A ÉTICA E O BALIZAMENTO DAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS

Silvânia Mendonça Almeida Margarida

Resumo

Este estudo apresenta como tema o balizamento do judiciário frente à ética e a Lei, e seu envolvimento nas sociedades democráticas contemporâneas. Diante de tal problemática, que é atual e demanda reflexão, tem o presente trabalho como objetivo verificar a possibilidade de deduzir-se judicialmente deste direito tão abstratamente consagrado, um direito subjetivo individual à prestação estatal.

Traçado o objetivo a sustentá-lo, o estudo que ora se faz, abordará a questão da judiciabilidade e os poderes do judiciário e sua interferência nos outros poderes, destacando os obstáculos opostos a sua efetivação, suscitando a problematização da execução das políticas públicas no que concerne à constitucionalização e à omissão do legislativo. Ao fim, adentrar-se-á ao papel do Judiciário no avanço do processo de concretização dos Direitos Sociais no Estado Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: constituição, sociedade, democracia, ética, omissão do legislativo

1 INTRODUÇÃO

Todo Estado democrático de Direito se pauta em ter ótimas leis que atendam a sociedade. É o passo em excelência para a verdadeira democracia. Mas não basta parar aí. A norma é apenas um ponto de partida. Para a sua efetividade, é necessária, igualmente, a adoção de outras medidas destinadas a institucionalizar os órgãos responsáveis e a administração dos poderes em seu aparato jurídico, executivo e legislativo.

Resta evidenciado o verdadeiro potencial do direito, enquanto parte, membro da família dos direitos fundamentais; já se fala no "Ecoar dos novos Direitos de Solidariedade" alicerçados sobre quatro princípios fundamentais, *"o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito normativo, e o direito executor comum da humanidade. A eles alguns acrescentam o direito dos povos a dispor deles próprios (direito à autodeterminação dos povos) e o direito à comunicação.*[1]

[1] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais,* p.58.

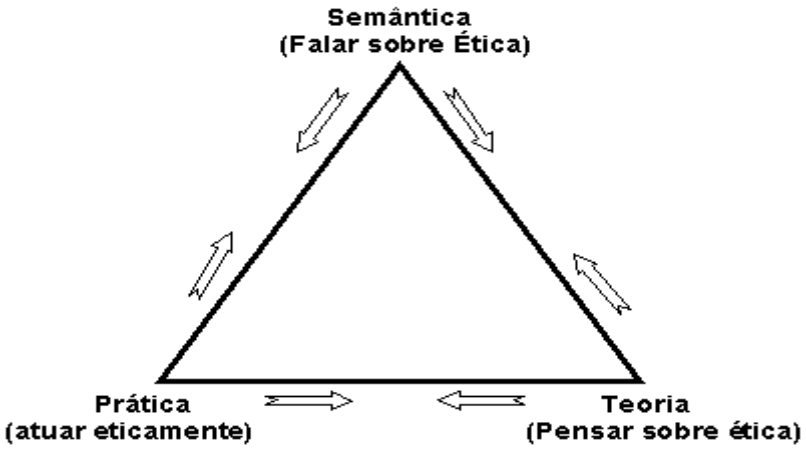
Serão traçadas algumas considerações acerca da gênese, objetivos, formas de implementação do ordenamento jurídico, relação com o princípio da igualdade e constitucionalidade das políticas afirmativas e constitucionais do *da ética enquanto elemento impulsor das sociedades democráticas*, como instrumento apto à eficaz aplicabilidade do princípio da igualdade e sua concretização. Tudo isso, sempre com vistas ao exercimento da democracia, voltado, especialmente, para as *lacunas da lei, a ausência do legislador e de projetos sociais que deveriam ser pautados em sociedades contemporâneas democráticas*. Abordar-se-á o conceito do judiciário perante a lei, assim como o seu pragmatismo, numa construção jurídico-formal, segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, com *totalidade ética*, sem qualquer distinção ou privilégio. Assim, como a adoção pela doutrina de uma noção dinâmica de igualdade, substancial ou material, onde a idéia de igualdade de oportunidades justifica experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou mitigar o peso das desigualdades, promovendo, assim, a justiça social, seja pelo ativismo do judiciário ou outro mecanismo de absorção dos poderes do Estado democrático de Direito.

2 A ÉTICA COMO PROCESSO DINAMIZADOR DA LEI

Vazquez (1997), no seu conceito generalizado sobre ética, a define como sendo a teoria ou a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. Já para Frankena (1969), ética é um ramo da filosofia, um pensamento filosófico acerca da moralidade, dos problemas morais e dos juízos morais.

A ética no Estado democrático deve se coadunar em comportamentos jurídicos com o fim de estabelecer os níveis aceitáveis que garantam a convivência pacífica dentro das sociedades e entre elas (SILVA, 1995) os níveis dinamizadores da relação do legislador em prol benéfico do Estado.

Ressalta-se a existência de três modos inter-relacionados de abordagem da ética no âmbito dos três poderes, quais sejam, executivo, legislativo e judiciário, conforme demonstrado na FIG. 1:



Fonte FIG. 1: idealização da autora

A Lei pode ser conceituada como a norma geral de conduta que define e disciplina as relações de fato incidentes no direito e cuja observância o poder do estado impõe coercitivamente, como são as normas legislativas, costumeiras e as demais. Ou ainda, todos os atos da autoridade cuja missão consiste em editar regras gerais, sob forma de injunções obrigatórias.

A Lei veio distinguir os comportamentos sadios dos nocivos. Os sadios são aqueles tidos como normais, sendo praticados pela maioria das pessoas e aceitos pela sociedade como bons. Já os nocivos consistem nas atitudes que prejudicam o próximo e são praticados por uma minoria de pessoas. Outra característica importante é de que a Lei deve sempre ser fundamentada na verdade.

Assim, pode-se dizer que a Lei é um instrumento ético, já que esta conduz à idéia da universalidade moral, ou ainda, à forma ideal universal de comportamento humano, expressa em princípios válidos para todo pensamento normal e sadio.

Quando são referidos os padrões de comportamento, sabe-se que normalmente estes serão regulados tanto pela ética como pela lei, sendo que facilmente se confundem.

No tocante aos padrões de condutas judiciais, os princípios éticos maiores tendem a ser estabelecidos em forma de lei, através de regulamentações jurisdicionais que devem ser respeitadas, estabelecendo punições aos transgressores.

Pode-se notar que a lei não se limita a prover a segurança para a coletividade, já que também transmite valores que servem de referência à consciência de cada pessoa, e mais, pode englobar princípios sociais, bem como ideais da sociedade, ou mesmo alguns princípios éticos subjetivos.

Embora pessoas possam desejar que todo caso de violação da ética esteja previsto em lei, a violação de preceitos éticos não acarreta necessariamente uma punição para os transgressores, diferente do que ocorre quando se fala de desrespeito direto à lei. Quando os conflitos atingem os chamados "pontos nevrálgicos" da consciência ética, podem ocorrer lacunas nas atividades sociais e políticas de qualquer Estado. No Brasil, o caso é ainda mais claro, posto ser característica do povo latino a cobrança da confiança irrestrita da corrupção, da falta do legislador como membro atuante do poder estatal. Aí, neste ponto de prevalência a atuação constante do Judiciário faz jus ao chamado ativismo jurídico brasileiro.

A FIG. 2 – Comparativo entre a Ética e a Lei - destaca as principais características de ambas, de forma clara e didática:

FIG. 2 – *Comparativo entre a ética e a lei*

Ética

- Princípios válidos para todo pensamento normal e sadio;
- Universalidade moral;
- Forma ideal do comportamento humano;
- A violação de seus preceitos não acarreta necessariamente punição aos transgressores.

Lei

- Obrigação de respeitar os padrões éticos;
- Faz distinção dos comportamentos sadios dos nocivos;
- Traça regras para a convivência social e o desenvolvimento;
- É um instrumento ético;
- Provê segurança para a coletividade;
- Apresentam valores que servem de referência à consciência de cada pessoa;
- Pode englobar princípios sociais, bem como ideais da sociedade;
- Deve sempre ser fundamentada na verdade.

Fonte: FIG 2 - idealização da autora

Insta indagar: a legislação brasileira atual reflete a transformação científica, ética, política e jurídica? Cremos que não. Lacunas são as instabilidades do Poder Legislativo. Há na política brasileira, por parte do legislador, aspectos culturais e sociais a serem revistos. A exarcebação de Medidas Provisórias não cria a consciência política para a solução dos conflitos existentes num país emergente como o Brasil.

Portanto, ao vincular a lei com a ética deve-se empreender a *dignidade da justiça e do poder jurisdicional*. Na sociedade atual, a lei (corpo jurídico) favorece a estabilidade social. É através do ordenamento jurídico que a sociedade fica sabendo das regras necessárias para se viver em harmonia e promover o desenvolvimento. É de se notar ainda, que a Lei deve sempre respeitar os padrões éticos do meio social.

3 A CONSTITUIÇÃO COMO ESTABILIDADE DOS PODERES EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

A Constituição é o conjunto de regras relativas ao Governo e à vida da comunidade estatal que se desdobra em regras à organização social essencial, aos princípios jurídicos que designam os órgãos supremos do Estado, onde serão estabelecidas as relações recíprocas, sua esfera de ação e fixação da posição do individuo perante o poder estatal. Portanto, nomes como *Lei Maior*, *Carta Magna*, dentre outros, estão na sua esfera semântica e disciplinar. Amplia-se aqui, em termos constitucionais e supranacionais o conceito de ética, de lei e os princípios que abarcam os três poderes democráticos.

Atribui-se a Montesquieu, no *Espírito das Leis,* o princípio da separação dos poderes. Reza o art. 2º da Constituição que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Assim, não há necessidade de se buscar previamente a instância administrativa para a solução de litígios. Contudo, a Constituição, em sua normas pétreas, estabeleceu a consagração no se refere à obrigatoriedade da ética e da lei o balizamento dos citados poderes federativos.

A rigidez constitucional decorre a supremacia da Constituição, que se encontra no ápice do sistema jurídico, o que significa dizer que as demais normas retiram fundamento de validade da própria Constituição, não podendo existir qualquer norma que seja contrária a esta. Os princípios também abastecem o ato constitucional.

Segundo Celso Ribeiro Bastos,

> [...] os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isso só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecedora de preceitos. Portanto, o que princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espraiar-se por cima de um sem-número de outras normas.

No que tange à estabilização constitucional, são as normas destinadas a assegurar a própria supremacia da Constituição e do Estado, ou seja, as que prevêem a solução dos conflitos constitucionais, a defesa do Estado, das instituições e da própria Constituição, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, os meios de intervenção federal, estado de defesa e estado dc sítio, bem como forças armadas e segurança pública.

Em todos os países democráticos, abre-se a supremacia da decisão constitucional e judicial, num misto de sobrevivência social e âncora às lacunas da lei, para que a plena democracia seja substanciada de ações coerentes e coordenadas nas esferas de todos os Poderes. Não há o que se falar em diversificação de leis, mas tão somente, em cumprimento de um pacto federativo como um despertamento dos vínculos sociais ético.

Segundo Flávio Corrêa Tibúrcio (2005), o ordenamento jurídico nacional assenta-se no princípio da conformação constitucional, idealizado por Hans Kelsen, e segundo o qual todas as normas jurídicas inferiores têm na Constituição sua raiz axiológica, dela, pois, não podendo se afastar, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

4 O PODER JUDICIÁRIO

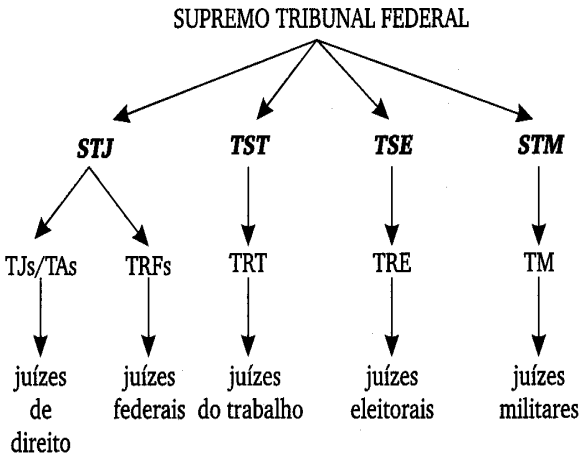
Dentre os três poderes, cabe aqui destacar o Poder Judiciário. Em linhas específicas, é o conjunto de órgãos públicos ao qual foi deferida, com exclusividade, a função jurisdicional. Em nosso sistema a função jurisdicional é monopólio do Poder Judiciário.[2]

A jurisdição é exercida com o objetivo de aplicar a lei, através de um processo regular, cuja decisão final produz a coisa julgada, operando-se a substituição da vontade das partes por aquela constante da decisão.

O principal traço diferenciador do Poder Judiciário com relação aos demais poderes é a *força definitiva* de suas decisões. Dessa forma, cabe lembrar, que as decisões do Executivo e Legislativo podem sempre ser revistas pelo Poder Judiciário, pelo que dispõe o princípio da inafastabilidade do poder judiciário *(art. 5º, inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito).* Falava-se num quarto poder, que seria ou real ou moderador. O Poder Moderador foi previsto no Brasil na Constituição de 1824, em que o art. 98 determinava que ele "é a chave de toda a organização política e é delegado privativamente ao imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da inde- pendência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos". Hoje, não mais existe o Poder Moderador.

O Poder Judiciário nacional, em respeito aos princípios federativistas, está dividido em: Justiça Federal (comum e especial) e Justiça Estadual (residual). É o que se verifica da sistemática utilizada pela Constituição, que enumerou a competência dos juízes e tribunais federais, deixando o remanescente para a Justiça Estadual. A FIG. 3 a seguir, explicita melhor a divisão do Poder Judiciário brasileiro:

[2] Luiz Alberot David. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 269



STJ = Superior Tribunal de Justiça	TAs = Tribunais de Alçada
TST = Tribunal Superior do Trabalho	TRFs = Tribunais Regionais Federais
TSE = Tribunal Superior Eleitoral	TRT = Tribunais Regionais do Trabalho
STM = Superior Tribunal Militar	TRE = Tribunais Regionais Eleitorais
TJs = Tribunais de Justiça	TM = Tribunais Militares

Fonte: idealização Silvania Margarida com base no autor Alexandre Moraes (2008)

Segundo Alexandre Moraes (2008), O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos, previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância, crescente no Estado de Direito. Para Moraes (2008), sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar; basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornar-se-iam vazios. Esta concepção resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de

guardião das leis (MORAES, 2008), pois, como afirmou Zaffaroni, "a chave do poder do judiciário se acha no conceito de independência".

5 AS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS

Percebe-se, hoje, com a "nova roupagem", ou seja, o *as sociedades contemporâneas* têm todas as características para, num futuro bem próximo, constituir-se numa fonte ou "um ponto de fusão do direito".

Já em 2006, o Ministro Celso de Mello, nos dizeres de Carlos Brasil (2009), em entrevista ao site *Consultor Jurídico* indicou algumas das vantagens do judiciário, sugerindo a importância da democracia:

> - atuação do judiciário como "co-participe" do processo de modernização do Estado brasileiro;
> - suprir as lacunas da legislação para que prevaleça o espírito da Carta de 88, uma vez que a formulação legislativa no Brasil, segundo ele, lamentavelmente, nem sempre se reveste da necessária qualidade jurídica, o que é demonstrado não só pelo elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, mas, sobretudo, pelas inúmeras decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis editadas pela União Federal e pelos Estados-membros sendo esse déficit de qualidade jurídica preocupante porque afeta a harmonia da Federação, rompe o necessário equilíbrio e compromete, muitas vezes, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos da República.
> [Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei - acessado em 10 de abril de 2009] *apud* http://www.carlosbrasil.com.br/?q=node/148 Acesso: 04 out. 2010.

Segundo Giselle Citaddino [on line], professora da PUC - Rio, a expansão da ação judicial é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas. Segundo a autora, o protagonismo do Poder Judiciário pode ser observado tanto nos Estados Unidos como na Europa, ainda que nos países da *common Law,* esse ativismo judicial seja mais favorecido pelo processo de criação jurisprudencial do Direito. De qualquer forma, mesmo nos países de sistema continental, os textos constitucionais, ao incorporar princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivisto-jurídicas, ao alargar e incorporar princípios e dogmas jurídicos que viabilizam o espaço necessário para o ativismo judiciário. Especialmente, por parte da jurisdição constitucional, já sendo até mesmo possível falar em um "direito judicial". Nos dizeres de Cittadino, o Brasil, do mesmo modo, também se observa uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecida pela

Constituição de 1988, que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.

Na verdade, na funcionalidade do Poder, qualquer análogo não caberia chamar um verdadeiro Estado Democrático de Direito, no que tange às sociedades democráticas atuais. Os outros poderes brilham de maneira clamorosa as suas ausências. Vivemos em uma conjuntura e num momento em que a conceito de "separação de poderes" parece ter perdido qualquer sentido social e valorativo para o Estado. Mais que afastamento, o que hoje vemos é uma errada *"comparação de poderes"*. Nos dizeres de Gomes [on line.], legisladores "lutando" por uma "equiparação salarial" com os magistrados, magistrados atuando como legisladores e o Executivo legislando de forma descontrolada e perniciosa por meio de infindáveis medidas provisórias.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A estabilidade das relações jurídicas estabelecidas, a partir de determinado momento da história do direito, a ética como preceito básico para sociedades democráticas não pode mais ser desconstituída. Presume-se que a ética, a lei, a constituição, os três poderes, e casos clássicos do direito adquirido, da coisa julgada e ato jurídico perfeito estão em perfeita sintonia com o Estado de Direito.

A ética e a lei, sustentadas pela democracia propõem o fim à violência, realizam-se ambas no campo da práxis, e, operam as duas na perspectiva do possível, e não no campo "do necessário". O possível é o espaço em que a ação jurídica é determinante do surgimento de diferenças.

Considera-se o princípio da autonomia ou a irredutível subjetividade de uma esfera jurídica pessoal, a manifestar-se nos problemas dos direitos de personalidade, dos direitos subjetivos, da negocial autonomia privada, dentro outros, para que juízes ativistas ponderem sobre a lacuna da lei. E muito embora, vozes doutrinárias ecoem sobre o

comportamento da Corte Suprema Federal, há no judiciário a consagração dos princípios democráticos de direito, com ética e labor, com constitucionalidade e diligência na eficácia da lei, corrigindo erros e aumentando, consideravelmente, a interferência em instituições políticas para que se cumpra a democracia.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva,1988. v. 1.

BRASIL. Constituição Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado, 1988.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia.** Disponível em: http://www.alceu.com.br Revista ALCEU - v.5 - n.9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004, Acesso em: 18 set 2010.

Disponível em: http://jccavalcanti.wordpress.com/2007/11/07/ativismo-judiciario/ Acesso em: 18 set. 2010

Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei - acessado em 10 de abril de 2009] *apud* http://www.carlosbrasil.com.br/?q=node/148 Acesso: 04 out. 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANKENA, William K. **Ética**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1969

JIMENEZ, Carlos Molina. **Trabalho e convivência:** um ensaio de ética profissional. Londrina: Editora da UEL, 1997.

LISBOA, Lázaro Plácido. **Ética geral e profissional**. São Paulo: Atlas, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TIBÚRCIO, Flávio Corrêa. A reforma do Judiciário e o novo Recurso Extraordinário . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 541, 30 dez. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6137>. Acesso em: 22 set. 2010.

VÁZQUEZ, Adolfo Sanchez. **Ética**.15.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.