

Universidade Federal de Juiz de Fora

Faculdade de Direito

Adriane Ristori Ferreira

O DEVER DE PRUDÊNCIA DO MAGISTRADO

Juiz de Fora

2021

ADRIANE RISTORI FERREIRA

O DEVER DE PRUDÊNCIA DO MAGISTRADO

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Bruno Amaro Lacerda.

Juiz de Fora

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

ACADÊMICO

TÍTULO: subtítulo

Artigo apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito... submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Bruno Amaro Lacerda

Prof. Dr. Karol Araújo Durço

Prof. Dr. Orfeu Sérgio Ferreira Filho

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 09 de Setembro de 2021

“Eis que vos envio como ovelhas ao meio de lobos;
portanto, sede prudentes como as serpentes e
simples como as pombas.” (Mt 10:16)

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar a estreita relação do dever de prudência do magistrado com a sua atividade intelectual e a aplicação da justiça ao caso concreto. Para tanto, buscar-se-á o conceito de prudência em seu sentido clássico, tendo por base a filosofia grega e latina. Será analisado o tratamento da prudência, enquanto virtude, pela jurisprudência atual, além do seu entendimento como baliza do discernimento segundo a lei amparado ao princípio da imparcialidade, sendo concluída, portanto, como um pressuposto imprescindível à jurisdição.

Palavras-chave: Dever de prudência. Atividade intelectual. Justiça. Imparcialidade. Jurisdição.

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the close relationship between the magistrate's duty of prudence and his intellectual activity and the application of justice to the specific case. Therefore, the concept of prudence in its classic sense will be sought, based on Greek and Latin philosophy. The treatment of prudence, as a virtue, will be analyzed by current jurisprudence, in addition to its understanding as a landmark of discernment according to the law supported by the principle of impartiality, being concluded, therefore, as an indispensable presupposition to the jurisdiction.

Keywords: Duty of prudence. Intellectual activity. Justice. Impartiality. Jurisdiction.

SUMÁRIO

I.	INTRODUÇÃO	07
II.	ARISTÓTELES	08
	II.I. Virtudes.	08
	II.I.I. Justiça e prudência.	08
III.	CÍCERO E TOMÁS DE AQUINO	12
IV.	DEVER DE PRUDÊNCIA	16
	IV.I. Código de Ética da Magistratura.....	16
	IV.II. Análise jurisprudencial.	20
V.	CONCLUSÃO	25
VI.	REFERÊNCIAS	26

I. INTRODUÇÃO

No atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, a cognição pode ser considerada como instituto jurídico regido pelos princípios diretivos da função jurisdicional e institutivos do processo, que permite a valoração e valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no procedimento e retratados fisicamente nos autos (cautelares ou eletrônicos), cujo exercício resulta na elaboração dos provimentos (MADEIRA, 2008, p.119).

Nesse contexto, ampliaram-se as discussões e análises acerca desses provimentos e decisões judiciais, através de estudos de caso, observância de determinados padrões de aplicações do direito, bem como de suas consequências e reflexos na sociedade moderna.

Dentre essas vastas e consideráveis investigações, vislumbra-se a importância do estudo do momento anterior ao objeto destas: a deliberação das questões práticas por parte dos juristas. Isto é, o próprio exercício da cognição do magistrado regido pelos princípios norteadores da atuação jurisdicional, bem como pelos parâmetros legais.

Assim, recorrendo aos filósofos do período clássico e medieval, Aristóteles, Cícero e Tomás de Aquino, observa-se a discussão de uma virtude que tem sua pertinência justamente na ação intelectual do ser humano, qual seja, a prudência. Motivo este que será traçado ao longo desse trabalho a sua relação diretamente com a ação do magistrado, como um dever seu, bem como a forma que esta é tratada e definida pela jurisprudência.

Tendo, portanto, como pressuposto teórico a conceituação da virtude em seu sentido pré-moderno, buscar-se-á demonstrar a ligação do dever de prudência do juiz com a realização da justiça e a concretização do princípio da imparcialidade.

Para tanto, a metodologia utilizada será ancorada na análise teórica relacionada com a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, esta última referente ao Superior Tribunal de Justiça, além de observância ao Código de Ética da Magistratura. Assim, com respaldo em materiais já elaborados, intentar-se-á a busca de melhor visão sobre a problemática a ser investigada, à luz da legislação processual vigente e da realidade contemporânea, para chegar, então, à demonstração e à conclusão de que a prudência é imprescindível à jurisdição.

II. ARISTÓTELES

Aristóteles era macedônio e viveu entre os anos de 384 a.C. a 322 a.C. É autor da obra *Ética a Nicômaco*, que tem seu título proveniente do nome de seu filho e discípulo, Nicômaco. Nos livros II, V e VI desta obra escreve sobre as virtudes do homem, sendo o objetivo desse tópico tecer maior atenção a duas das virtudes cardeais¹: a justiça e a prudência.

A virtude, sobretudo a virtude moral, é uma qualidade do caráter e liga-se à ação. Esta é definida por Aristóteles como o meio-termo entre os extremos opostos de uma paixão.

A virtude, pois, é uma disposição do caráter (hexis) relacionada com a escolha e que consiste num meio-termo, isto é, num meio-termo relativo a nós, que é determinado por um princípio racional próprio do homem prudente. E é um meio-termo entre dois vícios, um por excesso, outro por falta; pois que, enquanto os vícios ou extrapolam, ou ficam aquém do conveniente no tocante às ações e paixões, a virtude encontra e escolhe o meio-termo. (ARISTÓTELES, 2000, p. 38)

Ao recusar o dualismo platônico², Aristóteles propõe a distinção da alma em uma pluralidade de funções das quais, cada uma, corresponderá a um tipo de virtude: à parte racional da alma, aquela que possui o *logos* (razão), serão as virtudes intelectuais – sabedoria e prudência. A parte que não dispõe da razão nem é informada pela racionalidade, mas pode deixar-se dirigir e dominar por ela, correspondem as virtudes morais.

Como será demonstrado mais à frente, o homem prudente determina a medida da virtude, tendo em vista que a prudência é uma virtude que se liga à inteligência, e à sua capacidade de projetar ações futuras, pelo que as virtudes morais e intelectuais irão se sustentar mutuamente.

Dessa forma, a virtude busca estabelecer um equilíbrio entre a esfera do *pathos* (vulnerabilidade; paixões) e do *logos* (razão), para que, diante da presença de desejos, afetos e emoções, haja capacidade de deliberação, escolha e decisão.

II.I. Virtudes

II.I.I. Justiça e Prudência

¹ Virtudes cardeais são virtudes centrais, fundamentais, orientadoras, assim como são os quatro pontos cardeais, sendo as outras duas: a fortaleza e a temperança.

² O filósofo grego afirma que a alma não é um ser à parte, prisioneira do corpo por uma fatalidade – ela é antes a forma do homem – portanto o que confere e preserva a sua unidade.

O Livro V da *Ética a Nicômaco* é dedicado em sua integralidade ao estudo da justiça, a qual Aristóteles define como a síntese das virtudes morais, pois a virtude é o justo meio entre o excesso e a escassez.

O autor aponta certa ambiguidade dessa virtude, sendo a justiça (*dikaioσύνη*) entendida como qualidade moral do homem justo (*dikaíos*) ou como qualidade objetiva das instituições políticas e jurídicas – a forma como o poder é exercido/ distribuído entre os membros da comunidade, as leis e contratos, os crimes e as penas, etc. Para esse “justo” considerado objetivamente, e não como qualidade de um homem, Aristóteles reserva o termo neutro *dikaion*, que também é traduzido por *direito*. (VILLEY, primeira seção, caps 1, 2 e 3, 2003)

No entanto, ao demonstrar que o julgamento do ato não é necessariamente um julgamento moral do sujeito, o autor afirma que o ato só é revelador do caráter moral do indivíduo, quando é fruto de uma deliberação consciente e é livremente praticado.

Importante esclarecer que, o filósofo, ao tratar sobre a justiça particular, afirma que esta se articula à legalidade/ ilegalidade, pois se apresenta como meta visada pela lei. Esta justiça, portanto, se desdobra em uma justiça distributiva, que busca estabelecer uma justa proporção na divisão dos bens, e em uma justiça comutativa, que regula as transações entre os indivíduos, onde o fim intencionado é uma justa equivalência, seja entre as mercadorias e os preços, entre os danos e as reparações, ou ainda, entre os delitos e as penas.

Na medida em que a justiça comutativa desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos; atribuição que detém eficácia pela atividade da jurisdição, é válido destacar o seguinte trecho da obra *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*:

Aristóteles distingue dois tipos de justiça, nos quais a igualdade se manifesta de duas formas diferentes: a *iustitia commutativa* e a *iustitia distributiva*. Aquela (*iustitia commutativa*) é a justiça entre os desiguais por natureza mas iguais perante a lei (Aristóteles chama-lhe corretiva), e ela significa a absoluta igualdade de prestação e retribuição entre aqueles que a lei equipara, tal como ela se nos depara, preferencialmente, nas relações jurídico-privadas, de troca sinalagmática (daí *Dz* designada também por justiça de troca). (KAUFMANN, A.; HASSEMER, W., 1994, p.69-70).

Tecendo essas considerações sobre a referida virtude, pode-se dizer que, no pensamento aristotélico, a justiça e prudência são dois conceitos estreitamente articulados. Não só uma se define pela outra, como a prudência é, por excelência, a virtude do juiz que aplica a lei – abstrata

e universal – ao caso concreto e individualizado. O que implica a articulação necessária entre teoria e prática. (FARIA, 2007, p. 55)

A prudência, ou *phronesis*, como uma virtude dianoética, ou seja, da inteligência, é uma qualidade das faculdades intelectuais. É uma virtude da alma que possui o *logos*. Dessa maneira, por se referir ao intelecto prático, é a virtude do “bem agir”.

Em meio à complexidade e a diversidade de pretensões, o magistrado, no exercício da sua profissão, deve buscar os meios, os caminhos e os recursos dados pela lei que lhe permitam alcançar a melhor decisão; o bem de todos. Nessa linha, é explicitado o ponto mencionado, em que Aristóteles define virtude se referindo a prudência, pois esta detém um papel central, como virtude humana fundamental:

Ora, julga-se que é cunho característico de um homem dotado de sabedoria prática o poder se deliberar bem sobre o que é bom e conveniente para ele, não sob um aspecto particular, como por exemplo sobre as espécies de coisas que contribuem para a saúde e o vigor, mas sobre aquelas que contribuem para a vida boa em geral. (ARISTÓTELES, 2000, p. 127)

Em outras palavras, aquele que é capaz de deliberar bem visando o bem comum é dotado de prudência. O prudente seria então a própria encarnação da boa regra, da justa medida. É a prudência o atributo primordial do juiz (FARIA, 2007, p. 58).

Pode-se auferir, então, que a justiça corretiva do juiz, ao visar a justa equivalência no caso concreto, demonstra a busca do meio-termo, o qual será encontrado por um ato de inteligência; pela própria prudência.

Nesse momento, é importante frisar a concepção de reta razão (*ortos logos*), que tem sua função definida pelo filósofo grego como aquela que determina a “justa medida” entre os extremos de excesso e falta, que caracteriza o meio-termo, ou melhor, a virtude. Sendo assim, essa determinação é imperiosa e se insere no concreto, mutável e circunstancial: “O justo meio é conforme o que prescreve a reta razão.” (ARISTÓTELES, 2000, p. 123)

Pode-se dizer, portanto, que a “razão reta” é a razão prudencial, pois, a *ortos logos* corresponde ao desenvolvimento e uso “virtuoso” da racionalidade. Aplicação orientada para o bem, atento ao concreto, ao circunstancial e à busca dos caminhos para perquiri-lo:

Acrescentemos ainda que a obra do homem se cumpre por efeito da prudência e da virtude moral. A virtude fixa para o ser o seu verdadeiro (reto) objetivo, e a prudência os meios para atingi-lo. (ARISTÓTELES, 2000, p. 139)

A “reta razão” tem, por conseguinte, uma conotação moral – não se restringe ao aspecto instrumental nem consiste apenas no desenvolvimento da capacidade de pensar, deliberar, prever, ou na competência em escolher os meios adequados para atingir os fins visados. É mais que esperteza ou sagacidade e habilidade. Também é mais que simples conformidade à regra. É preciso que todo esse potencial adquirido, essa “disposição”, seja orientada para o bem. Essa boa orientação, “boa regra”, “regra justa”, ou “reta razão” identifica-se à própria virtude da prudência. (FARIA, 2007, p. 60)

Pois não é virtude aquele estado que meramente se conforma com a ‘reta razão’, mas aquele que implica a própria presença da ‘reta razão’. E a prudência é a ‘reta razão’ nessas matérias.

É claro portanto, pelo que foi dito, que não é possível ser bom em sentido estrito sem a prudência, nem prudente, sem as virtudes morais. (ARISTÓTELES, 2000, p. 141)

Logo, a prudência é entendida como um agir reto, que dita a reta razão a qual é capaz de determinar o meio-termo, entendido por Aristóteles, como agir virtuoso. Em vista disso, a reta razão que está de acordo com a prudência, busca uma finalidade boa através de boas decisões. Isto é, a capacidade verdadeira e raciocinada de agir com respeito aos bens humanos tem a ver com o agir bem; com a ética.

Dessarte, a prudência, como discernimento intelectual e forma de aplicação da inteligência, demonstra sua interdependência com a justiça, virtude ética, prática e relacionada com o outro, tendo em vista que o seu desempenho será de discernir o justo do injusto. Assim, a ação justa é aquela que, deliberada para com o próximo, é exteriorizada.

Após traçar a relação entre as virtudes justiça e prudência, esta última traduzida aqui como sabedoria prática, Aristóteles a diferencia da sabedoria teórica (*sofia*):

A sabedoria prática, pelo contrário, versa sobre coisas humanas, e coisas que podem ser objeto de deliberação; pois dizemos que essa é acima de tudo a obra do homem dotado de sabedoria prática: deliberar bem. Mas ninguém delibera a respeito de coisas invariáveis, nem sobre coisas que não tenham uma finalidade, e essa finalidade; um bem que se possa alcançar pela ação. De modo que delibera bem no sentido irrestrito da palavra aquele que, baseando-se no cálculo, é capaz de visar à melhor, para o homem, das coisas alcançáveis pela ação. (ARISTÓTELES, 2000, p. 131)

Ao contrário da *sofia* (sabedoria teórica), virtude do intelecto teórico, a *phronesis* (prudência), portanto, é a virtude do intelecto prático, e não meramente uma atividade contemplativa, pois é voltada para a ação e o contingente (*ortos logos*). Assim, como forma de

manifestação da inteligência, detecta os meios disponíveis para o alcance dos fins, sempre na busca da melhor ação: a *práxis*³.

Da mesma forma, a justiça não se confunde com a sabedoria teórica (*sofia*), pois, a primeira é uma virtude também da *práxis*, na medida em que, para ser justo, é necessário agir com justiça e desejar ser justo, sendo essa uma escolha.

III. CÍCERO E TOMÁS DE AQUINO

Com o intuito de corroborar o entendimento do conceito de prudência já elucidado no pensamento grego, ou melhor, Aristotélico, neste capítulo será apresentada sua compreensão por dois filósofos, um latino e outro medieval.

Marco Túlio Cícero (106 a.C. – 46 a.C.) é autor de muitas obras, destacando-se entre elas: *De Officiis* (Dos Deveres). Nesta, Cícero sustenta a ideia de que a prudência existe para que a ação seja discernida e seja feita prudentemente. Sob essa perspectiva, a vontade seria apenas a causa da ação, pois quem a dirige, na verdade, é a prudência.

Essa virtude intelectual, nesse sentido, é considerada anterior e não consequente à vontade, uma vez que esta última é orientada pela primeira, a qual determina a verdadeira razão do bem desejável ou operável, configurando-se, assim, como um agir refletidamente: “Prudência é escolher para a ação; mas as escolhas para a ação são as coisas justas, castas e fortes; logo a prudência é própria dessas coisas.” (MAGNO, 2017, Art. 3)

É válido observar, portanto, que a virtude prudencial, como parte própria do conhecimento – que diz respeito ao verdadeiro, tem-se como definida sua matéria, na medida em que é uma apreensão pela razão e pelo intelecto.

Quando se examina cuidadosamente o que há de mais verdadeiro em cada coisa, aquele que pode acurada e rapidamente descobrir e explicar a razão disso costuma ser tido, com justiça, como muito prudente e muito sábio. Eis por que a essa virtude está sujeita a verdade, como matéria de seu estudo e competência. (CÍCERO, 1999, p.11)

³ A *práxis*, dirigida pelo *éthos*, é compreendida como a ação dos homens em relação uns com os outros no trato de suas questões e de suas “coisas”.

Logo, a inteligência, como aptidão para captar a verdade, corrobora com o entendimento de que a matéria da prudência é o verdadeiro conhecível, sendo, portanto, uma virtude da inteligência voltada para a prática; para as coisas a serem feitas.

Sob esse ponto de vista, Cícero se aproxima da comparação feita também por Aristóteles ao diferenciar as virtudes da sabedoria e da prudência. A primeira, *sofia*, significa contemplação, ou seja, um conhecimento não prático, o qual pessoas mais velhas e com mais experiência detêm. Já a *phronesis* está ligada ao discernimento e à ação, ao conhecimento daquilo que se deve procurar e evitar. (CÍCERO, 1999, p.73-74)

Importante salientar, nesse momento, que o autor traz a noção de que uma ação ponderada decorre do conhecimento e da prudência. Dessa forma, entende que agir refletidamente deve ser mais considerado do que pensar prudentemente. Ademais, na medida em que a virtude intelectual – prudência – se aperfeiçoa por aquilo que opera, a sua perfeição consiste nas ações práticas. (CÍCERO, 1999, p. 77)

O filósofo aduz, ainda, que a prudência sem a justiça não possui nenhum valor, pois para conquistar a confiança – sociabilidade – são necessários o discernimento intelectual e o senso de justiça, para que o agir prático diferencie o agir justo do injusto. (CÍCERO, 1999, p. 94-95) Aliás, em *De Finibus Bonorum et Malorum* (Sobre os Fins dos Bens e dos Males), Cícero, ao trazer a diferença entre a virtude da prudência e da justiça, afirma que consiste “(...) a prudência na escolha do bem em vez do mal, a justiça no dar a cada um o que lhe é devido”.

Nesse sentido, sendo a justiça um ato de dar a cada um o que é seu, esta virtude configura-se como uma escolha prática. A prudência, portanto, ao trazer o discernimento entre o bem e o mal, reflete na escolha dessa ação, no próprio ato de justiça. Na mesma lógica, o filósofo, ao interpretar a moderação, afirma que esta é o conhecimento da oportunidade dos momentos certos para agir, e diz que essa mesma definição pode ser aplicada à prudência. (CÍCERO, 1999, p.69) Assim, diante dessas considerações, pode-se perceber a interdependência existente entre ambas as virtudes mencionadas.

Vale dizer que, a máxima *summum ius, summa iniuria* (do latim, o direito extremo é a extrema injustiça), traz a noção de que impor o direito a todo e qualquer custo é ação que, por vezes, pode resultar em injustiça. Nesse sentido, chega-se a seguinte conclusão: saber escolher para a ação em razão do direito, do honesto e do útil – próprio da virtude intelectual, através de boa deliberação, afasta a aplicação de um direito extremo; irrefletido às peculiaridades do caso

concreto. Tal dedução resta por demonstrada na medida em que, uma ação com conhecimento, porém sem deliberação prévia, é um ato de injustiça; assim, ao aplicar prudencialmente o direito – analisar o conjunto de circunstâncias com fulcro no ordenamento jurídico – promove-se a justiça das decisões na maior medida possível.

Feitas essas considerações, passa-se, então, para a análise da obra *Suma teológica*, de Tomás de Aquino (1225-1274). Este filósofo, o qual exerceu grande influência no pensamento ocidental, sustenta que a prudência é a *recta ratio agibilium* – reta razão aplicada ao agir, uma forma de razão prática que leva o homem a priorizar o bem comum em detrimento de suas vontades particulares. (AQUINO, 2012, p.587-588)

É característico dessa virtude cardeal não só a consideração da razão, mas também a aplicação à obra, que é fim da razão prática. Ora, ninguém pode aplicar convenientemente uma coisa à outra sem conhecer ambas: o que é necessário aplicar e aquilo ao que se deve aplicar. As ações, porém, acontecem nos individuais. Por isso, é necessário que o prudente conheça tanto os princípios universais da razão como os singulares, que são objeto das ações. (AQUINO, 2012, p.590-591)

A prudência, nesse sentido, se aperfeiçoa pelos ensinamentos, pela memória e experiência, para julgar prontamente a respeito das coisas particulares percebidas. Isto é, a sua matéria consiste nos singulares contingentes, objeto das ações humanas.

Aqui, observa-se tamanha proximidade com a atividade do juiz. O magistrado tem o dever de observar, conhecer e aplicar a lei, assim como buscar instruir-se do objeto das ações, sendo cada uma peculiar a outra. Em vista disso, para realizar esse silogismo, faz-se necessária reflexão a qual será contribuída com a experiência e a memória, bem como através do conhecimento adquirido pelo julgador, visando o bem comum das partes e envolvidos.

Assim, como a ação do prudente é a de deliberar acertadamente, e esta deliberação é obra da razão a partir de diligências e informações, a referida virtude requer que o homem saiba raciocinar bem.

Posto isso, conclui-se que o próprio fundamento da atividade prudencial é uma dialética do concreto e do abstrato, da teoria e da prática, de modo que seja possível aplicar adequadamente os princípios universais aos infinitos particulares.

Como dito por Tomás de Aquino, “a virtude torna bom aquele que a possui, e boa a obra que faz”. (AQUINO, 2012, p.591)

Destarte, a prudência tem como objeto o que deve ser feito, o que tem sua existência no próprio agente. Conclui o filósofo, então, que essa virtude ajuda e opera em todas as outras, e que compete à mesma dispor sobre o modo e por quais caminhos o homem que age poderá atingir o meio-termo da razão, o qual será encontrado pela reta disposição dos meios. (AQUINO, 2012, p.592-593)

Ainda na questão 47, mas em seu artigo 8, Tomás distingue três atos da prudência:

O primeiro é deliberar, ao qual compete a descoberta, porque deliberar é procurar, como foi dito acima. O segundo ato é o julgamento relativo ao que foi descoberto, o que é função da razão especulativa. Mas, a razão prática, ordenada à ação efetiva, vai mais longe e é seu terceiro ato, comandar. Este ato consiste em aplicar à ação o resultado obtido na descoberta e no julgamento. E porque este ato está mais próximo do fim da razão prática, segue-se que este é o ato principal da razão prática e, conseqüentemente da prudência. (AQUINO, 2012, p.598-599)

Portanto, o ato de comandar pertencente à prudência, significa aplicar à ação o resultado obtido na descoberta e no julgamento, ou seja, requer-se a boa deliberação para que aquilo que foi bem encontrado seja aplicado à prática. Sendo assim, esse ato principal de comandar em matéria de ação aquilo que antes foi deliberado e julgado, é ato da razão.

Por conseguinte, aponta semelhança ao pensamento de Aristóteles⁴, ao afirmar que, como compete à razão deliberar acertadamente, julgar e preceituar naquilo porque se chega ao fim devido, tem-se que a prudência visa não somente o bem particular de um só, mas também o bem comum da multidão. Nessa perspectiva cita a afirmação de Agostinho: “*é disforme a parte que não está em harmonia com o todo*”. (AQUINO, 2012, p.600)

Em síntese, restou explicitado até aqui que a prudência está na parte racional da alma, que ela é adquirida e cresce pelo exercício – agir refletidamente, bem como se refere ao que está por fazer, a respeito do que se delibera e que, por fim, trata das ações contingentes. Nessa acepção, Tomás de Aquino conclui que: da soma da *eubulia* (boa deliberação) e da *synesis* (julgar retamente), obtém-se como resultado o comando reto, que é a prudência.

⁴ Tomás de Aquino era reconhecido por alguns como aristotélico por excelência. Importante para esse trabalho é o fato de Tomás ter adotado o realismo aristotélico, segundo o qual o valor não está separado da realidade, ser e dever-ser estão em relação – o famoso axioma escolástico: *bonum et ens convertuntur*. (KAUFMANN, A.; HASSEMER, W., p.77, 1994).

IV. DEVER DE PRUDÊNCIA

IV.I. Código de Ética da Magistratura:

Considerando a exposição de motivos do Código de ética da magistratura, este é um instrumento essencial para os juízes incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral, traduzir seu compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público, bem como cultivar seus princípios éticos.

Como observa Antoine Garapon, a ética não é para o juiz um valor agregado, como o é para outras profissões. Não é algo que se possa acrescentar à sua atuação profissional, porque, sendo o magistrado alguém encarregado de julgar condutas e de assegurar direitos, “ela é a essência mesma de sua ação”. (GARAPON, 1992, p.135 *apud* LACERDA, 2016).

Nessa perspectiva, é válida a análise deste código que, seguindo a ordem topográfica, o seu artigo primeiro traz os princípios norteadores do exercício do magistrado, estando entre eles, a prudência.

Art. 1º. O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.

Dessa forma, percebe-se que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do exercício de sua competência que lhe atribuíram a Constituição Federal (art. 103-B, § 4º, I e II), a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 60 da LC nº 35/79) e seu Regimento Interno (art. 19, incisos I e II), especificou os princípios erigidos destas normas jurídicas, de maneira a apresentar e descrever alguns como deveres a serem estritamente observados.

Sob esse aspecto, é oportuna a análise do capítulo III do referido *códex*, o qual traz o dever de imparcialidade do juiz, tendo em vista que, posteriormente será demonstrada sua relação com o dever prudencial do magistrado.

CAPÍTULO III

IMPARCIALIDADE

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação.

Parágrafo único. Não se considera tratamento discriminatório injustificado:

I - a audiência concedida a apenas uma das partes ou seu advogado, contanto que se assegure igual direito à parte contrária, caso seja solicitado;

II - o tratamento diferenciado resultante de lei.

Ao afirmar que “O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento (...)”, percebe-se que essa busca com base nos instrumentos integrantes do processo, apresenta notória relação com a virtude prudencial, até então explicitada, na medida em que traduz os elementos que serão objeto de deliberação por parte com juiz no momento de suas decisões.

Partindo da premissa de Michele Taruffo: o juiz imparcial não é o que se mantém alheio ao que ocorre no processo, mas o que, valendo-se dos poderes instrutórios que o ordenamento lhe disponibiliza, emprega-os de modo imparcial para atingir os conhecimentos fáticos necessários para melhor decisão. (TARUFFO, 2009, p.122 *apud* LACERDA, 2016) Portanto, para melhor deliberação.

Com o intuito de melhor elucidar o dever de prudência, este se encontra no seguinte capítulo do código de ética:

CAPÍTULO VIII

PRUDÊNCIA

Art. 24. **O magistrado prudente é o que busca adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável.** (Grifo próprio)

Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.

Art. 26. O magistrado deve manter atitude aberta e paciente para receber argumentos ou críticas lançados de forma cortês e respeitosa, podendo confirmar ou retificar posições anteriormente assumidas nos processos em que atua.

Em atenta leitura ao artigo 24, percebe-se que, a prudência – como dever do magistrado – é definida como um juízo inteligente, isto é, justificado racionalmente após reflexão, o qual delibera através dos argumentos e contra-argumentos constantes dos autos, à luz do

ordenamento jurídico. Conceito este coincidente com a definição da virtude na filosofia clássica, uma vez que prudência nada mais é do que a aplicação prática da inteligência.

Ademais, o código traz o entendimento de que o juiz deve estar atento às consequências de suas decisões proferidas, que irão refletir naqueles que o levaram sua pretensão resistida. Nesse sentido, o artigo 25 do Código aduz a atuação do magistrado de forma cautelosa, como parte do dever de prudência.

Destarte, pode-se entender que o dever de prudência se relaciona mais propriamente com o dever de imparcialidade na medida em que o primeiro tem a função de baliza do discernimento do magistrado, ou seja, de deliberar bem sobre suas ações e decisões de maneira racional e fundamentada, para que, assim, no momento de sua realização prática, garanta, além de justiça nas decisões, a observância de seu dever de imparcialidade. Melhor dizendo, a imparcialidade é consequência do agir prudencial, pois a boa deliberação através dos elementos presentes nos autos, considera de maneira objetiva um determinado fato na totalidade de seus aspectos.

Portanto, a instrução e o andamento processual realizados com diligência, imparcialidade e garantia de isonomia às partes levam à reflexão e valoração por parte do juiz mediante justificção mais racional, com fulcro no direito aplicável ao acontecimento no mundo dos fatos.

É válido observar nesse momento a relação traçada entre o dever de imparcialidade e o dever de prudência em um r. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no qual demonstra a importância deste último na concretização do primeiro.

DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO NO ARESP. ACP POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FASE ADMISSIONAL DA LIDE. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INCURSO NO TIPOS DOS ART. 10 E 11 DA LIA POR SUPOSTA PRÁTICA DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS ILEGAIS QUE TERIAM LESADO, EM R\$ 8.573.068,00, O PATRIMÔNIO DE ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA DA CEDAE, EMPRESA PÚBLICA DE ÁGUA E ESGOTO FLUMINENSE. AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS FORAM UNÂNIMES EM CONSTATAR QUE A LIDE POSSUI OS ELEMENTOS NECESSÁRIOS A QUE SEJA AO MENOS PROCESSADA. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. LIBELO ANCORADO EM INQUÉRITO CIVIL, INQUÉRITO ADMINISTRATIVO DA CVM E RELATÓRIO FINAL DA CPMI DOS CORREIOS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 10 DA LEI 8.429/1992. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública por ato de improbidade consubstanciado na suposta prática de operação financeira ilegal na Bolsa de Mercadorias e Futuros da IBOVSPA, que teria supostamente gerado prejuízo

no valor de R\$ 8.573.068,00 ao patrimônio de entidade fechada de previdência privada, instituída pela Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE, empresa pública integrante da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, o que ensejaria o incurso dos acusados nos tipos dos arts. 10 e 11 da Lei 8.429/1992.

2. A controvérsia cinge-se em exercer controle de legalidade acerca da fase de admissão das ações de improbidade. Insurge-se a parte agravante contra decisão unipessoal que manteve o acórdão confirmatório da decisão de Primeiro Grau que recebeu a petição inicial e determinou o processamento da ação de improbidade.

3. As Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa, por possuírem o peculiar caráter sancionador estatal, assemelham-se às ações penais e exigem, dessa maneira, um quarto elemento para o preenchimento das condições da ação - e consequente viabilidade da pretensão do autor: a justa causa, correspondente a um lastro mínimo de provas que comprovem a prática da conduta ímproba (materialidade) e indícios de autoria do imputado.

4. Certo é que o art. 17, § 8o. da Lei 8.429/1992 permite que o Juiz estante, de ofício, o curso da lide de improbidade, isso já no pórtico da iniciativa do autor, logo após contraditório preliminar, breve e sumário, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

5. Inegavelmente, a prudência e a diligência esperadas do promovente da sensível ação de improbidade também são dirigidas ao Juiz, que, na formação de um juízo preliminar de plausibilidade de sucesso da iniciativa processual, não deve se deixar impressionar pela veemência da argumentação autoral, por mais elevados que sejam os seus propósitos.

6. Por conseguinte, este Tribunal da Cidadania, em consagração ao mais lúdimo garantismo, tem prestigiado a tese de necessária fundamentação da decisão deferitória do processamento de ações de improbidade administrativa.

Precedentes: AgRg no REsp. 1.454.702/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 27.11.2014; AgRg no REsp. 1.423.599/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 16.5.2014. (...) (AgInt no AREsp 1029307/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/04/2020, DJe 23/04/2020) (Grifo próprio)

Isto posto, como seu dever de prudência, deve o juiz valer-se dos meios processuais conferidos, buscar se aproximar ao máximo da realidade fática litigada, com a cooperação das partes⁵, para formular o seu juízo; isto é, aplicar o direito ao caso concreto de modo diligente a fim de proferir o julgamento da melhor maneira possível.

Afinal, como já afirmava Rudolf Von Ihering no século XIX, “O direito concreto não recebe somente a vida e a força do direito abstrato, mas devolve-lhas por sua vez. A essência do direito é a realização prática” (IHERING, 2009, p.61). Assim dizendo, ao entender a prudência como aplicação prática da inteligência e dever do juiz observá-la, faz-se dessa virtude, parte da essência jurisdicional.

⁵ Princípio previsto no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 6º: *Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*

IV.II. Análise Jurisprudencial

Jurisprudência, do latim *iuris* “do direito” + *prudencia* “prudência”, em seu sentido etimológico, significa a prudência do direito. E, numa acepção técnica, dá-se o nome de jurisprudência ao conjunto de decisões reiteradas de juízes e tribunais sobre algum tema, bem como a orientação uniforme dos tribunais na decisão de casos semelhantes. Nesse sentido, a jurisprudência, nada mais é do que o conjunto de decisões que refletem a interpretação majoritária e contínua das leis em determinados casos que demonstram anseios e necessidades da sociedade.

Partindo de uma análise silogística, tem-se que essas decisões reiteradas numa mesma linha de entendimento e interpretação do direito – que configuram a jurisprudência – sendo esta, a prudência do direito, pode-se inferir a noção de prudência como decisões a partir de determinadas interpretações do caso concreto. Em outros termos, aplicação prática após prévia deliberação.

Vale dizer que a noção de prudência na sociedade contemporânea difere do seu sentido clássico, pois remete ao agir cauteloso, seguro e precavido⁶. No entanto, a virtude da prudência, explicitada em tópico anterior como dever do magistrado, é muito mais ampla do que o agir cauteloso, sendo a precaução não o seu sinônimo, mas apenas uma de suas partes integrantes, tanto afirmado por Tomás de Aquino em sua questão XLIX⁷, quanto percebido na estrutura do capítulo VIII do Código de Ética da Magistratura.

Importante salientar que, através de pesquisa jurisprudencial pela expressão “prudência do juiz” no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a maioria dos processos envolvendo o termo destacado trabalha justamente com esse conceito limitativo de agir cauteloso do magistrado, como aquele ato que o juiz terá de observar com maior precaução, que não o conceito clássico da virtude aqui adotado.

Buscou-se demonstrar com esse trabalho que a prudência é a própria ação do juiz em deliberar bem sobre as situações jurídicas postas à sua disposição visando o bem comum, norteada pelos limites da lei. Portanto, a matéria da prudência envolve as ações contingentes

⁶ Define-se prudência como “Característica de quem se comporta de maneira a evitar perigos ou consequências ruins, de quem é prudente; precaução”; apresenta como antônimo a descautela. (PRUDÊNCIA, 2018)

⁷ Demais partes da prudência: a memória, o intelecto, a docilidade, a sagacidade, razão, a previdência e a circunspeção (consideração das circunstâncias), sendo que não é o objetivo deste trabalho esgotar todos esses componentes.

como um todo, fazendo-se necessária a precaução à esta virtude para realizar boas decisões e evitar as ruínas, não sendo essa característica o esgotamento de sua definição.

A guisa de exemplo, é válida a análise das seguintes jurisprudências em que o termo prudência é entendido, não como o próprio agir do magistrado, mas apenas como um agir cauteloso.

DIREITO CIVIL. PROVA EM AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE.

Em ação negatória de paternidade, não é possível ao juiz declarar a nulidade do registro de nascimento com base, exclusivamente, na alegação de dúvida acerca do vínculo biológico do pai com o registrado, sem provas robustas da ocorrência de erro escusável quando do reconhecimento voluntário da paternidade. O art. 1.604 do CC dispõe que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro." Desse modo, o registro de nascimento tem valor absoluto, independentemente de a filiação ter se verificado no âmbito do casamento ou fora dele, não se permitindo negar a paternidade, salvo se consistentes as provas do erro ou falsidade. Devido ao valor absoluto do registro, o erro apto a caracterizar o vício de consentimento deve ser escusável, não se admitindo, para esse fim, que o erro decorra de simples negligência de quem registrou. **Assim, em processos relacionados ao direito de filiação, é necessário que o julgador aprecie as controvérsias com prudência para que o Poder Judiciário não venha a prejudicar a criança pelo mero capricho de um adulto que, livremente, a tenha reconhecido como filho em ato público e, posteriormente, por motivo vil, pretenda "livrar-se do peso da paternidade".** Portanto, o mero arrependimento não pode aniquilar o vínculo de filiação estabelecido, e a presunção de veracidade e autenticidade do registro de nascimento não pode ceder diante da falta de provas insofismáveis do vício de consentimento para a desconstituição do reconhecimento voluntário da paternidade. **REsp 1.272.691-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 5/11/2013.** (Grifo próprio)

MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À CERTIDÃO.

O Juízo de Direito negou-se a fornecer certidão requerida pelo membro do Ministério Público Estadual ao fundamento de que o pedido, apesar de visar à instrução de procedimento investigatório, possuía caráter meramente pessoal e retaliatório. A Turma firmou que o fornecimento de certidões é dever

de probidade e moralidade imposto ao impetrado e direito irrestrito do requerente, mesmo para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. **Note-se que o esclarecimento da finalidade da certidão foi declarado, como determina o art. 2º da Lei n.º 9.051/95, que deve ser interpretado com prudência pelo julgador, visto que restringe direito fundamental assegurado constitucionalmente. RMS 5.308-MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/2/2000.** (Grifo próprio)

Ante o exposto, é importante a análise de quando a utilização do termo prudência nos tempos atuais mais se aproxima com o seu sentido pré-moderno. Pode-se entender, portanto, que a jurisprudência, quando se refere a esta virtude como a atuação do magistrado para o melhor andamento do processo, visando o melhor resultado possível do julgamento, vislumbra-se o seu entendimento como a própria atividade da jurisdição, realizada da maneira mais eficaz, bem deliberada e em vista do bem de todos.

Tal providência – melhor resultado possível do julgamento – é alcançada com a concretização, principalmente, dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório⁸, o que garante às partes paridade de armas e esgotamento da instrução processual, uma vez que a decisão final implicará, precipuamente, em efeitos inter partes.

Dessa forma, vale dizer que, com atento à fase de saneamento e organização do processo⁹, devidamente observados os princípios ora mencionados, é traçado o caminho para decisões mais acertadas e bem deliberadas. Isto é, levam ao magistrado instrumentos mais próximos da realidade fática litigada, para que este, através de sua experiência e intelecto, possa discernir e agir retamente em suas conclusões, recordando-se aqui, da reta razão (“tópico II.a.i.”).

⁸ Artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil: *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;*

⁹ Segundo o Código de Processo Civil de 2015: “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. § 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.”

Importante esclarecer que, na decisão saneadora, o julgador se pronuncia decisoriamente sobre questões incidentais que definirão o destino do processo. É um processo de filtragem que visa eliminar obscuridades e dúvidas, bem como fixar pontos controversos e incontroversos, sanar as irregularidades pendentes e definir os meios de provas. Assim, é dever do magistrado fundamentar devidamente as questões apresentadas, para que seja bom o preparo para a fase instrutória e, conseqüentemente, para a fase decisória, garantindo, dessa forma, uma boa deliberação.

Daniel Amorim Assumpção Neves, traz um delineamento preciso à questão sob a ótica do Direito Processual pátrio:

O saneamento é fase processual complexa, que envolve uma série de atividades do juiz e mesmo das partes, sendo entendida como a fase em que se prepara o processo rumo à fase instrutória e posteriormente ao seu desfecho normal por meio da sentença de mérito.

[...] o juiz deverá decidir eventuais questões processuais pendentes, sanando alguma irregularidade que porventura ainda exista. Com isso estará deixando o processo, do ponto de vista formal, absolutamente pronto e regular para a posterior fase instrutória e derradeiramente à fase decisória. Caso não haja nenhuma irregularidade – o que geralmente ocorre -, visto que o juiz desde o início do processo busca sanar eventuais vícios sanáveis (p.ex., emenda da inicial), haverá tão-somente a declaração de que o processo encontra-se sem vícios, preparado, portanto, para seu regular desenvolvimento. (NEVES, 2009, p. 346-349)

Por esse ângulo, tal referência à virtude da prudência – de atenção à instrução processual e de concretização do direito das partes, visando melhor deliberação, e por conseguinte, melhor julgamento –, pode ser observada, então, nos seguintes julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM AUDIÊNCIA. PEDIDO DE PRONUNCIAMENTO DA DEFESA INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE URGÊNCIA E DE PREJUÍZO AO PROCESSO, A DESAUTORIZAREM A PARTICIPAÇÃO DEFENSIVA. EXIGÊNCIA DO CONTRADITÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 283, § 3º DO CPP. RECURSO PROVIDO.

1. A reforma do Código de Processo Penal ocorrida em 2011, por meio da Lei nº 12.403/11, deu nova redação ao art. 282, § 3º, do Código, o qual passou a prever que, “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.”

2. A providência se mostra salutar em situações excepcionais, porquanto, “[...] ouvir as razões do acusado pode levar o juiz a não adotar o provimento limitativo da liberdade, não só no caso macroscópico de erro de pessoa, mas também na hipótese em que a versão dos fatos fornecida pelo interessado se

revele convincente, ou quando ele consiga demonstrar a insubsistência das exigências cautelares” (AIMONETTO, M. G. Le recenti riforme della procedura penale francese – analisi, riflessioni e spunti di comparazione. Torino: G. Giappichelli, 2002, p. 140).

3. Injustificável a decisão do magistrado que, em audiência, não permite à defesa se pronunciar oralmente sobre o pedido de prisão preventiva formulado pelo agente do Ministério Público, pois não é plausível obstruir o pronunciamento da defesa do acusado, frente à postulação da parte acusadora, ante a ausência de prejuízo ou risco, para o processo ou para terceiros, na adoção do procedimento previsto em lei.

4. Ao menos por prudência, deveria o juiz ouvir a defesa, para dar-lhe a chance de contrapor-se ao requerimento, o que não foi feito, mesmo não havendo, neste caso específico, uma urgência tal a inviabilizar a adoção dessa providência, que traduz uma regra básica do direito, o contraditório, a bilateralidade da audiência.

5. Mesmo partindo do princípio de que o decreto preventivo esteja motivado idoneamente, é o caso de o Superior Tribunal de Justiça afirmar a necessidade de que, em casos excepcionais, pelo menos quando decretada em audiência, com a presença do advogado do acusado, seja ele autorizado a falar, concretizando o direito de interferir na decisão judicial que poderá implicar a perda da liberdade do acusado. 6. Recurso provido, para assegurar ao recorrente o direito de responder à ação penal em liberdade, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, nos termos da lei. (RHC 75.716/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz (p/ acórdão), Sexta Turma, julgado em 13/12/2016) (Grifo próprio)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. OPERAÇÃO CAIXA DE PANDORA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA DO MAGISTRADO. ART. 400, § 1º, DO CPP. DESTINATÁRIO DA PROVA. 2. PROVA QUE NÃO SE MOSTRA IRRELEVANTE, IMPERTINENTE OU PROTETATÓRIA. PERÍCIA EM EQUIPAMENTO DE GRAVAÇÃO. 3. DÚVIDAS SOBRE A EXISTÊNCIA E A LOCALIZAÇÃO DO EQUIPAMENTO. ÔNUS QUE NÃO PODE SER IMPUTADO À DEFESA. ACAUTELAMENTO POR ÓRGÃOS ESTATAIS. 4. AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E PARIDADE DE ARMAS. PRINCÍPIOS QUE DEVEM SER PRIVILEGIADOS NO PROCESSO PENAL. PERÍCIA QUE SE FAZ NECESSÁRIA. 5. INDÍCIOS DE MANIPULAÇÃO. NECESSIDADE DE FRANQUEAR PRODUÇÃO DE CONTRAPROVA. 6. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. Não se desconhece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que cabe ao Magistrado, como destinatário da prova, indeferir as diligências que entender irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, conforme dispõe o art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal.

2. No sistema acusatório, cada parte do processo penal tem seu papel delineado de modo a fortalecer a dialética, possibilitando à acusação a produção da prova necessária a demonstrar a efetiva prática da conduta imputada ao réu e, da mesma forma, autorizando-se a defesa a produção da contraprova, apta a desconstituir a diligência incriminadora. Nesse contexto, não pode ser considerado impertinente o pedido de perícia no equipamento de gravação utilizado pelo colaborador Durval Barbosa.

3. Não cabe à defesa informar onde está nem como ocorreu a apreensão do equipamento de gravação, mas sim aos órgãos investigativos estatais, responsáveis pela apreensão e custódia do equipamento. Portanto, eventual

inviabilidade relativa à apreensão e perícia do aparelho utilizado pelo colaborador deve ser justificada pelo aparato estatal, cabendo ao juiz valorar referida circunstância bem como a prova que se deixou de produzir por desídia estatal em custodiar elementos de prova utilizados pela acusação e suprimidos do crivo da defesa.

4. A prudência recomenda seja privilegiada a ampla defesa na situação retratada, por meio do efetivo contraditório e da paridade de armas, consistente na possibilidade de a defesa realizar a contraprova relativa à prova trazida pela acusação. Com efeito, tendo o Ministério Público se utilizado de gravações ambientais para formular acusações, nada mais coerente que a defesa possa questioná-las, principalmente no caso dos autos, em que há indícios de manipulação.

5. Existindo possibilidade concreta de adulteração e mesmo exclusão/substituição do aparelho de escuta/imagem, como resultado da gravação ambiental judicialmente autorizada e realizada na fase investigativa, "viola a garantia à ampla defesa a decisão que indefere pleito de realização de perícia técnica tendente a demonstrar a integralidade e higidez do material em questão" (HC 348.472/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016). Inteligência dos arts. 159, § 5º, e 400, § 1º, ambos da Lei Adjetiva Penal, e dos arts. 5º, LV, e 93, IX, da CF/88. 6. Recurso em habeas corpus provido, para determinar à Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal que encaminhe ao Juízo da 7ª Vara Criminal de Brasília "o hardware e software utilizado para a realização da gravação do vídeo em que aparece a pessoa do peticionante, apreendidos no gabinete do delator DURVAL BARBOSA na Secretaria de Relações Institucionais".

(STJ - RHC: 74655 DF 2016/0212368-3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 06/12/2016, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/12/2016) (Grifo próprio)

Após exemplificar, então, através desses julgados, a menção da prudência do juiz, percebe-se a alusão desta virtude como seu dever, tendo em vista que é próprio do exercício da sua atividade. O juízo justificado racionalmente, após deliberação e valoração dos argumentos e provas apresentados aos autos pelas partes, isto é, a jurisdição, tem o dever de observar o ordenamento jurídico, principalmente no que se refere a preceitos constitucionais, uma vez que se encontra sob o paradigma de um Estado Democrático de Direito.

V. CONCLUSÃO

Pode-se concluir, portanto, que não existe jurisdição¹⁰ sem prudência. Para aplicar a justiça é necessária a atividade intelectual; o discernimento; a racionalidade prudencial ante a aplicação da inteligência do magistrado. Em vista disso, o juiz faz este discernimento segundo modelo

¹⁰ Aplicação de normas jurídicas aos casos específicos, exercida pelo Estado, bem como o poder-dever dos magistrados de aplicar o direito.

prévio, respeitando a legalidade, pelo que o ordenamento resguarda seu dever de imparcialidade. Como afirmado por Aristóteles, o homem respeitador da lei e o honesto/ probro serão evidentemente justos.

Vale dizer que, a “jurisdição” (*iuris dicere*) não é propriamente “dizer o direito”, mas declarar o que é “de direito”. É a atividade por meio da qual o juiz, valendo-se dos modelos e das fontes que constituem a juridicidade vigente, põe fim à dinâmica dialética que constitui o processo. (REALE, 1994, p.139).

Nesse perspectiva, embora a atuação do juiz deva ser ética e prudencial, atenta às circunstâncias do caso, jamais pode abandonar o ordenamento jurídico vigente, pois, se fizesse, adentraria a perigosa via do arbítrio, incompatível com a segurança e a previsibilidade que o Estado de Direito busca assegurar. (LACERDA, 2016, p.33).

Posto isso, a observância à legislação aplicável também resguarda o princípio da imparcialidade, uma vez que o juiz não é neutro na medida em que, possui seus próprios caracteres, vivências e preferências. Não obstante, ao visar a tutela do melhor direito, o julgador possui o dever de se preocupar com o impacto de suas decisões na vida social. Assim, dado que o direito busca acompanhar a evolução da sociedade, detentora de infinitos singulares, a observância do dever de prudência do magistrado se mostra imprescindível para a realização da justiça no caso concreto de maneira mais acertada; para garantir, assim, maior eficácia aos direitos resguardados.

VI. REFERÊNCIA

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicomaco**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Código de ética da magistratura**. Brasília: CNJ, 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 21 jul. 2020.

FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de. **Direito e ética: Aristóteles, Hobbes, Kant**. São Paulo: Paulus, 2007.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2009.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 2002. Tradução de Marcos Keel.

LACERDA, B. A. A imparcialidade do juiz. **Revista de Doutrina Jurídica**, Brasília, DF, v. 108, n. 1, p. 23–36, 2017. DOI: 10.22477/rdj.v108i1.49. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/49>. Acesso em: 20 set. 2020.

MADEIRA, Dhenis C. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção do estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2014.

MAGNO, Alberto. **Tratado sobre a prudência**. São Paulo: Paulus Editora, 2017. Tradução Matteo Raschietti.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DICIONÁRIO online de português. São Paulo: Dicio, 2018. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/prudencia/>. Acesso em: 17 abr. 2021.

REALE, Miguel. **A ética do juiz na cultura contemporânea**. In: NALINI, José Renato (Coord.) *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

TARUFFO, Michele. **La símplice verità**. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma-Bari: Laterza, 2009.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito; os meios do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.