

9

JUIZ E ÉTICA

Saulo Versiani Penna

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Percebe-se na atualidade uma intranquilidade da população brasileira no tocante à segurança pessoal e pública.

É inegável, o aumento dos índices de violência, os quais, até pouco tempo, tinham relevância apenas no eixo Rio – São Paulo, mas que agora estão, de forma assustadora, adquirindo patamares de elevada preocupação em todo País.

Aliás, a questão da segurança pública atingiu foro de tamanha indignação no cenário nacional, que a discussão do tema tem repercutido nas instituições democráticas.

Destarte, no Legislativo, no Executivo e no Judiciário a questão aflora permanentemente, fazendo surgir debates acirrados e medidas muitas vezes paliativas, de momento, casuísticas, sem a reflexão devida e isenta, como na verdade sempre deveria pautar-se o poder público por intermédio de seus prepostos.

Não restam dúvidas de que isso vem ocorrendo em virtude do desejo e pressão do cidadão comum de ver resolvido o problema da “segurança”, ou da sua “insegurança”, rapidamente, e, da sensação, que é natural, de que nada está sendo efetivamente realizado.

E como fator de aumento desse sentimento de “insegurança”, aparece a ausência de referencial ético que indica a prática de ações de cunho individualista, estratégico, senão contrário ao direito, e, mais

ainda, em descompasso com o ideal democrático, uma vez que sem fundamento no interesse público.

Por sinal, essa ânsia do cidadão brasileiro pela busca de soluções rápidas por parte de autoridades públicas, na maioria das vezes, incentivada pela mídia, que hoje dispõe de instrumentos tecnológicos capazes de mostrar casos de desvios de conduta, violência e insegurança de maneira tanto eficiente quanto, em muitos casos, sensacionalista, não nos permite uma reflexão de cunho moral para a tomada de decisões.

Constata-se, ademais, que esses mesmos formadores de opinião não apresentam respostas, seja porque não é de sua competência ou porque inexistente esse interesse perante os fins lucrativos, ditados para um consumidor, em grande parte, de baixa cultura e educação.

E assim, carece o cidadão comum de informação sobre as possibilidades e ações capazes de resolver, ou pelo menos diminuir, essa sensação de desamparo por parte do Estado, e de encontrar, por intermédio de meios concretos e que não venham a servir de instrumento de repressão, tolhendo a sua liberdade individual e que possam constituir afronta aos princípios do Estado de Direito Democrático, assegurados pela Carta Republicana de 1988, o caminho mais adequado de autoafirmação da cidadania e verdadeiro interesse coletivo.

Dentro desse contexto, não restam dúvidas, surge a figura do julgador que se de um lado revela-se muitas vezes positivista-legalista, isto é, apenas na expressão da *la bouche de la loi* montesquiana,¹ de outro um perigoso “Hércules” descrito por Ronald Dworkin,² já que por ser dotado de talentos extraordinários e de clarividência inter-

¹ Afirmou Montesquieu: “...os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei, são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.” (MONTESQUIEU, 2005, p. 175).

² Ronald Dworkin, desde seu livro chamado *Taking Rights Seriously* (Levando os Direitos. Trad. Nelson Boeira. São Paulo. Martins, 2002) já criara a figura do Juiz Hércules. E na sua obra *O império do Direito afirma*: “Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integralidade. Vamos chamá-lo de Hércules.” (DWORKIN, 2003, p. 287)

pretativa de situações fáticas numa completude normativa, é único a conseguir encontrar a decisão ética e considerada a mais *justa*.

O maior desafio, portanto, a ser enfrentado pela sociedade e, por conseguinte, pelo Judiciário, que representa o principal canal democrático para as soluções dos conflitos de interesses, é equacionar a dicotomia no estado contemporâneo que se estabelece quando se busca segurança, procurando manter, ao mesmo tempo, ideais de liberdade e justiça.

Situação clássica que exemplifica essa árdua empreitada é a que está sendo vivenciada pelos norte-americanos, notadamente após o fatídico ataque de 11 de setembro de 2001. E, aí, pergunta-se o que fazer com a segurança interna? Criar mecanismos de constante vigilância, opressão e restrição a direitos consolidados em prol da tranquilidade? E as liberdades públicas, sociais, políticas e econômicas, como ficam? Como conciliar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito com a segurança pública exigida pela população? E qual o papel da moral e da ética para a tomada de decisões, especialmente no âmbito do Judiciário.

Essas perguntas aliadas ao dilema da segurança jurídica (pública) com justiça (ética) no campo da atividade jurisdicional é que são tratadas neste trabalho, o qual procura, dentro do limite a ele imposto, fazer reflexões que poderão, quem sabe, representar mais uma semente no campo fértil de discussão do tema.

2. (IN)SEGURANÇA E (IN)JUSTIÇA NA SOCIEDADE DE CONSUMO

A primeira questão que nos permite profunda reflexão é aquela que se extrai da concepção de segurança pública, justiça e liberdade, em contrapartida dos sonhos e desejos de consumo, como forma de alcançar o bem-estar.

A esse respeito, o sociólogo Zygmunt Bauman (1998) apresenta visão bem exata de que a opção pelas liberdades em nossa sociedade, obtidas pelas mudanças econômicas, tecnológicas e culturais, acaba por comprometer a segurança do cidadão ou conduz à sensação de insegurança dos povos modernos. Como ele afirma:

Em 1981, registraram-se 2,9 milhões de delitos penais na Inglaterra e no País de Gales. Em 1993, 5,5 milhões. Nos últimos três anos, a população carcerária subiu de 40.606 para 51.243. entre 1971 e 1993, os gastos públicos com a polícia subiram de 2,8 bilhões de libras para 7,7 bilhões de libras. De 1984 a 1994, o total de advogados elevou-se de 44.837 para 63.628 e o de advogados forenses de 5.203 para 8.093.

Em 1994, 5,6 milhões de pessoas na Grã-Bretanha reivindicaram renda suplementar. O auxílio-desemprego foi recebido por 2.700.000; mas, segundo outros cálculos, distintos dos cálculos oficiais do governo, os totais daqueles que necessitavam de emprego mas haviam sido impedidos, por normas legais, de solicitar o auxílio-desemprego (e, portanto, haviam sido excluído das estatísticas oficiais dos desempregados) eram o dobro.

Durante os últimos vinte e cinco anos, a população de encarcerados e de todos os que obtém a sua subsistência da indústria carcerária – a polícia, os advogados, os fornecedores de equipamentos carcerário – tem crescido constantemente. O mesmo ocorre com a população de ociosos – exonerados, abandonados, excluídos da vida econômica e social. Conseqüentemente, como seria previsível, aumentou o sentimento popular de insegurança: atualmente, 85% da população da Grã-Bretanha acham que, há 30 anos, era seguro caminhar pelas ruas à noite, mas 95% acham que, hoje em dia, não é seguro.

Esses últimos trinta anos, aproximadamente, foram de fato anos fecundos e decisivos na história do modo como foi moldado e mantida a sociedade ‘ocidental’ – industrial, capitalista, democrática e moderna. É esse modo que determina os nomes que as pessoas tendem a dar a seus medos e angústias, ou às marcas nas quais elas suspeitam residir a ameaça à sua segurança. (BAUMAN, 1998, p. 49-50)

É possível dizer que a era consumista na qual vivemos conduz a desejos e vontades humanas incontidas, especialmente porque incrementadas e cevadas pela publicidade profissional.

Assim, mais do que uma segurança tradicional, baseada em firmes pilares do emprego regular e duradouro, do apoio à previdência pública e poupança, estão voltadas as atenções e os objetivos para o ganho rápido, fútil, não usual, até por intermédio dos “jogos de azar” autorizados, dos concursos de TV, dos créditos bancários e financeiros, esses à disposição facilmente por intermédio dos cartões

de crédito, consórcios, cheques-pré-datados, etc., tudo, enfim, servindo como fonte inspiradora para aquisição de bens de consumo, e, por conseguinte, a obtenção da sonhada felicidade.

Entretanto, não obstante a proximidade dessas “coisas” que parecem ser capazes de nos tornar “pessoas felizes” ou “realizadas”, exsurtem os obstáculos à obtenção desses objetivos, ou estes quanto alcançados não representam na sua inteireza aquela tão sonhada felicidade. Resulta disso, pois, enormes frustrações, como também as práticas de atos condenáveis pela sociedade e o conseqüente aumento da insegurança dessa própria população.

A par disso, ainda se faz presente em nossos dias, em virtude da opção pelas liberdades de mercado, a insegurança no trabalho regular, o qual passou a representar o momento vivido do trabalhador e não o futuro previsível, sem falar na carência de parâmetros culturais e educacionais, tudo em nome da chamada “livre expressão”.

E a vontade constante pela aquisição de liberdades na contemporaneidade, começando mesmo no âmbito da família, sem um paradigma ético, conduz a uma maior sensação de insegurança, mesmo porque a pressa e a intolerância diária passaram a fazer parte do cotidiano pós-moderno e consumista.

Por outro lado, em conjunto com essa visão pós-moderna, de valorização exagerada do consumo, intolerância e falta de referencial ético, surgem os ideais de “justiça”, que deságuam sempre nos critérios de “pureza”, os quais impõem às pessoas modelos e padrões de conduta, que irão determinar a exclusão ou não da sociedade daqueles “desajustados”.

Nesse sentido, mais uma vez, o professor Zygmunt Bauman é esclarecedor:

Uma vez que o critério da pureza é a aptidão de participar do jogo consumista, os deixados fora como um ‘problema’, como a ‘sujeira’ que precisa ser removida, são consumidores falhos – pessoas incapazes de responder aos atrativos do mercado consumidor porque lhes faltam os recursos requeridos, pessoas incapazes de ser ‘indivíduos livres’ conforme o senso de ‘liberdade’ definido em função do poder de escolha do consumidor. São eles os novos ‘impuros’, que não se ajustam ao novo esquema de pureza. Enca-

rados a partir da nova perspectiva do mercado consumidor, eles são redundantes – verdadeiramente ‘objetos fora do lugar’.

O serviço de separar e eliminar esse refugio do consumismo é como tudo o mais no mundo pós-moderno, desregulamentado e privatizado. Os centros e os supermercados, templos do novo credo consumista, e os estádios, em que se disputa o jogo do consumismo, impedem a entrada dos consumidores falhos a suas próprias custas, cercando-se de câmeras de vigilância, alarmes eletrônicos e guardas fortemente armados; assim fazem as comunidades onde os consumidores afortunados e felizes vivem e desfrutam de suas novas liberdades; assim fazem os consumidores individuais, encarando suas casas e seus carros como muralhas de fortalezas permanentemente sitiadas. (BAUMAN, 1925, p. 24)

E adverte Bauman sobre a conexão existente entre o mundo consumerista da sociedade pós-moderna com a sua noção de justiça, tomando como exemplo os Estados Unidos da América, onde se depreende de forma contundente o domínio do mercado consumidor liberal e anseios por uma “justiça”, perseguida sem qualquer conteúdo de eticidade, mas somente dotada de subjetividade, individualismo e estratégia de poder. A este respeito lembra:

Em nenhum lugar a conexão é exposta mais completamente do que nos Estados Unidos, onde o domínio incondicional do mercado consumidor chegou, nos anos da livre competição reaganista, mais longe do que em qualquer outro país. Os anos de desregulamentação e dismantelamento dos dispositivos de bem-estar foram também os anos de criminalidade ascendente, de força policial e população carcerária cada vez maiores. Foram também anos em que uma sorte cada vez mais sangrenta e espetacularmente cruel precisava ser reservada àquele declarados criminosos, para corresponder aos aceleradamente crescentes medos e ansiedades, ao nervosismo e à incerteza, raiva e fúria da maioria silenciosa, ou não tão silenciosa, de consumidores ostensivamente bem-sucedidos. Quanto mais poderosos se tornavam os ‘demônios interiores’, mais insaciável se fazia o desejo daquela maioria de ver ‘o crime punido’ e ‘a justiça distribuída’. O liberal Bill Clinton venceu a eleição presidencial prometendo multiplicar os efetivos da polícia e construir novas e mais seguras prisões. Alguns observadores (dentre eles Peter Linebaugh, da Universidade de Toledo, Ohio, autor de *The London Hanged*)

acreditam que Clinton deve a eleição à execução amplamente divulgada de um retardado mental, Ricky Ray Rector, a quem permitiu, quando governador do Arkansas, ir para a cadeira elétrica. Recentemente, adversários de Clinton dos setores de direita radical do Partido Republicano levaram tudo nas eleições congressistas, havendo convencido o eleitorado de que Clinton não fizera o suficiente para combater a criminalidade, e que eles fariam mais. (BAUMAN, 1925, p. 58)

E essas ideias vêm se alastrando por todo mundo, especialmente no Brasil, onde o arquétipo norte-americano foi adotado com bastante facilidade. Dessa forma, começam a aparecer soluções pirotécnicas para a implantação de uma almejada “justiça”, como leis mais rigorosas (“crimes hediondos”), construção de número cada vez maior de penitenciárias de “segurança máxima”, compra de armamentos cada vez mais sofisticados e de alto poder de fogo, ocupações de favelas, sem que haja uma preparação anterior de ordem moral, ética, educacional e especializada do agente público ou policial-usuário.

Ademais, revela-se no cenário de ideias sem referencial ético a chamada “justiça privada” (grupos de extermínio, seguranças particulares, cercas eletrificadas, câmeras e todo um aparato tecnológico de proteção particular), por intermédio do uso indiscriminado de instrumentos sem legitimidade em um Estado que pretende ser Democrático de Direito. A autodefesa, que deveria ser exercida em situações especialíssimas, transforma-se em regra, e pior, muitas vezes, reveste-se em autotutela, substituindo o Estado na sua função de promoção da justiça.

No entanto, é importante salientar que essa análise da vida pós-moderna, da civilização, não importa em uma visão puramente pessimista, mas na constatação da íntima relação entre comprometimento ético das decisões de Estado e a segurança com justiça. Destarte, a segurança, a justiça e a conseqüente paz social somente tendem a ser alcançados, de maneira racional, a partir da avaliação das atitudes do ser humano e sua opção pelas liberdades públicas, sempre no contexto de um Estado pautado por princípios de direito e democrático, mas que para esse desiderato jamais se olvide ou afaste-se da moral e do seu exercício na prática por intermédio da ética.

Assim, sem a liberdade plena (com ética), desaparece a figura do Estado de Direito e floresce a insegurança.

Por isso mesmo, sempre se está a carecer de uma análise sobre a influência da atitude ética, especialmente junto às funções estatais, e mais ainda, daquela decorrente da atividade jurisdicional, já que esta é fundamental para o equilíbrio e pacificação dos conflitos sociais.

3. DA ÉTICA COMO FATOR DE SEGURANÇA E JUSTIÇA

Como se procurou demonstrar, o aspecto fundamental na avaliação dos motivos, causas, consequências e possibilidades de soluções da problemática envolvendo a segurança pública e a justiça encontra-se em uma concepção do exercício das funções estatais pela ética. E a ausência do referencial moral na sociedade conduzirá a comportamentos desastrosos e de repercussão imprevisíveis na convivência social. Henrique C. de Lima Vaz citado por Arthur J. Almeida Diniz afirma:

Ninguém pode ainda prever o que serão as gerações que sobem para a cena da história e não encontram mais diante de si o relevo definido do horizonte de uma tradição, mas, tão-somente, o espaço vazio de um futuro para o qual o niilismo ético aponta com a promessa sedutora de que tudo será permitido e possível. Não é apenas a percepção do tempo humano que irá mudar para essas gerações. Mudará sua própria alma. E quem poderá dizer o que será essa nova alma? (DINIZ, 1995, p. 47-48)

E não parece haver dúvida de que a humanidade não conseguirá atingir seus objetivos de liberdade com segurança pública e justiça, somente centrada nos avanços tecnológicos, mas é imprescindível repensar os paradigmas éticos de responsabilidades e livre arbítrio.

Por isso, admitimos que Bauman bem resume a questão ética no Estado ao asseverar que:

A ética não é um derivado do Estado. A autoridade ética não deriva dos poderes do Estado para legislar e fazer cumprir a lei. Ela precede o Estado, é a exclusiva fonte da legitimidade do Estado e o supremo juiz dessa legitimidade. *O Estado, poder-se-ia*

dizer, só é justificável como veículo ou instrumento da ética.
(BAUMAN, 1998, p. 69 – grifos nossos)

No entanto, o que observamos é uma crescente falta de compromisso com a ética em todos os setores do Estado. Basta lembrarmos as recentes reportagens sobre os abusos praticados por agentes públicos. Ora, onde deveria ser implantada a primeira célula de comprometimento com a ética e o bem público, o que se vê são os desvios de conduta, os quais redundam invariavelmente para o prejuízo na qualidade de vida das pessoas, diante da ausência de saúde, educação e segurança adequadas. Além disso, ocorre um fenômeno ainda pior, pois o cidadão ao constatar a falta de ética de seu representante perde a referência de autoridade que deveria emanar daquele agente estatal, do qual, em verdade, deveria também se sustentar o Estado Democrático de Direito.

Destarte, não existe possibilidade de se falar em segurança pública e justiça sem uma reformulação nos valores a serem alcançados, já que isso é que permitirá um efetivo tratamento da questão de forma preventiva. E como lembra Almeida Diniz:

Alguns autores antecipam, talvez de modo pessimista, mas valendo por um *caveat* exemplar, uma civilização centrada no desenvolvimento técnico-científico, sem o primado do Ético:

‘será a necrofilia realmente uma característica da segunda metade do século XX?... esse novo tipo de homem volta os seus interesses para um sítio longe da vida, das pessoas, da natureza... de tudo aquilo que esteja vivo... aspira fabricar robôs como uma das maiores realizações de sua mente técnica e alguns especialistas nos garantem que o robô mal se poderá distinguir do homem vivo. Essa realização não parecerá tão surpreendente quando o próprio homem mal consegue diferenciar-se de um robô... o mundo da vida transformou-se no mundo da ‘não vida’... seus símbolos agora são máquinas limpas, que brilham... mas a realidade, por detrás dessa fachada antisséptica, torna-se cada vez mais visível. O homem, em nome do progresso, está transformando o mundo num lugar malcheiroso e envenenado (e isso *não* é simbólico). Polui o ar, a água, o solo, os animais – e a si mesmo. Está fazendo estas coisas em tal grau que tornou duvidoso se a Terra será algo em que se possa viver dentro de 100 anos. Conhece os fatos, mas... Os que governam continuam em busca do ‘progresso’ técnico e mostram-se dispostos a sacrificar a vida ao culto do seu

ídolo. Em tempos mais recuados, os homens também sacrificaram seus filhos ou prisioneiros de guerra, mas nunca na história o homem mostrou-se disposto a sacrificar a vida toda a Moloque – a sua própria vida e a de seus descendentes.’ (FROMM *apud* ALMEIDA DINIZ, 1995, p. 66)

Mas, Almeida Diniz ao citar Gabriel Marcel³, já nos apresenta um começo para a modificação dessa visão da sociedade contemporânea:

A reflexão que tempera esse horizonte pessimista (porém não muito longe da realidade vivida por nós atualmente) deve-se a Gabriel Marcel:

‘Obviamente, isto não quer significar que a história deva retroceder e que devemos quebrar todas as máquinas. Significa muito simplesmente, como Bérghson observou profundamente, que toda espécie de progresso técnico exterior deve ser contrabalanceada pelo homem por um esforço de conquista interior, dirigido para um autodomínio cada vez maior... No mundo contemporâneo, podemos dizer que quanto mais o homem se torna dependente de produtos que funcionem confortavelmente assegurando-lhe a vida tolerável no nível material, tanto mais alienado (*estranged*) se torna uma consciência de sua realidade interior... O centro da gravidade de tal espécie de homem e seu ponto de equilíbrio tendem a se tornar exteriores a si próprio... Quanto mais progresso a ‘humanidade’ realiza na direção do domínio da Natureza, tanto mais os homens individuais se tornam realmente escravos de sua própria conquista’. (DINIZ, 1995, p. 67)

O caminho e a medida certa entre os avanços tecnológicos e econômicos, portanto, devem ser trilhados e sopesados no contexto de uma concepção ética, que pressupõe o paradigma da moral, obtida com ampla discussão da sociedade, observados os direitos humanos e o foro adequado para o debate.

Destarte, observados contornos da ética, alcançada após esse profundo debate, com efetiva participação da sociedade destinatária das ações do Estado, é que se poderá conceber maior desenvolvimento e segurança às pessoas, com a tão desejada “justiça”. Aliás, não é a finalidade de “lucro” um mal em si mesmo, uma vez que se justifica pelo risco do negócio empreendido no regime capitalista. Entretanto,

³ MARCEL, Gabriel. *Man Against Mass Society*. Chicago, 1962, p. 55.

é o desvirtuamento advindo da falta de ética nos setores de administração da produção, e do próprio poder público, que conduzem às distorções e acabam por determinar as diferenças sociais e econômicas, com evidente prejuízo à segurança social, comprometendo a obtenção da “justiça”.

Logo, é inegável que tanto os poderes constituídos como o cidadão comum deverão primar por atitudes éticas, se por ventura ainda desejarem melhorar a segurança pública com justiça, mantendo as liberdades individuais. A esse respeito vale a síntese de Bauman (1998, p. 65) quando lembra Levinas: “Acha que um tal Estado (justo) é possível?”, vem a resposta igualmente direta: “Sim, um acordo entre a ética e o Estado é possível.”

4. A CONTRIBUIÇÃO DE EMMANUEL KANT PARA UMA CIÊNCIA DA ÉTICA

De início, conforme assevera Salgado:

Nenhuma teoria moral, nenhuma ética até Kant procurou assentar-se em princípios *a priori*, por isso universais, garantidores da sua validade. E mais, todas as éticas até então existentes buscaram o fundamento da sua validade fora delas mesmas, em conceitos externos. Só a ética kantiana procura princípios próprios para a sua fundamentação. (SALGADO, 1995, p. 144)

É absolutamente inegável a contribuição de Kant sobre a necessidade de uma universalização dos princípios éticos, como único critério de validade do exercício da razão (ou do agir humano), e sua teoria passou a influenciar toda a humanidade, até porque todas as constituições de Estados considerados democráticos na modernidade estabeleceram princípios ditados universalmente, como pressuposto para a criação do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Bryan Magee (1999) esclarece que para Kant a universalização da moral é fundada na razão, no entanto salienta que uma razão não é universalmente válida quando apenas houver um interesse próprio de pegar ou largar. Assim, não se pode defender que algo poderia ser coisa certa para alguém fazer, mas errada para outra pessoa em idênticas circunstâncias e situação. Portanto, para Kant, adverte Magee, se

determinada coisa é certa para alguém tem de ser certa para qualquer outro na mesma posição. Isso significa, que se o mundo empírico é governado por leis científicas que têm aplicação universal, logo, também a moral é governada por leis que têm aplicação universal. Dessa forma, ele conclui que a moralidade se funda na razão, da mesma maneira que a ciência se funda na razão.

Salgado (1995, p. 152) igualmente lembra a preocupação de Kant em

encontrar um grau razoável de ‘cientificidade’ para a Ética, isto é uma objetividade traduzida na necessidade e universalidade dos seus princípios, diante da mutabilidade do *éthos*, entendido como conjunto do agir humano.

O Direito, por sua vez, também procura a universalização de princípios, notadamente princípios éticos para a formulação de suas máximas e concretização do agir humano conforme um ordenamento jurídico. E embora Kant veja uma diferença de fundo entre o direito e a ética, pois em sentido estrito seria a ética somente uma teoria das virtudes, o certo é que para ele, em sentido amplo, a ética é a ciência das *leis das liberdades*, que se dividem em morais e jurídicas.

Portanto, na visão kantiana não existe discrepância de princípios éticos (ciência da moralidade e das liberdades) com o direito ou lei jurídicas (ciência jurídica), desde que estas sejam universalizadas no âmbito da própria moralidade, e não só pela sua origem na razão *a priori*, mas também no momento de sua aplicação.

Surge daí, pois, a importância da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* para o Direito, onde Kant se esforça para estabelecer máximas como princípios objetivos ou leis universais.

Inclusive, na segunda secção, – *transição da filosofia moral popular para metafísica dos costumes* – Kant submete seu entendimento a diversos exemplos de comportamento humano para deixar claro que uma lei somente pode ser *universal* quando válida para todos indistintamente. Assim, ele afirma que “temos que poder querer que uma máxima da nossa acção se transforme em lei universal: é este o cânone pelo qual a julgamos moralmente em geral”. (KANT, 1997, p. 62)

Logo, as leis universais para Kant são aquelas que podem ser aplicadas a todos os homens de forma indistinta, jamais se acomodando a situações empíricas da vontade humana.

E exatamente para assegurar o império soberano dessa lei moral universal é que se faz necessária na visão de Kant uma *metafísica dos costumes*.

A propósito, para melhor entender a posição kantiana sobre universalização da lei com sua vertente no Direito, Salgado (1995, p. 199), além de lembrar que a lei “para ser válida para todos, é formal, isto é, não pode levar em conta aspectos contingentes de sua aplicação subjetiva”, ressalta de que maneira Kant, dentro desse prisma de universalização, vislumbra o importante critério de igualdade, que, como se sabe, vem inspirando os diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Assim ele diz:

Kant retoma o princípio da igualdade de todos perante a lei como princípio formal da sua aplicação. A lei que proíbe matar não quer significar, para ser universal, que não se deva matar em determinadas circunstâncias. Tão-só quer dizer que, se há exceção para a proibição da ação, a exceção deve alcançar todos os seres racionais. Esse formalismo do direito, já vislumbrado no direito romano, da igualdade abstrata de todos perante a lei e que provocou a acerbadá crítica de Anatole France (*Le Lys Rouge*), segundo a qual a lei proíbe igualmente ao rico e ao pobre furtar um pão, ‘mendigar e dormir debaixo da ponte’, não é, contudo, o que acentua predominantemente o caráter universal da lei; essa universalidade advém do momento da elaboração e significa uma conformidade absoluta com a razão, na medida em que a vontade pura a cria de tal modo, que seja válida para todos os seres racionais. Nesse sentido, aceito o critério da admissibilidade de Krassuer, não seria avesso ao pensamento de Kant, o princípio da equidade que preside às situações concretas, pelo qual, por exemplo, não seria imoral o furto famélico, visto que, em tais circunstâncias, a sua prática não colidiria com uma forma racional de ação, aceita por todo ser racional. Essa questão, contudo, tem a ver mais com o tema específico do imperativo categórico; é mais do que o conceito de lei moral. (SALGADO, 1995, p. 199-200)

Percebe-se, portanto, a influência do pensamento kantiano para o Direito contemporâneo, que não obstante esteja, e sempre esteve, muito diretamente tangido pelos interesses individuais, o que definiti-

vamente é rejeitado pela filosofia de Kant, recebeu grande contribuição de tal filosofia, na medida em que o Direito aparece como exigência de uma sociedade livre de indivíduos que reclama uma legislação universal fundada na razão pura.

Destarte, nos Estados de Direito pleno a legislação universalizada surge como fundamento indispensável para a convivência em sociedade. Por isso mesmo, nas respectivas constituições encontramos princípios como o da garantia da liberdade, da vida, da igualdade e do livre pensamento, que independentemente de sua aplicação na prática, afiguram-se como máximas universalizadas e fundadas na razão *a priori* de uma sociedade organizada.

Entretanto, a Ciência do Direito reclama não apenas um ordenamento jurídico adequado, mas a ação prática que se expressa de forma candente perante o judiciário e por intermédio do princípio do devido processo legal (*due process of law*). Daí porque, torna-se fundamental estabelecer, conhecer e estudar cada vez mais os princípios éticos aplicáveis à atividade jurisdicional, resguardando, inclusive, sua independência para que este possa atuar adequadamente na pacificação dos conflitos de interesses da sociedade.

5. AÇÕES ÉTICAS NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Procurou-se até agora demonstrar que a ausência de um referencial de moralidade, patente nas sociedades consumistas, conduz a insegurança e injustiça, sendo, destarte, a busca da ética imprescindível no Estado que se insere nos paradigmas de direito e democrático.

No entanto, o exercício da ética precisa encontrar um grau de cientificidade, razão porque o universalismo pregado por Kant, malgrado todos os seus exageros de uma visão extremamente asséptica, revela-se como importante passo para se estabelecer os parâmetros de atuação do Estado e da sociedade.

E não poderia ser diferente em relação ao juiz e ao judiciário que necessitam desse paradigma ético para bem exercerem suas funções institucionais.

Como lembra Dallari (2002), citando Raúl Zaffaroni, malgrado nas universidades latino-americanas tenha-se uma preocupação de aprofundamento de temas de direito básico e processual, há uma verdadeira omissão quanto ao estudo e pesquisas sobre o Poder Judiciário, e mais ainda de análise sociológica do exercício da função jurisdicional. Isso se deve, salienta Dallari com apoio em Zaffaroni, a circunstância de que uma investigação dos juízes, especialmente no campo sociológico, representa uma forma de “desacato”.

Por isso mesmo, Dallari (2002) ao salientar que faltam nos cursos de Direito das universidades no Brasil disciplinas voltadas para o aprimoramento da estrutura institucional incumbida de aplicar os conhecimentos adquiridos de direito material e processual, oferece um modelo que na verdade representa estudo concreto e prático da ética por parte do profissional da área jurídica, que se revelará imprescindível para exercício da atividade dos juízes. Assim, pois, ele afirma:

Na realidade, o que se deve fazer, em primeiro lugar, é reforçar nos cursos de Direito, para todos os alunos, a formação humanística, estimulando a aquisição de conhecimento sobre história e a realidade das sociedades humanas, para que o profissional do direito, seja qual for a área de sua escolha, saiba o que tem sido, o que é e o que pode ser a presença do direito e da justiça no desenvolvimento da pessoa humana e nas relações sociais. A par disso, devem ser transmitidas noções básicas de disciplinas relacionadas com os comportamentos humanos, como a antropologia, a sociologia e a psicologia, pois, seja qual for o conflito jurídico, esses aspectos sempre estarão presentes e é importante que o profissional do direito saiba reconhecê-los. (DALLARI, 2002, p. 30)

Outro aspecto a ser levado em conta para estabelecer o exercício ético da atividade jurisdicional, contribuindo, assim, para a almejada segurança jurídica com justiça, é o que vem precisamente ressaltado por Luiz Flávio Gomes (1997) quando assinala ser indevida a afirmação de que a atividade jurisdicional é antidemocrática, ao simples argumento de que os membros do judiciário não são eleitos por sufrágio universal. Essa colocação é equivocada, no seu entendimento, a partir de algumas peculiaridades dessa mesma atividade, notadamente quando se esquece que o exercício da jurisdição pressupõe o devido processo legal, inserido em um sistema de constante dialética, tendo

como parâmetros as garantias fundamentais constitucionalizadas do contraditório, ampla defesa e isonomia. Nesse sentido, Gomes presta importante contribuição para a formação concreta de uma ética dos juízes em sua atividade precípua, ao sustentar que:

Diante do exposto, quem acusa a atividade judicial de antidemocrática, pelo fato de que seus membros não são eleitos pelo sufrágio universal, desconhece por completo que sua legitimação democrática formal tem natureza completamente distinta da legitimação política representativa. Desconhece, ademais, que vários membros do Poder Judiciário são oriundos de carreiras distintas, que o ingresso na carreira é concretizado com a participação da OAB (CF, art. 93, I), que pessoas do povo (no júri) participam da distribuição da Justiça e desconhecem, por fim, a própria natureza dialética da função jurisdicional, que é uma das últimas do Estado moderno cujo pão de cada dia é o *diálogo*, é o prestar atenção e escutar, a difícil arte de poder escutar!, e sopesar as diversas opiniões assim como os argumentos dos que participam do processo, cumprindo o princípio do contraditório (CF, art. 5º, inc. LV). (GOMES, 1997, p. 123)

E além da preocupação da formação do magistrado desde o seu curso de Direito, como se refere Dallari (2002), e de sua vinculação à dialética processual, bem lembrada por Gomes (1997), como fatores essenciais à conformação na prática da eticidade exigida para o juiz, afigura-se, outrossim, importante a colocação de José Renato Nalini (1994, p. 91) ao referir-se à necessidade do juiz manter-se, no desempenho de suas atribuições, nos limites dos fundamentos constitucionais, isto é, dos “valores adotados como bons pelo formulador originário desse pacto”. Ademais, acrescenta Nalini:

O profissional juiz subordina-se a uma normatividade ética derivada não apenas da Carta Fundamental, que prevê as vedações do parágrafo único do art. 95, mas também do Estatuto da Magistratura – de índole igualmente constitucional, com sede no art. 93. Essa normatividade hoje vigora sob a forma da Lei Complementar Federal 35, de 14.3.79, a conhecida LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional, recepcionada pela superveniente ordem fundante.

Não se está diante de uma ética, pois não existem, substancialmente, idéias divergentes sobre o bem e a perfeição. Mas uma

espécie do mesmo gênero, consoante confirma Antonio Peinador Navarro: 'A moral profissional é uma aplicação da moral à profissão, ou melhor, ao profissional ... Não hão de ser, nem podem ser, distintos princípios, de razão ou revelados, que rejam a vida moral do profissional, enquanto tal, dos que hão de reger a vida de qualquer mortal, posto que a moral, como a verdade, não pode ser mais que uma. Sem prejuízo, nem tudo o que é princípio ou base do raciocínio prático tem porque endereçar-se ao profissional, nem aquele que a ele se aplica, idêntico em sua concepção genérica, chega ou há de chegar até ele da mesma forma e com a mesma carga de conclusões com que chega aos demais, enquanto alheios ao mundo da profissão'.

Destaca Nalini (1994, p. 93) a preocupação de enunciação de um Código de Ética Judicial, merecendo menção o decálogo do Juiz Juan Carlos Mendoza, Professor da Universidade Católica de Assunção e assim redigido:

1. *Sê honesto*. O conteúdo necessário do Direito são os valores morais, donde não se pode conceber um ordenamento jurídico que não responda a um princípio ético. Por esses valores morais, o Direito existe, tem autoridade, aperfeiçoa-se e se impõe aos homens. Para que possas aplicá-lo com rigor e cumprir seus pressupostos últimos, deves encarnar em ti esses valores, dentre os quais a honestidade é o primeiro e essencial ao teu ministério.

2. *Sê sóbrio*: a sobriedade é uma exigência do teu cargo. Para que sejas um verdadeiro magistrado e alcances o respeito de teus semelhantes, hás de ser necessariamente exemplar em tua vida pública e privada e hás de condensar, em todas as tuas decisões, o equilíbrio de tua alma.

3. *Sê paciente*: quem vai aos tribunais em demanda de tua justiça, leva atribulações e ansiedades que hás de compreender. Esta é a parte mais sensível e humana de tua missão; ela te ajudará a ter presente que o destinatário de sua sentença não é um ente abstrato ou nominal, mas que é um homem, uma pessoa humana.

4. *Sê trabalhador*: deves esforçar-te para que tenha vigência o ideal de justiça rápida, se bem que não deves sacrificar o estudo à celeridade. Trabalha no pleito mais insignificante com a mesma dedicação que no pleito mais importante e, em todos os casos, tem presente que o que está em jogo é a própria justiça.

5. *Sê imparcial*: o litigante luta pelo seu direito, tanto quanto tu lutas pelo direito. Isto não deves esquecer nunca. Não te deves levar por tuas simpatias ou antipatia, por conveniências ou com-

paixões, nem por temor ou misericórdia. A imparcialidade implica a coragem de decidir contra os poderosos, mas também o valor muito maior de decidir contra o fraco.

6. *Sê respeitoso*: respeitoso da dignidade alheia e da tua própria dignidade; respeitoso nos atos e nas palavras. Todo o Direito é dignidade; está dirigido à dignificação da pessoa humana e não se pode conceber esvaziado dela. Deves estar consciente da imensa responsabilidade do teu ministério e da enorme força que a lei põe em tuas mãos

7. *Sê justo*: antes de mais nada, verifica, nos conflitos, onde está a Justiça. Em seguida, fundamenta-a no Direito. Do ponto de vista técnico, hás de esforçar-te para que a verdade formal coincida com a verdade real e para que a tua decisão seja a expressão viva de ambas.

8. *Amas o Direito*: se a advocacia é um nobre apostolado, que exige um profundo amor ao Direito, a magistratura judicial é um apostolado mais nobre ainda, isento de enganos e refúgios, que exige para o Direito uma devoção maior porque não dará triunfos, nem riquezas.

9. *Sê independente*: tuas normas hão de vir unicamente das normas da lei e de tua consciência. Não é por capricho que se quer que sejas independente e que os homens tenham lutado e morrido pela independência, mas porque a experiência da humanidade demonstra que esta é uma garantia essencial da Justiça, a condição da existência do poder jurisdicional, o modo mais eficaz de proteger o indivíduo contra os abusos do poder.

10. *Defende a liberdade*: tem presente que o fim lógico para o qual foi criada a ordem jurídica é a Justiça e que a Justiça é conteúdo essencial da liberdade. Na medida em que a faças respeitar, tu, teus companheiros e tua posteridade, gozarão de seus benefícios, pois nunca foram livres os homens, nem os povos, que não souberam ser justos. Defender a liberdade não é fazer política, senão preservar a saúde da sociedade e o destino das instituições que a justificam. Para cumprir com o teu dever, para que esse baluarte seja uma fortaleza, sem necessidade de canhões, nem de soldados, para que seja majestoso e imponente, é mister que tu o levantes como nunca, por cima das paixões e cumpras, com grandeza e com suprema energia, teu dever de magistrado, eu alto apostolado jurídico; que não cedas ante a violação de uma lei e não te embaraces no atentado contra uma única garantia. (NALINI, 1994, p. 93-95)

Ao magistrado no exercício desse seu mister, isto é, de defesa da liberdade de maneira indissociável da ética e, por conseguinte, como fator de garantia de segurança jurídica e social, incumbe, conforme também ensina Jônatas Luiz Moreira de Paula (2002), ter uma perspectiva da jurisdição como elemento de inclusão social ou de efetivação da cidadania, entendida a partir de novos paradigmas de (re)construção do direito processual. O mesmo jurista explica essa sua posição:

O Direito Material é do povo, porque o ato de legislar do Estado consiste em retratar os costumes, os valores e os princípios contemplados pela sociedade. Tanto que se discute se o costume é fonte material do direito ou apenas de revelação do direito.

No entanto, o Direito Processual é para o povo. A sociedade não legisla diretamente no direito processual, senão por meio de seus representantes no parlamento. O Direito Processual é produto da necessidade de aprimoramento da atividade jurisdicional. Suas normas indiscutivelmente regulam os princípios informadores, temperados pela realidade e pelo bom-senso.

O caráter transformador que impregna a atividade jurisdicional bem norteia o endereçamento do direito processual: o proveito social. A sociedade é 'consumidora' das normas processuais no afã de conferir eficácia forçada dos direitos subjetivos espontaneamente ineficazes.

No intuito de se obter o direito objetivo – o direito inter-partes, real, concreto e forçosamente eficaz – o Estado não só pronuncia a tutela jurisdicional, como lhe dá efetividade. No âmbito da realização da inclusão social, a efetividade da jurisdição é mister para a consecução do fim desejado. (MOREIRA DE PAULA, 2002, p. 207-208)

É indiscutível que sem eficácia do direito processual jamais serão alcançados os objetivos da sociedade de segurança com justiça (ética), razão pela qual se impõe refletir sobre o modelo atual e suas consequências, bem como sobre a reestruturação a partir de paradigmas democráticos que na contemporaneidade não se amoldam a um sistema de litigiosidade irresponsável, a qual compromete o próprio funcionamento do aparelho estatal judiciário, e que não responde aos anseios de uma sociedade participativa.

Por fim, não se pode olvidar da preservação da independência do judiciário, sem se descurar da harmonia com as demais funções

estatais,⁴ motivo pelo qual se afigura essencial a referência aos chamados “princípios básicos de independência do judiciário”, adotados no “Sétimo Congresso das Nações Unidas na Prevenção de Crimes e Tratamento de Transgressores”,⁵ a saber:

1- A independência do judiciário deve ser garantida pelos Estados e assegurada na Constituição ou na lei do país. É dever de

⁴ Importante notar, a este respeito, que Montesquieu dedica, na citada obra, Capítulo VI do Livro XI, apenas seis parágrafos sobre a separação de poderes. Em todos os demais setenta e um parágrafos trata da harmonia entre eles.

⁵ *Basic Principles on the Independence of the Judiciary, 1985*
Adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from August 26 to September 6, 1985, and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of November 29, 1985 and 40/146 of December 13, 1985

Independence of the Judiciary

1. The independence of the judiciary shall be guaranteed by the State and enshrined in the Constitution or the law of the country. It is the duty of all governmental and other institutions to respect observe the independence of the judiciary.

2. The judiciary shall decide matters before them impartially, on the basis of facts and in accordance with the law, without any restrictions, improper influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason.

3. The judiciary shall have jurisdiction over all issues of a judicial nature and shall have exclusive authority to decide whether an issue submitted for its decision is within its competence as defined by law.

4. There shall not be any inappropriate or unwarranted interference with the judicial process, nor shall judicial decisions by the courts be subject to revision. This principle is without prejudice to judicial review or to mitigation or commutation by competent authorities of sentences imposed by the judiciary, in accordance with the law.

5. Everyone shall have the right to be tried by ordinary courts or tribunals using established legal procedures. Tribunals that do not use the duly established procedures of the legal process shall not be created to displace the jurisdiction belonging to the ordinary courts or judicial tribunals.

6. The principle of the independence of the judiciary entitles and requires the judiciary to ensure that judicial proceedings are conducted fairly and that the rights of the parties are respected.

7. It is the duty of each Member State to provide adequate resources to enable the judiciary to properly perform its functions.

todos os governos e de outras instituições respeitarem e observarem a independência do judiciário.

2- O judiciário deve decidir os conflitos com imparcialidade, com base nos fatos e de acordo com a lei, sem qualquer restrição, influências indevidas, induzimentos, pressões, ameaças ou interferências, diretas ou indiretas, vindo de qualquer direção ou por qualquer razão.

3- O judiciário deve ter jurisdição sobre todos os assuntos de natureza judicial e deve ter autoridade exclusiva para decidir se um problema se submete à sua decisão dentro da competência definida por lei.

4- Não devem existir quaisquer interferências inapropriadas e sem justificativa com o processo judicial, nem deverão as decisões proferidas pelas cortes serem submetidas a revisão. Este princípio é sem prejuízo da revisão judicial ou mitigação, ou comutação pela competente autoridade das sentenças estabelecidas pelo judiciário, de acordo com a lei.

5- Qualquer um deve ter o direito de ser julgado por cortes ordinárias ou tribunais que se utilizem do processo legal. Tribunais que não se estabeleçam pelo devido processo legal não deverão ser criados visando deslocar a jurisdição pertencente às cortes ordinárias ou tribunais judiciais.

6- O princípio da independência do judiciário autoriza e exige que o judiciário assegure que os procedimentos judiciais são conduzidos imparcialmente e que os direitos das partes são respeitados.

7- É obrigação de cada Estado-Membro suprir os recursos adequados para possibilitar o judiciário desempenhar suas funções corretamente. (QUINN, [1997?], p. 41-42 – tradução livre)

6. CONCLUSÃO

Não obstante a natural limitação deste trabalho, como na introdução já se chamou atenção, é possível por ele vislumbrar, como um canal de reflexão, que a segurança jurídica e social, somente será atingida por intermédio da realização de uma *liberdade ética*.

E é inegável que a Ciência do Direito se sustenta no exercício da liberdade e da autonomia da vontade. No entanto, como o próprio Kant adverte existe entre a ética (lei moral) e a ordem jurídica uma diferença básica na forma da legislação, pois enquanto o dever moral coage interiormente, a norma jurídica atua e coage exteriormente.

Ademais, não nos parece viável imaginar que na prática seja possível refrear as ações humanas indevidas por intermédio de um comportamento absolutamente racional e monitorado. Basta lembrar que são universalmente e consensualmente repudiadas a poluição da atmosfera, as guerras e a opressão econômica dos povos mais fracos, práticas essas, no entanto, que continuam a ocorrer apesar dessa uníssona condenação imposta por uma *ética universalizada*.

Diante desses fatos cotidianos da vida humana, o juiz não pode ficar alheio e deixar de reconhecer outros aspectos que influenciam as ações humanas, e que são estudados pela história, sociologia e psicologia.

Por outro lado, malgrado as diferenças teóricas e conceituais da moral com o Direito, não se pode negar que é na liberdade do homem, baseada em princípios éticos, que se poderá fundar um Estado de Direito pleno.

Portanto, não basta que o Estado seja construído somente sobre pilares do Direito, pois que isso significaria como já significou, e continua significando em diversos países, o exercício do totalitarismo e da tirania. Destarte, como assevera o prof. Calmon de Passos

inexiste pureza no direito. O jurídico coabita, necessariamente, com o político e com o econômico. Toda teoria jurídica tem conteúdo ideológico. Inclusive a teoria pura do direito... (CAMON DE PASSOS, 1988, p. 83)

Portanto, o melhor caminho da sociedade parece ser o de uma verdadeira *democracia participativa*, em que se estabeleçam os controles pela sociedade civil, tanto do poder político quanto do poder econômico, sendo especialmente necessário para que isso se implemente o irrestrito acesso do cidadão ao processo jurisdicional, de acordo com o paradigma constitucionalizado do devido processo legal, nele compreendido sempre o juízo natural, o contraditório, ampla defesa e isonomia das partes.

De resto, cumpre assinalar, que a filosofia, embora se acredite que não se presta a formular soluções para os problemas humanos, pelo menos nos permite *pensar*, e, pensando, o ser humano estará exercendo a sua *liberdade*.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. 272p.

CAMON DE PASSOS, J.J. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 166p.

DINIZ, Arthur José Almeida. *Novos paradigmas em direito internacional público*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995. 216p.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da Magistratura: no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 266p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. 416p.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997. 117p.

MAGEE, Bryan. *História da filosofia*. 3. ed. São Paulo, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. 1. ed. São Paulo: Manole, 2002. 214p.

NALINI, José Renato. O Juiz e a ética no processo. In NALINI, José Renato. *Uma nova ética para o Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 85-106.

QUINN, Frederick. *Human rights and you*. Warsaw/Poland: OSCE/ODIHR, [1997?]. 252p.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant – seu fundamento na Liberdade e na Igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1995.