



Fernando Rabello

ÉTICA, IGUALDADE E PROMOÇÃO POR MERECEMENTO*

ETHICS, EQUALITY AND MERIT PROMOTION

Nagibe de Melo Jorge Neto

RESUMO

Analisa a promoção por merecimento sob o ponto de vista da ética, a partir da moral kantiana e da teoria da justiça, de John Rawls. Discorre sobre a regulamentação constitucional da promoção por merecimento apontando suas vantagens e desvantagens e trata da relação entre a ética e o direito legado pelo positivismo e que começa a ser revista com o pós-positivismo. Apresenta críticas e propostas para esse processo tal qual é hoje efetuado nos tribunais do país.

PALAVRAS-CHAVE

Filosofia do Direito; Direito Constitucional; promoção por merecimento; ética; igualdade; moral; Kant; John Rawls.

ABSTRACT

The author looks into the institute of merit promotion from the angles of ethics, Kant's moral and John Rawls's theory of justice. He discusses the constitutional ruling of merit promotion, pointing its advantages and disadvantages, and evaluates the connection between ethics and law devised by positivism, one which has currently been reviewed by post positivism. He criticizes the way such process is carried out in courts today, suggesting adjustments thereto.

KEYWORDS

Law Philosophy; Constitutional Law; merit promotion; ethics; equality; moral; Kant; John Rawls.

* Trabalho apresentado no curso *Política Judiciária e Administração da Justiça*, promovido pela Escola da Magistratura Federal da 5.^a Região em junho de 2008, no âmbito do Plano Nacional de Aperfeiçoamento da Magistratura.

1 INTRODUÇÃO

A ética é parte da filosofia que se ocupa da ação, mais precisamente da ação correta e dos critérios que a devem nortear. Kant a define como a parte da filosofia que se ocupa das leis da liberdade¹. Nesse sentido, a ética vai para além do direito e o condiciona. Assim, o direito é determinado pelos valores éticos e não o contrário. O resultado disso é que, frequentemente, o jurídico não se conforma ao ético.

O presente artigo pretende analisar, além das normas jurídicas, os mandamentos éticos que devem reger a promoção por merecimento. Esses mandamentos muitas vezes decorrem das normas jurídicas; outras vezes, são dissimulados por elas. É que a modernidade caracteriza-se pela substituição do discurso ético pelo discurso jurídico. O mundo moderno dispensa a análise ética ou moral das condutas, substituindo-a pela análise ditada pelas normas jurídicas. Não raro, contudo, as normas jurídicas ficam aquém do mínimo ético.

A análise será feita a partir do pensamento moral de Immanuel Kant e John Rawls. Primeiro, discorreremos brevemente sobre a regulamentação constitucional da promoção por merecimento, apontando suas vantagens e desvantagens; em seguida analisaremos a relação entre a ética e o direito, que nos foi legada pelo positivismo e que começa a ser revista com o pós-positivismo.

O exame dos preceitos éticos que devem nortear a promoção por merecimento será feito a partir do pensamento de Kant, seguindo-o basicamente no que foi exposto na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, e das ideias de John Rawls, seguindo-o em *Uma teoria da justiça* e sua concepção de justiça como equidade.

Por derradeiro, intentaremos conjugar esse pensamento ético com a análise jurídica do princípio constitucional da igualdade para, por fim, apresentar as críticas e algumas propostas ao processo de promoção por merecimento, tal como hoje é efetuado nos tribunais do país.

2 A PROMOÇÃO POR MERECIMENTO: VANTAGENS E DESVANTAGENS

A Emenda Constitucional n. 45/2004 estabeleceu novos parâmetros para a promoção por merecimento. Fixou que o merecimento será aferido conforme critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento (Constituição da República, art. 93, inc. II, c).

Havia a percepção generalizada de que a promoção por merecimento não se fazia segundo os melhores critérios institucionais, por isso a modificação do texto constitucional.

O Conselho Nacional da Justiça e os tribunais regionais federais, contudo, ainda não conseguiram, como já tentamos demonstrar em outro lugar², objetivar razoavelmente os critérios de escolha. Mesmo porque a completa e total objetivação dos critérios é impossível, seja pelas diferentes atribuições dos juizes, seja pelas suas diferentes qualidades – alguns juizes são mais produtivos, enquanto outros são mais profundos em seus pronunciamentos; alguns têm grande capacidade gerencial, outros têm enorme habilidade para conciliação; uns têm facilidade em promover o atendimento a partes e advogados, a outros essa atividade prejudica o despacho dos processos – que ora estão presentes em um, ora em outro magistrado. Parece intuitivo que não se pode exigir tais qualidades presentes em todos, em igual proporção.

Embora os critérios objetivos traçados pelos diversos tribunais para a promoção por merecimento sirvam para fundamentar as escolhas, eles não têm conseguido limitar a discricionariedade.

Objetivar significa reduzir a discricionariedade ao mínimo. Embora os critérios objetivos traçados pelos diversos tribunais para a promoção por merecimento sirvam para fundamentar as esco-

lhas, eles não têm conseguido limitar a discricionariedade. Até porque esses critérios são bastante vagos e, como já dito, é difícil uma objetivação completa. Nesse contexto, qual a conduta ética adequada na promoção por merecimento?

Podemos apontar pelo menos uma vantagem da promoção por merecimento em face da promoção por antiguidade: permite que os desembargadores escolham livremente os mais destacados e preparados juizes para ocupar os cargos. A promoção por antiguidade, ao contrário, algumas vezes pode conduzir à acomodação dos magistrados, que, de um modo ou de outro, pelo simples decurso do tempo, acessarão os cargos reservados ao preenchimento por antiguidade.

O problema é que essa escolha pode estar fundada em sentimentos pessoais de afiliação ou apoio ou, ainda, em uma mera proximidade profissional. Pretendemos demonstrar que, quando isso ocorre, padrões éticos de conduta estão arranhados. Como esses arranhões podem ser evitados?

3 A AUTONOMIZAÇÃO DO DIREITO EM FACE DA ÉTICA E O NECESSÁRIO RETORNO

O formalismo jurídico afastou o direito das considerações éticas. A partir de Kelsen, o Direito, cada vez mais, transforma-se em um sistema autopoietico, autorreferenciado, o discurso jurídico se autonomiza³. Isso quer dizer que o Direito não procura mais por razões éticas extrajurídicas, mas se resume à lei, às normas positivadas. As razões jurídicas

devem ser buscadas no que está escrito e não para além disso.

Se, por um lado, essa autonomia do Direito deu enorme liberdade e segurança à ciência jurídica, por outro, empobre-

ceu o raciocínio jurídico, ao excluir dele as razões puramente axiológicas e tornou-o ineficaz para a solução dos chamados *hard cases*. O pós-positivismo nos faz percorrer o caminho inverso. Os princípios constitucionais positivados são a porta de entrada dos valores no ordenamento jurídico. Isso significa que o debate acerca da ética do Direito volta à pauta de discussões. Assim, os princípios constitucionais e todo o ordenamento jurídico devem ser interpretados a partir de um critério de justiça, isso significa dizer a partir de uma pauta ética, já que a ética pergunta pela ação justa.

O dever é o elemento que assegura que nossas ações sejam praticadas sem qualquer segunda intenção, sem qualquer objetivo egoístico, além da estima à boa vontade de si mesma.

A questão que nos interessa saber é se a promoção por merecimento segue esse mínimo ético; em caso negativo, quais os critérios que deveriam necessariamente ser observados para que a pauta ética fosse minimamente respeitada. Afinal, na promoção por merecimento, é natural que os desembargadores votem nos juízes que conhecem mais de perto ou naqueles com quem têm maior afinidade profissional. Ao longo da carreira, os juízes deveriam, segundo esse raciocínio, manter boas relações com os desembargadores, adquirir a habilidade de demonstrar seu trabalho à instância superior e desenvolver métodos de aproximação com a corte. Mas devemos perguntar se isso é eticamente exigível.

4. KANT E O IMPERATIVO CATEGÓRICO

Na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Kant pretende fixar o princípio supremo da moralidade⁴. Por princípio supremo entende aquele que é determinado *a priori*, isto é, o que não está condicionado por qualquer motivação externa ao ser humano, mas que seja possível acessar no próprio intelecto humano.

Para atingir seu intento, Kant parte da ideia de boa vontade. Segundo ele, *[n]em neste mundo nem fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação, a não ser uma só coisa: uma boa vontade* (KANT, 2005, p. 21). Com isso quer dizer que todas as virtudes, tais quais a coragem, a prudência e mesmo a justiça⁵, podem ser desvirtuadas, sendo a boa vontade a única coisa que não se submete a essa limitação.

Mas como definir a boa vontade? Para Kant, *o conceito de uma vontade digna de ser estimada em si mesma e sem qualquer intenção ulterior* (KANT, 2005, p. 24) depende do conceito de dever. O dever é o elemento que assegura que nossas ações sejam praticadas sem qualquer segunda intenção, sem qualquer objetivo egoístico, além da estima à boa vontade de si mesma.

Segundo Kant (2005, p. 28), *o dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei*. Isso nos remete ao problema de saber qual lei devemos seguir, problema que Kant soluciona com magistral formulação: *Como tenho subtraído a vontade de todos os estímulos que pudessem afastá-la do cumprimento de uma lei, nada mais resta a não ser a legalidade universal das ações em geral, essa que deve ser o único princípio da vontade, isto é: devo agir sempre de modo que possa que-*

rer também que minha máxima se converta em lei universal. (KANT, 2005, p. 29)

Acrescenta, em seguida: *Podes querer que a tua máxima se converta em lei universal? Se não podes, debes então rejeitá-la, e não por causa de qualquer prejuízo que dela pudesse resultar para ti ou para os outros, mas porque ela não pode caber como princípio em uma possível legislação universal.* (KANT, 2005, p. 31)

5. JOHN RAWLS E A JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Enquanto Kant busca fixar o princípio supremo da moralidade universal, de um ponto de vista marcadamente subjetivo, John Rawls, em *Uma teoria da justiça*, procura desenvolver uma ideia de moralidade coletiva, para ele *o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Por instituições mais importantes quero dizer a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais.* (RAWLS, 2002, p. 7)

As concepções de Kant e Rawls são, pois, complementares: de um lado, um discurso sobre a ação individual, de outro, um discurso sobre a organização social que vai findar na organização dos próprios órgãos e funções estatais, dentre eles o Poder Judiciário e seus membros. O critério de justiça em Rawls deve determinar a distribuição mesma do poder no seio do Estado e, no que nos importa mais de perto, a promoção por merecimento⁶.

Rawls (2002, p. 12) fundamenta-se nas teorias contratualistas do século XVIII para afirmar que *a idéia norteadora [de sua teoria da justiça] é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original*. É essa característica fundamental que irá possibilitar o desenvolvimento da ideia de justiça como equidade. A justiça como equidade consiste em que, na divisão dos direitos, deveres e vantagens sociais ou, por outra, na divisão do poder social mesmo, cada membro do corpo social decida como se partisse de uma situação original de igualdade sem conhecer a posição de sua classe social ou o *status* que ocupa. Deixemos que o próprio Rawls explique: *Na justiça como equidade, a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção da justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece o seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes.* (RAWLS, 2002, p. 13)

6 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SEU CONTEÚDO ÉTICO

Aplicando as concepções morais que vimos de expor à promoção por merecimento, podemos afirmar, do ponto de vista da moral individual tal qual concebida por Kant, que é um dever moral dos juízes que concorrem à promoção e dos desembargadores que escolhem a lista tríplice agir de modo que seu atuar possa se tornar uma máxima universal de conduta.

Significa dizer que, caso universalizado o *modus operandi* dos agentes envolvidos na promoção por merecimento, essa universalização resultaria em inegável proveito social.

Do ponto de vista da moral coletiva, ou seja, da justiça do processo de promoção por merecimento, podemos afirmar, com Rawls, que as regras e procedimentos seguidos pelos agentes envolvidos devem ser tais que seriam aceitos por todos, sejam quais forem suas posições ou *status* na organização do tribunal respectivo. Em outras palavras, essas regras devem ser tais que seja possível sua aprovação por todos em um estágio originário hipotético em que ninguém saberia qual posição iria ocupar no tribunal.

Assim, tais regras devem ser aceitas por quem tem maior acesso e por quem tem menor acesso aos desembargadores votantes, pois, no estágio inicial hipotético proposto por Rawls, ninguém saberia quem teria maior acesso e quem teria menor acesso, e, nem mesmo, quem seria desembargador ou juiz por ocasião da escolha. De igual modo, devem ser aceitas por quem tem maior e menor apoio das instâncias políticas, e ainda, por todos, independentemente do Estado de origem dos juízes e desembargadores votantes e do nível de pessoalidade das relações entre juízes e desembargadores.

Ao contrário do que se pode imaginar, esses conteúdos éticos não estão totalmente apartados dos conteúdos jurídicos próprios do sistema normativo. A característica dos princípios constitucionais, no pós-positivismo, é sua abertura para a dimensão axiológica. Abrir-se para a dimensão axiológica é abrir-se para o conteúdo ético. A ética, antes excluída, reingressa no sistema jurídico mediante a interpretação e concretização dos princípios constitucionais.

Um princípio constitucional, em especial, guarda insuspeita afinidade com as máximas éticas. Trata-se do princípio da igualdade, sobretudo no que atine à igualdade material. A igualdade de todos perante a lei traduz-se em um princípio de universalização necessária a toda norma jurídica, nos termos do imperativo categórico kantiano. Já a igualdade material, o dever de tratar os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade é a medida maior de justiça, compatível com a justiça como equidade

proposta por Rawls⁷.

Assim, é possível afirmar que os imperativos éticos têm força normativa que é a eles atribuída pelo princípio da igualdade. A partir daqui, podemos proceder à análise da promoção por merecimento sob critérios e pressupostos que são, a um só tempo, éticos e também jurídicos e devem, por isso, condicionar a ação dos juízes e desembargadores.

7 A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA CAMPANHA À PROMOÇÃO POR MERECEMENTO DE ACORDO COM UM MÍNIMO ÉTICO: UMA PROPOSTA FUNDADA NA ISONOMIA.

O princípio constitucional da igualdade é basilar em nosso ordenamento jurídico e deve condicionar a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas, assim também no que se refere à promoção por merecimento. Devemos estar atentos aos dois aspectos do princípio da igualdade. Do ponto de vista formal, todos são iguais perante a lei; do ponto de vista material, os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida de sua desigualdade. Assim, aqueles que possuem mais méritos devem ser promovidos em detrimento daqueles que os possuem em menor medida.

A característica dos princípios constitucionais, no pós-positivismo, é sua abertura para a dimensão axiológica. Abrir-se para a dimensão axiológica é abrir-se para o conteúdo ético.

A questão se complica quando tentamos aferir o merecimento. Como já dissemos, é praticamente impossível objetivar a escolha e as razões que não dizem com o mérito, mas com motivos pessoais não racionalizáveis – tais quais nível de proximidade com os desembargadores, afinidade pessoal, habilidade para divulgar o trabalho ao tribunal – acabam influenciando na promoção por merecimento. Até mesmo a origem do candidato pode ser determinante. Como a jurisdição dos tribunais regionais federais abrange diversos estados, é natural que pernambucanos se sintam mais inclinados a votar em um outro pernambucano que em um paraibano ou em um nortio-grandense, por exemplo.

Por outro lado, há as articulações e apoios propriamente políticos. Muitas vezes, na promoção por merecimento,

os excedores de mandatos políticos – deputados, senadores, governadores, prefeitos – atuam em benefício deste ou daquele candidato. Esse tópico é bastante digno de atenção porque pode, inclusive, prejudicar a independência do Poder Judiciário. Como neutralizar essas preferências ou ingerências fundadas em razões exclusivamente pessoais de modo a restabelecer um procedimento ético?

É certo que todos os juízes que cumprem os requisitos legais podem concorrer à promoção por merecimento. Para os mais desavisados, nisso estaria satisfeito o princípio da igualdade. Todavia, o procedimento da promoção por merecimento não assegura uma igualdade de acesso aos desembargadores, tampouco uma publicidade quanto aos apoios políticos recebidos. O procedimento ético, fundado na universalização da máxima de conduta, no sentido do imperativo categórico de Kant, e na justiça como equidade, no sentido de John Rawls, exige transparência e igualdade de acesso aos votantes. Transparência no processo não só para com os candidatos, mas para com toda a sociedade.

Assim, algumas medidas capazes de minorar os desvios éticos que possam ocorrer na promoção por merecimento

seriam: (a) a abertura de um prazo, logo após o término das inscrições à promoção, para a realização das campanhas por parte dos candidatos. Nesse período os candidatos teriam iguais oportunidades de acesso aos desembargadores para apresentação de seus currículos e, também, à comunidade jurídica; (b) estabelecimento do dever de publicidade, seja pelos candidatos, seja pelos desembargadores, do apoio político apresentado pelos candidatos, com cartas de recomendação, que deveriam ser amplamente publicadas⁸; (c) ampla publicidade das razões invocadas por cada um dos desembargadores em sua escolha, mediante a publicação da íntegra da ata da seção de votação na imprensa oficial.

Todo o procedimento da promoção por merecimento ainda é tratado como algo reservado. Como as medidas acima

indicadas não são institucionalizadas, toda a campanha para a promoção por merecimento é feita nos bastidores dos tribunais. Alguns juízes têm acesso aos desembargadores, outros não; além disso, não se sabe ao certo quem tem acesso e quem não tem. Muitas vezes, entre os próprios juízes concorrentes, somente se sabe da candidatura deste ou daquele na última hora, e a divulgação ou encobrimento da situação de estar ou não concorrendo é vista como estratégia de campanha.

Outro ponto a destacar é que, embora a Emenda Constitucional n. 45/04 tenha estabelecido a publicidade e o dever de fundamentação dos votos na promoção por merecimento, muitas vezes essa fundamentação não passa de racionalização, fundada nos currículos apresentados pelos candidatos, de motivos que se mantêm escondidos da sociedade. Tal atitude nem resiste ao teste da universalidade, nos moldes do imperativo categórico kantiano, nem ao teste da equidade, nos parâmetros da justiça como equidade de John Rawls.

8. CONCLUSÕES

A promoção por merecimento é um instrumento que precisa ser aperfeiçoado, mais a sua prática que as normas que regem o procedimento. Deve-se abrir a promoção por merecimento aos imperativos morais, completamente juridicizados no princípio da igualdade, fundamentalmente mediante a adoção de práticas que permitam aos juízes concorrerem à promoção por merecimento em igualdade de condições e tenham seus currículos apreciados por razões eminentemente institucionais. Para isso propomos:

a) a abertura de prazo para que todos os candidatos à promoção por merecimento se ponham em campanha junto aos desembargadores votantes;

b) a ampla publicação dos currículos dos candidatos, que devem ser divulgados não só aos desembargadores votantes, mas à toda sociedade;

c) a ampla divulgação e formalização, por meio de uma carta de recomendação, por exemplo, dos apoios recebidos das instâncias políticas;

d) a ampla publicação, como já determina o mandamento constitucional, dos fundamentos dos votos dos desembargadores na promoção por merecimento.

NOTAS

- 1 Kant (2005, p. 13): *Todo o conhecimento racional ou é material, e considera qualquer objeto, ou formal, ocupando-se unicamente da forma do entendimento e da razão em si mesma, e das regras universais do pensar em geral, sem distinção de objetos. A filosofia formal denomina-se lógica; a filosofia material, porém, que se ocupa de determinados objetos e das leis a que eles, por sua vez, se submetem se divide em duas, pois que essas leis ou são leis da natureza ou leis da liberdade. A ciência das primeiras denomina-se física; a das segundas, ética; aquela costuma ser também chamada teoria da natureza; essa, teoria dos costumes.*
- 2 *A promoção por merecimento no Poder Judiciário Federal*: um instrumento de gestão participativa. Trabalho apresentado à Fundação Getúlio Vargas como requisito para a aprovação e o aproveitamento no MBA em Poder Judiciário. Março/2008. 70 p.
- 3 *No positivismo jurídico, opera-se da mesma forma uma redução ou simplificação da vida social, não já sob a forma de estruturas superpostas, mas de compartimentos estanques: o direito, como sistema normativo, existe independentemente da moral, da realidade econômica ou das formas de organização política. A visão de mundo dos profissionais do direito, em consequência, deve-se restringir ao ordenamento normativo, entendido*

como sistema bastante a si mesmo. (COMPARATO, 2006. p. 350).

- 4 *A presente fundamentação nada mais é, porém, do que a busca e fixação do princípio supremo da moralidade, o que constitui matéria à parte, tarefa completa em seu propósito, devendo separar-se de qualquer investigação moral.* (KANT, 2005, p. 18). Com investigação moral, Kant quer se referir à investigação moral de base empírica.
- 5 *Ser injusto por amor é ser injusto – e o amor não é mais que favoritismo ou parcialidade. Ser injusto para sua própria felicidade ou para a felicidade da humanidade é ser injusto – e a felicidade nada mais é que egoísmo ou conforto. A justiça é aquilo sem o que os valores deixariam de ser valores (não seriam mais que interesses ou móbeis), ou não valeriam nada.* (COMTE-SPONVILLE, 1995. p. 71).
- 6 A Justiça é uma virtude marcadamente social, para Comte-Sponville (1995, p. 84): *[a] justiça só existe na medida em que os homens a querem, de comum acordo, e a fazem. Portanto, não há justiça no estado natural, nem justiça natural. Toda justiça é humana, toda justiça é histórica; não há justiça (no sentido jurídico do termo) sem leis, nem (no sentido moral) sem cultura – não há justiça sem sociedade.* *Ob. cit.* p. 84.
- 7 Neste ponto, é elucidativa a seguinte passagem de Rawls (2002, p. 16): *Sus-tentarei [...] que as pessoas na situação inicial escolheriam dois princípios bastante diferentes: o primeiro exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirma que desigualdades econômicas e sociais, por exemplo desigualdades de riqueza e autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade.*
- 8 É prática corrente no Ministério da Justiça a produção de um documento interno chamado *Carta de Apoioamento*, apresentado ao Presidente da República, na oportunidade da escolha do candidato a partir das listas triplas produzidas pelos tribunais. A *Carta de Apoioamento* relata para o Presidente da República os apoios políticos recebidos por cada um dos juízes que compõem a lista tripla. Nada mais natural e devido que esses apoios sejam mostrados à sociedade.

REFERÊNCIAS

- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Trad.: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad.: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad.: Almiro Pissetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Artigo recebido em 8/1/2009.

Nagibe de Melo Jorge Neto é juiz federal substituto do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região.