

ÉTICA E DEMOCRACIA NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA*

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

Professor Titular de Direito Processual Constitucional (UFC) e de Filosofia (UECE)

A palavra *ethos* em grego antigo, origem do que denominamos “ética”, quando escrita com ípsilon, corresponderia ao latim *mores*, donde se origina a palavra “moral”, significando um conjunto de normas concernentes à conduta política e socialmente regrada por normas costumeiras. Já quando escrita com êta remetia ao caráter, à natureza espontânea das pessoas, significando, literalmente, sua morada ou lar, onde nos sentimos à vontade, por corresponder ao que nos é próprio. O termo “moral”, proveniente da tradução de CÍCERO para o latim (de *mores*), costuma ser utilizado indistintamente como sinônimo do termo de origem grega “ética”, sendo comumente considerado que ambos possuem o mesmo significado, enquanto alguns autores os diferenciam, atribuindo um sentido mais amplo e coletivo ao segundo, e mais restrito e individual ao primeiro. De certa maneira, resolve-se a divergência com a distinção clássica, devida a HEGEL, entre *Moralität*, subjetiva, e *Sittlichkeit*, objetiva. Também pode-se diferenciar “ética” e “moral” considerando esta última objeto de estudo da primeira, que seria um saber, saber sobre o que é devido, cabendo à moral determinar o que é devido, tornando-se, assim, objeto de estudo da ética. Como essa “ciência do dever” assume um caráter igualmente normativo, a filosofia analítica contemporânea vai referir-se a uma “metaética”, formada por proposições meramente descritivas, que toma a ética ou “as éticas” como objeto de um estudo em que o conhecimento efetivamente possa se dar, desvinculado de compromisso com o aspecto prescritivo, apesar de estar lidando com a esfera do dever ser.

A ética, considerada desde a perspectiva clássica – e que ainda hoje aponta para uma de suas dimensões fundamentais - seria a disciplina que

* Texto de apoio a palestra proferida no XXII Curso de Iniciação Profissional de Magistrados, na EMERJ, em 10/04/2001

nos conduz à felicidade, ao indicar o Bem supremo, e em razão da grande divergência entre filósofos e pessoas em geral sobre o que seria esse Bem supremo, o pensamento moderno, especialmente com KANT, vai se caracterizar pela adoção de uma *ética formal*, independente dos bens que desejam as pessoas e do modo como os distribuem no direito, na política, na economia etc. Já na perspectiva clássica, greco-romana e, mesmo, naquela teológica medieval, a ética é sempre uma *ética material*, associada a outros aspectos da vida, em sua dimensão social, especialmente àqueles de natureza política, donde a indissociabilidade entre o comportamento recomendado a cada um individualmente e o que de cada um se espera enquanto membro da comunidade política: o comportamento ético seria igualmente justo e, como hoje se diz, “politicamente correto”, ou, em linguagem popular, por conhecer cada um o seu lugar.

Na modernidade, com Kant, os princípios orientadores da ação derivam de um imperativo categórico pelo qual optamos de “livre e espontânea vontade”, e por isso requer obediência universal, para assim instituir a autonomia da vontade e uma comunidade de homens livres. O caráter abstrato dessa concepção termina revelando-a inadequada para motivar ações e decisões concretas, em face da diversidade e singularidade de situações com as quais nos defrontamos atualmente. É assim que hoje nos defrontamos com uma ética dita “pós-convencional”, que recupera elementos da antiga ética material, fazendo convergir, por exemplo, a ética e a política em uma teoria da justiça, como em Rawls, onde se propugna mais um procedimento para se atingir soluções eticamente justificáveis para os problemas, do que princípios com base nos quais se possa deduzir tais soluções, ou ainda regras pré-estabelecidas em que já se oferecem tais respostas. Essa é a idéia que anima, igualmente, a chamada “ética do discurso”, associada a nomes como Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas.

Dessa perspectiva interessa-nos destacar que propicia uma articulação entre os dois assuntos maiores da presente exposição, a saber, Ética e Democracia, permitindo, ainda, a inclusão do Direito nessa articulação, pois seria principalmente através dele que ela se daria. Para isso, contudo, é preciso que defendamos uma concepção do Direito, tanto ontológica – sobre o que ele é enquanto forma de ordenação da vida social – como epistemológica – sobre como estudá-lo e praticá-lo – que permita uma tal inserção dele entre a Ética e a Democracia ou, em outros termos, mais técnico-filosóficos, entre a axiologia e a filosofia política, dedicadas, respectivamente às

questões, intrinsecamente associadas, relativas aos valores e ao poder, passíveis de serem traduzidas naquela concepção da legitimidade do Direito e de seu exercício.

No início, abordamos os sentidos que se podem atribuir à ética. Agora nos voltamos um pouco para a democracia. A democracia, como a liberdade, Deus, a arte, a ciência, o progresso, é uma palavra tão familiar a todos nós, que raramente nos damos ao trabalho de perguntar o que queremos dizer com ela. Como dizem os que se dedicam à semiótica, é um termo que não tem “referente”, vazio, preenchível por vários conteúdos; é comum não pensarmos em nada palpável quando pronunciamos a palavra, sendo o seu significado variável de pessoa a pessoa.

Acontece que “Democracia” é um dos lugares-comuns mais importantes da retórica política atual. Poucos são os regimes que têm a audácia de se proclamarem antidemocráticos. Na verdade, o mundo encontra-se dividido em democracias populares, parlamentares, liberais, sociais, cristãs etc. “Mas a democracia, que não é mais que um nome também debaixo dos abusos que a infamaram, nem por isso deixou de ser a potente força condutora dos destinos da sociedade contemporânea, não importa a significação que se lhe empreste”.¹

Eminentemente politicólogos² concordam em que o conceito mais simples e igualmente mais significativo de democracia é aquele que elaborou HERÓDOTO DE HALICARNASSO e que LINCOLN ampliou ao pronunciar o célebre discurso em Gettysburg: governo do povo, para o povo, pelo povo. Assim considerado, o termo democracia diz respeito, primeiramente, a uma forma de governo por muitos, em oposição a governo por um - governantes cuja autoridade procede do povo, atuando para o bem do povo; governo pelo povo, em oposição a governo por um tirano, ditador ou rei absoluto. É essa a acepção mais geral da palavra, aquela que os homens comumente lhe têm dado, e, conforme assinalou BURDEAU, embora “*l'idée d'un gouvernement du peuple par le peuple ne peut suffire aujourd'hui à définir la démocratie, du moins doit-elle être incluse dans toute formule gouvernemental qui se veut démocratique*”.³

¹ PAULO BONAVIDES, *Ciência Política*. 4a ed. Rio de Janeiro. 1978, p. 321

² Cf GEORGES BURDEAU, *A Democracia*. 2a ed. Lisboa. 1969, p. 15. CARL BECKER, *O Dilema da Democracia*. Rio de Janeiro. 1964, p. 18. PAULO BONAVIDES, *ob. cit.*, p. 320 e 322. IGNÁCIO DA SILVA TELES, *A Experiência da Democracia Liberal*. São Paulo. 1977, p. 74/79

³ G BURDEAU, “L'Avancement du Peuple Réel”. in *Economie et Humanisme*. n.º 104. Paris. 1957, p. 212

Assim, a democracia é um sistema de governo, uma forma de organização do poder, que inclui a liberdade. Para KELSEN, a democracia é, sobretudo, um caminho: o da progressão para a liberdade.⁴

A liberdade é, sem dúvida, componente da natureza humana, mas não da forma como a concebia a filosofia clássica, e que a filosofia contemporânea contestou,⁵ e sim como a entendeu DILTHEY, sob a influência nítida de HEGEL: “é necessário” disse ele, “compreender o homem como uma realidade histórica”. Mas uma realidade histórica, isto é, mutável, que possui uma *essência* imutável e uma *forma* estruturada pelas mutações. Assim, DILTHEY chega a formular um conceito de natureza humana de todo diferente daquele do direito natural racionalista, onde aquela é entendida como realidade *potencial*, que a história vai atualizando e que, enquanto realidade potencial, existiu desde sempre no homem.⁶

Daí dizer-se que a democracia é, conforme a natureza humana, algo a ser conquistado, pois tornou-se o instrumento de criação de um mundo em que se quer a libertação do homem.

Finalmente, vale refletir sobre a frase de LITTRÈ, para quem a democracia é “o governo onde o povo exerce a soberania”,⁷ soberania popular, pois. Este pensamento fundamenta o processo democrático na igualdade política dos cidadãos e no sufrágio universal - verdadeira espinha dorsal do sistema democrático, nas palavras do abalizado professor PAULO BONAVIDES.⁸ Significa que a “vontade do Estado” está formada a partir da composição das vontades individuais dos cidadãos.

Segundo JUAN RAMÓN CAPELLA, a soberania popular tornou-se um mito à serviço da justificação do Estado burguês, propiciando a eliminação da participação política real, substituída por uma participação fictícia. Pois se de um lado, a partir da destruição do sistema social feudal, através de alianças interclassistas, deixam de existir súditos (os carentes de direitos políticos), em contrapartida, só uma parte da população adquire efetiva-

⁴ HANS KELSEN, *Vom Wesen der Demokratie*. apud PAULO BONAVIDES, ob. cit., p. 322

⁵ Cf. J.-P. SARTRE, “O Existencialismo é um Humanismo”, col. *Os Pensadores*, n.º 16, 2a ed., S. Paulo, 1978

⁶ Cf. FRANCISCO JAVIER CONDE, “Teoria y Sistema de las Formas Políticas”, *Rev. do Ocidente*, Madri, 1959, pp. 29, 34 e 35

⁷ Cf. JEAN-PIERRE LASSALE, “Introdução à Política”, 2a ed., col. *Universidade Moderna*, n.º 1, Lisboa, 1971, p. 849.

⁸ PAULO BONAVIDES, ob. cit., p. 140

mente direitos políticos, pois uma parte pequena, a dos proprietários, é que pode realmente empregá-los, e são menos ainda os capazes de fazê-los coincidir com seus interesses.⁹

A leitura do “Preâmbulo” da atual Constituição da República Federativa do Brasil pode nos revelar um desvio de uma das idéias fundantes do moderno constitucionalismo ocidental - se me permitem a expressão pleonástica, pois nada mais “moderno” e “ocidental” do que o constitucionalismo. O modo como se formulou o exórdio de nossa Constituição dá margem a que se pense num afastamento da *teoria clássica do poder constituinte*, devida a SIEYÉS, de acordo com a qual o poder constituinte originário seria absolutamente incondicionado, não se submetendo a nenhuma pauta previamente estabelecida, ao produzir o texto constitucional. Em nosso “Preâmbulo”, contudo, os constituintes de 88 escreveram que se reuniram com a determinação de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais etc.”

E realmente houve manifestação inequívoca do “titular da soberania”, o povo brasileiro, a quem os constituintes representavam, no sentido de que se abandonasse completamente o Estado ditatorial a que se viu submetido por quase três décadas, e se ingressasse, então, numa ordem política diametralmente oposta, plenamente democrática. O primeiro artigo da Constituição de 88 define, assim, a República Federativa do Brasil como um *Estado Democrático de Direito*, e elenca os princípios sob os quais ela se fundamenta. Todo o restante do texto constitucional pode ser entendido como uma explicitação do conteúdo dessa *fórmula política*, explicitação essa que, por mais extenso que seja o texto de nossa Constituição, ainda é e sempre será uma tarefa inconclusa, e além do mais, nesse período inicial de vigência da nova Carta, às vésperas de sua reforma, uma tarefa de primordial importância.

Inicialmente, vale recordar, com PABLO LUCAS VERDU,¹⁰ que “a fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social”. Trata-se, portanto, do elemento caracterizador da Constituição, principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico-

⁹ JUAN RAMÓN CAPPELLA, “Materiales para la Criuca de la Filosofia de Estado”. *Libros de Confrontación*. Barcelona. 1976. p. 193/211.

¹⁰ *Curso de Derecho Político*. v. II. Madri. 1977. p. 532.

co. Enquanto manifestação de uma opção básica por determinados valores, característicos de uma ideologia, a fórmula política inserida na Constituição se apresenta como um *programa de ação* a ser partilhado por todo integrante da comunidade política, e por isso, responsável a um só tempo pela sua mobilidade e estabilidade. “A fórmula política”, acrescenta porém o eminente catedrático da Universidade de Madri, “é um fator essencialmente dinâmico, pois toda ideologia pretende realizar-se mediante sua institucionalização e sua implantação na realidade social”.

Essa circunstância, por si só, já justifica que se veja a Constituição como um *processo*, tal como propusemos em outra oportunidade.¹¹ Sim, porque a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que ele seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Também é importante a percepção de que a realização efetiva da organização política idealizada na Constituição depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse processo, e um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abre canais para essa participação.

Essa concepção “procedimental” da Constituição se mostra adequada a uma época como a nossa, apelidada já de “*pós-moderna*”, em que caem em descrédito as “grandes narrativas”,¹² legitimadoras de discursos científicos e políticos, não havendo mais um fundamento aceito em geral como certo e verdadeiro, a partir do qual se possa postular “saber, para prever”. Radicaliza-se, assim, a inversão da perspectiva temporal em que se legitima o direito, com a introdução, nos sistemas políticos modernos, de uma constituição, quando o juridicamente válido o é não mais porque se encontra argumentos num *passado*, histórico ou atemporal (ordem divina, estado de natureza ou outra coisa do tipo), para justificá-lo. Ao contrário, como aponta NIKLAS LUHMANN, a partir de uma constituição se dá uma “abertura para o futuro” (*Zukunftsoffenheit*) na forma de legitimar-se o direito, o qual passa a “prever as condições de sua própria modificabilidade e isso juridicamente, acima de tudo, através de regras procedimentais...”¹³

¹¹ Cf. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza, 1989. pp 7 ss.; *id.*. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo, 2000. *passim*

¹² *Grand-récits* - J.-F. LYOTARD. *La condition post-moderne*. Paris, 1979.

¹³ “Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. *in* *Rechtshistorisches Journal*, n. 9. Frankfurt a. M., 1990, p. 192

Também HABERMAS, em trabalhos recentes, atribui um papel central aos procedimentos de realização do direito, ao examinar como é possível se obter legitimação através da legalidade. Nesse passo, termina pondo em xeque uma das idéias centrais da modernidade, associadas a nomes como KANT e MAX WEBER: a da autonomia das esferas da moral, do direito e da política por sua rigorosa separação, mostrando que na atualidade esses campos se rearticulam, sem com isso perderem sua autonomia. Para ele, foi uma mudança na consciência moral da era moderna que trouxe a exigência da diferenciação entre normas, princípios justificadores e procedimentos para examinar a adequação daquelas a esses últimos. A “moralidade” do direito moderno, bem como a sua “racionalidade” e “autonomia”, não resultariam apenas do fato de ter-se verificado a positivação de exigências morais de racionalização nas constituições, mas também - e principalmente - da circunstância de haverem sido instituídos procedimentos para a (auto)regulação e (auto) controle da fundamentação do direito de acordo com esses padrões morais de racionalidade. A fundamentação moral e política dos princípios jurídicos, isto é, a legitimidade do direito, e a sua “procedimentalização”, acham-se intimamente relacionados, já que os valores legitimadores do mesmo não se encontrariam propriamente no conteúdo de suas normas, mas sim nos *procedimentos*, que fundamentam algum de seus *possíveis* conteúdos.¹⁴

Finalmente, podemos encontrar uma concepção procedimental da constituição em autor cuja obra recentemente ocupou o centro dos debates em filosofia política, ao mesmo tempo em que reavivou o interesse pela discussão ética da Justiça. Trata-se de JOHN RAWLS, para quem a constituição ideal seria um procedimento balizado por princípios de justiça, capaz de conformar as forças políticas responsáveis pela produção normativa. Em suas próprias palavras: “*Ideally a just constitution would be a just procedure arranged to insure a just outcome. The procedure would be the political process governed by the constitution, the outcome the body of enacted legislation, while the principles of justice would define an independent criterion for both procedure and outcome*”.¹⁵

¹⁴ Cf. “Wie ist Legitimität durch Legalität möglich”, in *Kritische Justiz*, n. 20, Hannover, 1987, pp. 1 ss., esp. pp. 6 ss.; tb. “*Volkssouveränität als Verfahren*”, in *MERKUR - Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken*, Frankfurt a. M., n. 43, 1989, pp. 465 ss., esp. pp. 475/476, agora reunidos na obra de HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, de 1992.

¹⁵ *A Theory of Justice*, Oxford, 1972, p. 197.

Essa visão do texto constitucional como uma “obra aberta”, cujo sentido é permanentemente construído e reconstruído por seus destinatários, seria ela própria um reclamo do Estado Democrático de Direito, visto que ele representa um intento de conciliar valores que só abstratamente se compatibilizam perfeitamente, pois no momento de sua concretização podem se chocar, por exemplo, a segurança jurídica (= respeito à legalidade) e a igualdade perante a lei, valores associados ao Estado de Direito formal, com a segurança e igualdade das situações em que se encontram inseridos os indivíduos na sociedade, a qual se pretende seja democrática. Daí a necessidade de que se constitua o que, tomando de empréstimo uma expressão de KARL POPPER, se chamou de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”,¹⁶ a fim de que se estabeleça um amplo debate entre os defensores das diversas concepções a respeito de como melhor compatibilizar os valores em conflito, e isso com a preocupação de sempre preservá-los todos, em seu conteúdo mínimo. Como na pós-modernidade, com o elevadíssimo grau de complexidade e novidade dos problemas sociais que aí se apresentam, não há mais porque recorrer a nenhuma “receita” ideológica previamente elaborada para se obter soluções, só mesmo com procedimentos é que se forja da melhor maneira tais soluções, abrindo a possibilidade de cada posição divergente demonstrar a parcela de razão que lhe cabe e a superioridade de uma frente às demais, em dada situação particular.

Nossa compreensão do quanto o Estado Democrático de Direito depende de procedimentos, não só legislativos e eleitorais, mas especialmente aqueles judiciais, para que se dê sua realização, aumenta na medida em que precisemos melhor o conteúdo dessa fórmula política.

Historicamente, poder-se-ia localizar o seu surgimento nas sociedades européias recém-saídas da catástrofe da II Guerra, que representou a falência tanto do modelo liberal de Estado de Direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa. Se em um primeiro momento observou-se um prestígio de um modelo social e, mesmo, socialista de Estado, a fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais. O Estado Democrático de Direito,

¹⁶ PETER HABERLE. *in* *Juristenzeitungen*. n. 30. Berlim. 1975. pp 297 ss

então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado.¹⁷

Em sendo assim, tem-se o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a *esfera pública*, ocupada pelo Estado, a *esfera privada*, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a *esfera coletiva*, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros.

Há quem veja na projeção atual desses grupos, no campo político e social, como um dos traços característicos da pós-modernidade, quando então as ações mais significativas se deveriam a esses novos sujeitos coletivos, e não a sujeitos individuais ou àqueles integrados na organização política estatal. Indubitavelmente, o problema básico a ser solucionado por qualquer constituição política contemporânea não pode mais ser captado em toda sua extensão por aquela formulação clássica, onde se tinha um problema de delimitação do poder estatal frente ao cidadão individualmente considerado. Hoje, entidades coletivas demandam igualmente um disciplinamento de sua atividade política e econômica, de modo a que possam satisfazer o interesse coletivo que as anima, compatibilizando-o com interesses de natureza individual e pública. Para solucionar as colisões entre interesses diversos de certas coletividades entre si e com interesses individuais ou estatais, tão variadas e imprevisíveis em sua ocorrência, não há como se amparar em uma regulamentação prévia exaustiva, donde a dependência incontornável de procedimentos para atingir as soluções esperadas.

Compreende-se, então, como o centro de decisões politicamente relevantes, no Estado Democrático contemporâneo, sofre um sensível deslocamento do Legislativo e Executivo em direção ao Judiciário. O processo judicial que se instaura mediante a propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional - ação popular, ação civil pública, mandado de injunção etc. - torna-se um

¹⁷ Nessa perspectiva, tem-se a obra de ELÍAZ DÍAZ. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid, 1975, bem como a monografia já clássica na literatura política e constitucional em nosso País, de Mestre PAULO BONAVIDES. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro/ São Paulo, várias eds

instrumento privilegiado de *participação política e exercício permanente da cidadania*.¹⁸

Para concluir, então, vale chamar a atenção para o papel central que está reservado, em um Estado Democrático de Direito, à chamada *Corte Constitucional*, enquanto órgão diferenciado da estrutura do Judiciário e plenamente independente também frente aos demais poderes estatais, integrado por membros com as melhores qualificações para exercer a atribuição, a um só tempo política e jurídica, de velar pela realização do texto constitucional. A falta de semelhante órgão judicante pode ser apontada como o maior defeito de nosso sistema jurídico-político, pois o Supremo Tribunal Federal não corresponde exatamente a esse perfil, defeito esse que se deveria sanar em reforma constitucional vindoura, embora, realisticamente, não se vislumbre grandes possibilidades de que tal aconteça. Perdemos, com isso, aquela que se revela, em outros países, como uma das principais arenas de debate político, responsável maior pela promoção quotidiana do avanço da democracia, nos quadros do Estado de Direito, levando em conta tanto os mais elevados padrões éticos como os desenvolvimentos mais recentes das ciências jurídicas. ◆

¹⁸ Cf., v.g., a obra coletiva *Participação e Processo*, ed. por ADA PELLEGRINI GRINOVER *et al.*. São Paulo, 1988. bem como ELIVAL DA SILVA RAMOS. *A ação popular como instrumento de participação política*. S. Paulo, 1991