

# A Ética de Julgar

*No Estado de direito, a questão da ética situa-se num plano de liberdade dos titulares da justiça que chama à discussão a distinção de Weber entre a ética de convicção e a ética de responsabilidade.*

**T**alvez o tema da ética de julgar tenha como pressuposto a doutrina da separação de poderes, que teve em Montesquieu e nos Federalistas os mais escutados autores, embora pondo em dúvida o rigor da expressão — separação de poderes — porque é difícil sustentar a divisão do poder político, sendo possivelmente mais adequado referir a separação de funções. Isto porque se é talvez relativamente fácil imaginar e definir a independência do judicial em relação ao executivo — e foi um dos objectivos essenciais da doutrina —, é mais precário consolidar tal independência em relação ao legislativo, mesmo com as cautelas constitucionais sobre a não retroactividade das leis, ou a proibição das leis interpretativas, acrescentando a garantia da estabilidade dos cargos, e a evidência de que a lei não decide o futuro de qualquer conflito, aponta apenas a vontade da função legislativa. Não se trata portanto de uma ficção, mas trata-se certamente de uma definição com fragilidades.

São tais fragilidades que inspiram o comentário de Montesquieu, segundo o qual “dos três poderes acima mencionados, o judiciário é quase nada”, e o conceito de Hamilton segundo o qual “o Executivo dispõe não apenas das honrarias mas também da espada. O legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelas quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres. O judiciário, porém, não tem a menor influência, sobre a espada nem sobre a bolsa... Na verdade, pode-se dizer que não tem “força” nem “poderio”, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia dos seus julgamentos”.

A esta questão da afirmada fragilidade do judicial

conviria desde já contrapor que, sendo o poder político apenas um, aquilo que de facto está em causa, no que respeito ao judiciário, não é o poder, é sim a autoridade. Este um tema difícil em todos os aspectos da organização do Estado e do funcionamento da sociedade civil, parecendo especialmente relevantes os seguintes condicionamentos do poder judicial: no Estado democrático é o menos fundado na democraticidade da sua constituição, visto o processo de recrutamento, ou processos de recrutamento quando há separação entre a judicatura e o ministério público, a primeira participante da soberania, o segundo tendo apenas autonomia; a gestão interna dos servidores da função assegura-lhes uma carreira sem quebra, no conceito de Hamilton enquanto “bem se conduzirem”, uma exigência nunca submetida à apreciação do povo soberano.

Um eventual efeito nocivo e colateral desta construção é que o corpo de magistrado assuma com evidência a defesa dos interesses dos componentes da carreira, dando relevo a uma tendência sindical cuja voz tenda para induzir a percepção de a voz sindical ser a voz do sistema. As implicações com a autoridade são de presumir consideráveis. Esta questão da autoridade parece-nos assim a mais exigente da função judicial, e se é o sistema que a não dispensa, um dos riscos é seguramente o de ser afectada pela criação da imagem pública de uma corpo privilegiado. Trata-se, no dizer de Niklas Luhmann, de obter uma legitimidade efectiva, que eu chamaria legitimidade de exercício, que para este autor está sociologicamente em vigor quando a magistratura obtém uma aceitação imediata das suas decisões, com uma certa margem de tolerância. Determinar porque é que, em certa época e lugar, essa autoridade existe, e em que circunstâncias sofre a erosão da confiança da comunidade, exige a análise de muitas variáveis.

Todavia, uma avaliação sociológica das camadas sociais que identifique elites funcionais organizadas em classe superior, segundo a análise de Ralf Dahrendorf, adverte que neste caso a relação de confiança democrática tende certamente para ser afectada.

*Esta questão da autoridade parece-nos assim a mais exigente da função judicial.*



A teoria das elites funcionais deste autor — na economia e política, na educação e religião, na cultura, no exército, e no direito — aponta para a exigência da salvaguarda dos valores de confiança na relação de todas as funções da soberania com o povo soberano, prevenindo a concretização das inquietações com “crises da justiça”, “justiça de classe”, “vinculação ao poder”, “atitude autoritária”.

Temos portanto que a legitimação pelo procedimento é uma das exigências éticas da função do poder judicial, prosseguindo uma já chamada imunização simbólica perante as instituições da sociedade civil, ou da administração pública, ou dos núcleos de interesses de várias espécies, frequentemente em rota de colisão.

Mas o tema mais desafiante desta imunização simbólica é o da relação com as restantes funções, ou poderes para quem preferir a expressão, do Estado.

Parece geral a convicção de que sem independência judicial não existe Estado de Direito, e que essa independência assenta no interiorizado regime da carreira, na recusa de legislação retroactiva, na estabilidade do processo perante iniciativas de revisão legislativa, na possibilidade da revisão judicial das decisões, e ainda na doutrina dos precedentes — *sta-*

*se decisis et non quieta movere*, isto é, respeitar a ratio decidendi nos procedimentos futuros.

Talvez esteja aqui o ponto crucial da questão da ética de julgar, porque se trata da relação do projecto de vida da sociedade, decretado pelo legislativo, da leitura desse projecto de vida pela função judicial enquanto compreensão do modelo observante decretado, e leitura da relação deste modelo observante com o modelo social observado, para cada decisão concreta.

A divisão de poderes implica que o judicial não tem interferência na formulação normativa do sistema legal, porque é o poder legislativo que decreta os modelos observantes. A precaução do legislativo, no sentido de que o modelo observante decretado seja aplicado, tem a expressão mais firme no processo. De facto é a questão do comando, do *law enforcement* que está em causa: Hobbes enuncia que “é manifesto que a lei em geral não é um conselho, mas uma ordem; não uma ordem de qualquer homem a qualquer outro homem, mas apenas daquele cujo comando é dirigido a quem é obrigado a obedecer”; e Lock, no *Second Essay Concerning Civil Government*, declara que “agindo para a protecção da comunidade, não pode existir senão um supremo poder, que é o legislativo, ao qual tudo o mais está e deve estar subor-

dinado, considerado que sendo o legislativo apenas um poder organizado para certos fins, continua no povo o supremo poder de substituir ou modificar o legislativo, quando entender que o legislativo violou a confiança que lhe foi concedida”.

Existe porém nesta relação uma questão crucial que é a de discutir a possibilidade de dar ordens à inteligência e sentido ético do julgador. Os governos degenerados demonstradamente conseguem condicionar a vontade dos titulares do poder judicial, como aconteceu com o nazismo, mas nesse caso o judicial transformou-se num braço da administração, na qual as leis retroactivas suspenderam todos os princípios da independência.

No Estado de direito, a questão da ética situa-se num plano de liberdade dos titulares da justiça que chama à discussão a distinção de Weber entre a ética de convicção e a ética de responsabilidade.

Parece geral a convicção de que ao poder político pertence legislar, que as leis devem visar garantir a paz e a ordem com justiça, que os governados devem obedecer à lei vigente. Mas parece impossível ignorar as perspectivas variadas que presidem ao reconhecimento da legitimidade do legislador, e também as perspectivas sobre a legitimidade das leis promulgadas. A convicção de que existe um direito natural que, segundo Tomás de Aquino, inspira uma ordem normativa que vem de uma lei divina até à lei positiva, implica a recusa da lei que se afasta dos princípios supremos; essa percepção foi desafiada pelo princípio revolucionário de que existem princípios racionais universalmente aceitáveis, que oferecem a referência das leis justas; mais simplesmente, Hobbes fez depender a justiça da lei da autoridade reconhecida ao legislador; diferente é a recomendação de Kant no sentido de “agir de acordo com um conceito que possa ao mesmo tempo ser considerado universal”, de tal modo que nenhum homem é um subordinado se todos são mutuamente iguais sob as mesmas leis; a tendência para considerar a legitimidade condicionada pela história com Savigny, confronta-se com a opção Hegeliana de a lei ser uma concreta incorporação da regra na história, e sobretudo com o positivismo revolucionário que olhe para a legislação como um instrumento de domínio de classes.

Nenhum governo que exerça num Estado de Direito pode condicionar a liberdade de adesão a uma das múltiplas percepções da legitimidade das leis, e da ordem com justiça. Nenhuma regra de interpretação do modelo observante decretado neutralizam o condicionamento do intérprete pela opção a que tiver aderido, pela ideologia que adoptar, pela concepção do mundo e da vida que professe.

A tensão da ética de convicção com a ética de responsabilidade que aponta para a fiel observância do

modelo observante posto em vigor pelo legislativo não pode deixar de ser permanente, visto este histórico precedente de um questionário existencial: o que é a justiça, a pergunta com que se inicia a República de Platão, refutando a afirmação de que é o interesse dos poderosos.

A tensão entre a duas éticas alimentar-se-á permanentemente do sacrifício de Antígona, e da convicção de Cícero de que existe uma lei que um Deus legislador inscreveu no coração dos homens, e quem lhe obedece é justo, e quem a viola é réprobo. Uma tensão que ameaça ruptura quando a crise dos modelos observantes é marcada pela mudança soberana que faz ruir os conceitos básicos do sistema ou torna impossível a relação de coexistência.

Nesta data, por exemplo o sujeito histórico central do globalismo é a empresa que o próprio Mitterrand proclamou como a dinamizadora do progresso, e cuja ética de empresa foi sustentada por centros universitários como Stanford e Harvard nos EUA, Hautes Etudes Commerciales em França, ESADE em Espanha, uma ética vinculada a resultados como têm ensinado José Vidal-Beneyto e P. Kowalski.

É tentador procurar raízes em Max Weber e Sombar, mas o efeito traduz-se na multiplicação de um espécie de soft-law, normas de regulação transnacional, cuja harmonia com os sistemas observantes dos poderes legislativos atingidos desafia a coerência ameaçada pelas rupturas a que acodem a leis criminais em mudança acelerada. Tudo sem aligeirar os inevitáveis conflitos com a ética de convicção, esta a lidar com um panorama em que a realidade virtual parece frequentemente sobrepor-se ao dentro das coisas.

Que o poder judicial possa, designadamente pelo exercício da interpretação dos modelos observantes, dar por vezes mostras de participar na luta escalonada pela regeneração do poder político, não é uma perspectiva que possa ser ignorada.

Por isso, na espécie de anarquia em que se transformou a governança mundial, requer atenção e estudo o facto de, contrariamente à experiência histórica, os primeiros sinais de reorganização dessa governança dizerem respeito, não a um poder executivo supranacional, mas a um poder judicial supranacional — salientando-se o Tribunal Penal Internacional. O pluralismo cultural dos seus magistrados torna de primeira evidência a tensão entre as versões plurais das éticas de responsabilidade das suas variadas origens, e a convergência na aplicação e defesa do modelo observante da vida internacional que lhes foi confiada. Uma espécie de surpreendente regresso, com esperança, à convicção de Cícero.

**Palestra proferida na Faculdade de Direito de Lisboa  
a 12 de Outubro de 2007**