

1

EM BUSCA DA IGUALDADE MATERIAL ATRAVÉS DA ASSIMILAÇÃO DE PADRÕES DE ÉTICA NA APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Carlos Frederico Braga da Silva

1. INTRODUÇÃO

Este estudo propõe a assimilação racional de padrões éticos pela atividade estatal, e a sua conseqüente disseminação, utilizando-se a atividade de prestação jurisdicional como receptora e veículo de divulgação oficial de uma cultura da ética. Assim, ressalta-se a participação do Poder Judiciário no debate jurídico para concretizar os objetivos fundamentais da República. Tal abertura democrática exige dos juizes, no exame dos casos ligados aos direitos fundamentais, a observância de um raciocínio jurídico e de um padrão de linguagem que se pretenda universal, para que a jurisdição espraie os efeitos dela esperados na complexa, desigual e multifacetada sociedade liberal contemporânea.

Para tanto, abandone-se o apego formal a um sistema jurídico reconhecidamente patrimonialista, hermético, tendente à estagnação social e à concentração de privilégios. Lado outro, acrescente-se às decisões judiciais um raciocínio crítico orientado por um télos redutor das desigualdades.

2. DESENVOLVIMENTO

Os instrumentos jurídicos *realizadores e limitadores* do entendimento sugerido, que fornecem aos juízes as razões necessárias a fundamentar o método de trabalho proposto, são o texto da Constituição da República Federativa do Brasil, as normas da ONU listadas no decorrer do estudo, o Código de Conduta Judicial de Bangalore, também publicado pela ONU, e o Código de Ética da Magistratura Nacional.

No preâmbulo da Carta das Nações Unidas está afirmado que os povos das Nações Unidas reafirmam a sua fé *nos direitos fundamentais do homem*, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas. No art. 1, item 3, está escrito também que um dos propósitos das Nações Unidas é conseguir uma cooperação internacional para promover e estimular o respeito *aos direitos humanos e às liberdades fundamentais* para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos prescreve, no seu art. 10º que toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja *equitativa* e publicamente julgada por um *tribunal independente e imparcial*.

Lado outro, no que tange à ordem doméstica, o texto do art. 3º da Constituição estabelece que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – *construir* uma sociedade livre, justa e solidária; II – *garantir* o desenvolvimento nacional; III – *erradicar* a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – *promover* o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Registre-se que os objetivos se iniciam com um verbo transitivo, *de ação*, determinando aos Órgãos do Poder, dentre eles o Judiciário, a agir em prol da igualdade. Os dispositivos transcritos privilegiam a realização do *bem comum*, livrando-se do exacerbado individualismo do início do século XX, quando o direito privado atingiu o seu ápice no Brasil. Assim, reconhece-se a tendência constitucional de se incrementar a ordem pública, ambiente adequado ao pleno desenvolvimento da condição humana.

Aristóteles ensinou que a noção de estado é naturalmente anterior à de família ou à de indivíduo, uma vez que o todo deve necessariamente anteceder as partes. Por outro lado, a justiça é que aproxima os homens do Estado; pois a administração da justiça, que consiste em determinar o que é justo, é o princípio da ordem na sociedade política (*Política*, 1253a, 25-40).

Nada obstante, a evidência empírica incontrovertidamente revela que os direitos e garantias fundamentais constantes da Lei Maior, assim como os previstos nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos subscritos pelo Brasil, não têm se revelado capazes de alterar a excessiva desigualdade social: ainda não surtiram os efeitos que decorreriam da observância voluntária das regras jurídicas. O Brasil tem um longo caminho a percorrer no que tange a assegurar a dignidade do ser humano.

Além disso, os processos judiciais tradicionais, mesmo os coletivos, por imperativo legal somente produzem efeitos restritos aos sujeitos da relação processual. Conseqüentemente, não têm como ser os instrumentos viabilizadores da já constitucionalmente decidida necessidade de transformação nacional, uma vez que regularmente não detém as propriedades imprescindíveis ao reconhecimento de ampla coercitibilidade às normas de direitos fundamentais. Acrescento, ainda, que na grande maioria das vezes o que está no mundo não está nos autos; dessa forma, fora do espectro da atuação rotineira do Poder Judiciário.

Assim, a proposta é que os Órgãos do Poder Judiciário, quando do oferecimento da prestação jurisdicional relacionada a direitos fundamentais, não se prendam a uma limitada análise atomista, mas insiram argumentos críticos sobre a necessidade de consecução dos objetivos fundamentais antes mencionados, consagrando-se uma visão holística na apreciação da lide e contribuindo para a formação de uma cultura ética oficial.

Isto porque as decisões judiciais, assim como os demais documentos oficiais do Estado, condensam e divulgam o conteúdo da cultura jurídica, bem como indutivamente revelam princípios aptos a solução das demandas.

Ressalte-se que as liberdades civis clássicas não se encontram mais tão ameaçadas no Brasil; porém, a precarização dos direitos econô-

micos e sociais passa a ser um motivo de procura do judiciário, o que significa que a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas tem a ver, também, com um nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação¹. Boaventura de Sousa Santos também afirma que o Judiciário tem sempre um papel político. Mesmo, quando não quer assumir esse papel, sobretudo quando não quer assumir. É um papel altamente político desmoralizar o acesso ao direito. Ficar distante das populações². Ou seja, o Juiz que se abstém de enfrentar o debate e de contribuir ao discurso racional oficial, sob o argumento de que não ocupa cargo eletivo nem tem legitimidade democrática, em verdade, está assumindo a conservadora função de manutenção do modelo de dominação predominante em determinado momento histórico. Ora, se existe concentração de renda, de Poder ou de informação, não pode o Magistrado ficar insensível à agudeza da desigualdade. Os objetivos fundamentais da República têm de ser atingidos, pois não há opção válida diferente da constitucional.

Ainda, a omissão estatal no plano socioeconômico autoriza a responsabilização dos (ag)entes políticos, por omissão inconstitucional, porquanto eles têm o dever jurídico constitucional de agir. Assim, quando supre a omissão, o Juiz apenas atua supletivamente, agindo provisória e secundariamente onde não se agiu³. A ineficiência do Poder Judiciário, ao deixar de enfrentar a matéria e de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, é que poderia, ao menos em tese, contribuir para uma crise de legitimidade⁴. O eminente Ministro Celso de Mello, no voto proferido no RE 466.343, esclareceu:

(...) o Juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes. Assiste, desse modo, ao Magistrado, o de-

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para Uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2. Edição, 2008, p. 16/17.

² Idem, p. 100.

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 334.

⁴ *Id*, p. 349.

ver de atuar como instrumento da Constituição – e garante de sua supremacia – na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular. É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

A seriedade da restauração, pela Justiça, dos direitos fundamentais violados, está devidamente dimensionada nos Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial, constituído sob os auspícios da Organização das Nações Unidas. Conforme o anteprojeto⁵ sua elaboração teve por objetivo “debater o problema criado pela evidência de que, em vários países, em todos os continentes, muitas pessoas estavam perdendo a confiança em seus sistemas judiciais, por serem tidos como corruptos ou parciais em algumas circunstâncias”.

Afirmou-se, ainda, que se aos jurisdicionados lhes falta a confiança em sua Justiça, restará ferido o próprio Estado democrático de Direito, cujo fundamento é a aplicação, a todos os atos e atores sociais, de leis e regras preestabelecidas. Destaque-se o princípio que estabelece que competência e diligência são pré-requisitos da devida execução do ofício judicante⁶, bem como que o juiz deve manter-se informado sobre acontecimentos relevantes na lei internacional, incluindo convenções internacionais e outros instrumentos estabelecendo normas sobre direitos humanos⁷.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça exorta todos os juízes brasileiros à fiel observância do Código de Ética da Magistratura Na-

⁵ Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial/Escritório Contra Drogas e Crime; tradução de Marlon da Silva Maia, Ariane Emílio Kloth – Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

⁶ Princípio 6.

⁷ Princípio 6.4.

cional⁸. Nos seus considerandos foi afirmado que a adoção de Código de Ética da Magistratura é instrumento essencial para os juízes incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral, bem como que referido Código traduz compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça e, assim, mecanismo para fortalecer a legitimidade do Poder Judiciário. Registre-se, ainda, a afirmação de que é fundamental para a magistratura brasileira cultivar princípios éticos, pois lhe cabe também função educativa e exemplar de cidadania em face dos demais grupos sociais. O art. 32 do Código estabelece que o conhecimento e a capacitação dos magistrados adquirem uma intensidade especial no que se relacionam com as matérias, as técnicas e as atitudes que levem à máxima proteção dos direitos humanos e ao desenvolvimento dos valores constitucionais.

3. CONCLUSÃO

No Brasil, há uma distância abissal entre a letra das normas constitucionais de direitos fundamentais e a realidade. O eminente ministro BRITO, citando LOURIVAL VILANOVA, explica que o Poder Judiciário cumpre uma função política, porém com necessária fundamentação técnica ou jurídica, ao interpretar e aplicar a Constituição, inclusive na perspectiva da demarcação dos espaços de legítima atuação dos Poderes⁹. Assim, é imprescindível um discurso judiciário de concretização dos direitos fundamentais, porque se trata de importante dever do corpo técnico criado pela Constituição para zelar pela observância do ordenamento jurídico.

Em se tratando da dignidade *das pessoas humanas*, a neutralidade do juiz é uma impossibilidade jurídico-antropológica e não equivale à imparcialidade. Ora, diante da quadra que se apresenta, impor a inação ao magistrado no debate político-cívico significa, em verdade, manter odiosos privilégios e condenar os menos favorecidos a não desfrutar dos direitos fundamentais, consagrando a omissão inconstitucional.

⁸ Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337; publicado no DJ, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008.

⁹ STF, MS 26.603-1 DF, 04/10/2007.

Por causa da generosidade da nossa Constituição, atente-se que o Poder Judiciário não deveria se furtar a apreciar os casos ligados às omissões inconstitucionais na concretização de direitos fundamentais. Para se guiar durante o processo decisório, basta ao Juiz mirar a luz das disposições da Lei Maior que afirmam, literalmente, quais são os fundamentos, os objetivos e as prioridades da República Federativa do Brasil.

Isto porque a força do poder de julgar reside na autoridade de sua prestação jurisdicional, que deve, sim, ser ativa e altiva, corajosa, independente e serena. Nesse sentido, quando chamado a decidir sobre direitos fundamentais, e percebendo a necessidade de entregar um raciocínio de convencimento, o juiz não pode fugir à responsabilidade de *construir, garantir, erradicar e promover*. Não é preciso grande investimento de raciocínio para concluir que todos esses verbos ao mesmo tempo, mais de um ou pelo menos um sempre se podem encontrar no ato judicial consciente. Se o juiz se esquivar de os aplicar, quando as circunstâncias os impõem, o que estará fazendo, sob o pretexto de não incorrer em ativismo, é fugir aos seus deveres de garante da justiça e agente de promoção do bem-comum (João Baptista Villela).

Assim, o debate judiciário contribuirá para a assimilação cultural e antropológica de uma decisão política fundamental já adotada constitucionalmente, mas não aplicada concretamente em toda a sua inteireza lógica. Quando a criação do novo está em jogo, resignar-se ao provável e ao exequível é condenar-se ao passado e à repetição. No universo das relações humanas, o futuro responde à força e à ousadia do nosso querer¹⁰. Dessa maneira, para exponencializar o efeito transformador dos direitos fundamentais, sugere-se à função jurisdicional assimilar o *discurso ético-constitucional*. Tal atitude deflagra o dever de modificação da realidade e reconhece à linguagem ética a condição de requisito indispensável à validade da política pública judiciária de concretização do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

¹⁰ GIANETTI, Eduardo. *O Valor do Amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 277.