justiça Social onde a sociedade, como um todo, não proporciona a satisfação dos direitos das pessoas em particular e sobretudo das pessoas mais credoras de proteção como a criança, o velho, o doente [...] Também não há Justiça Social se os particulares, as empresas, as microssociedades não contribuem, cada um na medida de suas possibilidades, para o bem da sociedade global. Não há Justiça Social onde vigoram as leis do egoísmo, da sonegação fiscal, do peculato, e o Estado, longe de cumprir o desiderato distributivista, constitui, ao contrário, instrumento de acumulação em favor das minorias privilegiadas.” (João Baptista Herkenhoff)

Para João Baptista Herkenhoff, “esquemáticamente, podemos distinguir três níveis em que se manifesta o fenômeno da violência: a) a violência institucionalizada, decorrente da estrutura socioeconômica vigente; b) a violência privada, de indivíduos ou grupos, que se manifesta através de comportamentos definidos como criminosos, pelo sistema legal; c) a violência oficial, representada pela repressão policial e por aquela exercida pelo aparelho judiciário e prisional.” E, pouco mais adiante, explica o que é a violência institucionalizada, afirmando que “qualquer pessoa identifica o comportamento de violência num homicídio ou num roubo (subtração de coisa alheia móvel, mediante, justamente, grave ameaça ou violência). Entretanto, nem sempre se percebe o conteúdo de violência na cena de uma criança raquítica que morre de sarampo. A violência institucionalizada é mais sutil. É aceita como natural. Às vezes é até interpretada como se fosse a vontade de Deus. Por falta de espírito crítico, as pessoas, com frequência, não sabem identificar as causas dessa espécie de violência, nem podem imaginar alternativas de organização sócio-político-econômica que suprimiam as situações de violência estrutural. A violência institucionalizada é o conjunto das condições sociais que esmagam parcela ponderável da população, impossibilitando que os integrantes dessa parcela tenham uma vida humana. Não se pode escamotear que estão sendo violentados todos aqueles seres humanos privados das condições mínimas de existência: os adultos que passam fome; as crianças que passam fome e cujo cérebro é, irreversivelmente, deteriorado pela desnutrição; os que não têm direito ao abrigo, à privacidade de uma habitação; os que não têm direito à saúde; os que não têm direito a qualquer descanso ou lazer porque a uma longa jornada de trabalho vem se somar uma longa jornada perdida no transporte urbano; os que não têm direito a qualquer espécie de participação nas decisões públicas; os que não têm direito à solidariedade, condenados ao isolamento por força de uma organização social que pulveriza os contatos no nível de pessoa e de grupo...”

Assim, deve, também o juiz, lutar contra as desigualdades sociais, que, conforme já dito, se constitui na maior injustiça verificada na sociedade moderna, pois, se para Rousseau “...todo homem nascido na escravidão nasce para ser escravo, ninguém o duvida, pois os escravos, arrastando seus grilhões, perdem até o desejo de os quebrar, e amam o cativo, como os companheiros de Ulisses, a brutalidade. Se há pois escravos por natureza, é porque os há contra a natureza: a força formou os primeiros, e a covardia os perpetuou”, é possível dizer-se que, da mesma forma, os mais carentes acabam por perder a vontade de lutar contra as desigualdades sociais, tornando-se escravos do sistema e amando sua condição de miseráveis, pois, em alguns raríssimos casos, é mais fácil viver da caridade que do trabalho. Porém, ao se permitir que alguém nasça sem qualquer condição de gradar seus degraus na pirâmide social, é negar-lhe a condição de Homem, é condenar um inocente à cumprir uma pena injusta e ilegítima, motivada por um delito que este mesmo indivíduo nunca chegou, e provavelmente jamais chegará, a cometer. É, mais uma vez contrariar nossa Carta Magna que afirma serem todos inocentes até que sua culpa seja comprovada de maneira irrecorrível (artigo 5º, inciso LVII).

É necessário lembrar, como o fez Gladston Mamede, que “...para além das teorias e das normas, está a vida de cada ser humano que constitui a sociedade. De pouco adianta propagar que cada um é agente de seus destinos político, social, econômico, jurídico (o mito da cidadania), se não há

condições jurídicas e mesmo pessoais para que isto ocorra [...] No caso brasileiro, deixando de dar formação educacional (crítica e política) a parte da população, mantém-se a prática espoliatória que beneficia uma elite (narcísica, incompetente, inconseqüente) em desproveito de milhões de pessoas (miseráveis, e trabalhadores das classes baixas). Permite-se uma certa ordem de privilégios para uma classe intermediária (classe média), que, na estrutura social, funciona como suporte para as classes dominantes: fornece-lhe profissionais que administram seus interesses (nestes incluídos tanto os negócios particulares, quanto os 'negócios de Estado', ou seja, a administração do aparelho de Estado, sempre no estrito respeito à conservação de seus benefícios), assim como assimila (motivada pelo desejo de conservar sua própria parcela - ainda que limitada - de benefícios) a fobia - e a luta - contra um possível 'levante' das massas exploradas..."

Como lembra Herkenhoff, "em oposição à utopia que se pode tornar realidade, muitos acenam ao povo com fórmulas para vencer na vida. Todo um esquema de pensamento tenta convencer as pessoas de que as regras estão colocadas, como devido, de que tudo está certo e de que basta trabalhar para dominar a terra. Ao jurista, inclusive, não restaria outro papel que não o de se inserir no sistema vigente para, quando muito, corrigir algumas de suas arestas. A ideologia dominante é hoje transmitida ao povo, com renovada eficácia, em face dos meios de comunicação de massa."

Gladston Mamede concorda ao afirmar que "...nossa sociedade é induzida a crer-se democrática e os indivíduos a crerem-se cidadãos; segundo este discurso (falso, nos termos vistos), haveria entre nós respeito ao Direito (não só às normas estabelecidas, como aos 'elevados princípios de justiça') e oportunidades de participação. Mas examinando-se os indivíduos isoladamente, encontrar-se-á apenas uma pequena minoria que possui condições pessoais e sociais de, efetivamente, conhecer e utilizar-se das possibilidades (limitadas, como se viu) de participação consciente nos desígnios de Estado. A consolidação do (verdadeiro) Estado Democrático de direito, em contraste, exige muito mais..."

Porém, Herkenhoff afirma confiante: "...creio na utopia como realidade, como metodologia crítica, como instrumento de ação. O presente pertence aos pragmáticos. O futuro é dos utopistas [...] É fugaz a vida que põe sua esperança no termo da própria existência e baliza seu projeto humano nos muros de sua casa. É eterna a vida de quem é capaz de se inserir na história humana, na caminhada do povo, na luta pela sua libertação."

Este é o papel que deverá ser exercido pelos juízes, lutar contra as desigualdades sociais, contra a violência institucionalizada, contra o preconceito, a discriminação e a marginalidade dos miseráveis cujo único pecado foi nascer da barriga errada, pois, conforme o artigo 2º, parágrafo único, inciso V, e artigo 3º do Código de Ética e Disciplina, deve o advogado pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difuso, no âmbito da comunidade, tendo sempre em mente que, acima de qualquer coisa, o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos.

"Não obstante o projeto conservador e excludente, abriram-se, por pressão dos movimentos populares, algumas brechas no texto constitucional. Criaram-se alguns instrumentos legais através dos quais é viável aumentar o teor de participação popular, na estrutura política do país, e obter efetivas melhorias na vida do povo. É claro que a Constituição, por si só, de nada vale. Sua alavanca é o povo, são as grandes maiorias que devem crescer na consciência de seus direitos e de sua dignidade para descobrir as brechas abertas, alargar essas brechas, prosseguir na sua luta, obter novos direitos e, finalmente, derrubar a sociedade dos privilégios e construir a sociedade igualitária do amanhã." (João Baptista Herkenhoff )

É necessário que o juiz tenha sempre em mente que ninguém deveria ser submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III da Constituição Federal), aí incluídos os

miseráveis, abandonados nas ruas como se fossem cães sem donos, pois é necessário lembrar que a honra dos indivíduos é inviolável (artigo 5º, inciso X da Constituição Federal), quer tenham, ou não, nascidos em uma família rica. Mais do que isto, é necessário lembrar que o direito de propriedade, assim como o direito de herança, são garantidos pela Constituição Federal (artigo 5º, incisos XXII e XXX), de forma que todos têm o direito de ter propriedades, ou seja, todos devem ter condições de vir a se tornarem proprietários de bens móveis e imóveis para que possam ser deixados de herança aos seus herdeiros, não apenas os ricos, mas também, e principalmente, os mais carentes.

### **Conclusões**

Diante do exposto, conclui-se que, pelas restrições impostas o juiz de direito deve se dedicar exclusivamente à magistratura, se abstendo de uma vida política e, de participar ativamente de atividades econômicas e administrativas - com exceção à administração do próprio Poder Judiciário.

Além disso, deve, ainda, o magistrado se portar na vida pública em um nível à altura do cargo que ocupa, abstendo-se de freqüentar determinados lugares desabonadores, e de tomar determinadas atitudes. Note-se que a discricão e dignidade dos atos do juiz, em sua vida pública, não são as mesmas que se exige de um indivíduo comum. Do juiz se espera uma conduta exemplar, pois, uma vez que é sua função julgar as atitudes das pessoas comuns, não pode possuir condutas que o coloquem em relação de inferioridade com relação às partes dos processos que julga.

Como se não bastasse, a sociedade - até certo ponto com razão - julga os juízes de acordo com os problemas do Poder Judiciário, confundindo a (de)eficiência e falta de celeridade do processo judicial, frutos de limitações de ordem administrativas, legislativas e políticas, com os juízes, e acredita que a culpa pelos problemas do Poder Judiciário é penas dos magistrados.

Assim, apesar de ser a magistratura uma função digna e, de certa forma - e até certo ponto - bem remunerada, é uma profissão que exige grandes sacrifícios por parte do indivíduo que ocupa o cargo de juiz, de maneira que, antes de prestar um concurso para a magistratura, o candidato deve ter plena convicção dos desafios e sacrifícios que irá enfrentar, e, principalmente, que está disposto a enfrentá-los.