

ÉTICA, HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E DECISÃO JUDICIAL

José Ricardo Alvarez Vianna¹

Resumo: A decisão judicial deve buscar a justiça. Contudo, como a noção de justo é relativa, o magistrado deve, sobretudo, adotar uma postura ética na elaboração das decisões judiciais. A ética tem o condão de penetrar na seara mais íntima do indivíduo e concitá-lo a agir correto de acordo com a *consciência jurídica geral*, e não a partir de suas convicções íntimas e *pré-compreensões*, como aventa a hermenêutica filosófica. A ética faz do magistrado um legítimo juiz, na mais lídima acepção jurídica do vocábulo.

Palavras-Chave: Ética – Hermenêutica Filosófica – Decisão Judicial.

Abstract: The judicial decision must seek justice. However, as the just is relative, the magistrate must, above all, adopt an ethical stance in the elaboration of judicial decisions. Ethics has the power to penetrate the most intimate area of the individual and lead him to a correct action according to the general legal conscience, and not according to his convictions and intimate preconceptions, in the sense of philosophical hermeneutics. Ethics makes the magistrate a legitimate judge, in the clearest legal sense of the word.

Keywords: Ethics – Philosophical Hermeneutics – Judicial Decision.

¹ Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Diretor e Professor da Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Londrina. Juiz de Direito em Londrina-PR.

1. INTRODUÇÃO



atuação do Poder Judiciário para a prestação jurisdicional é complexa. Cumpra-lhe dizer o direito (*juris dicere*) e, na medida do possível, de maneira justa. Todavia, justiça é um conceito relativo, variando de pessoa para pessoa. Neste sentido, o juiz também não está isento de ter suas próprias concepções do justo e isto tende a interferir em sua atuação funcional e, conforme o caso, arranhar a segurança jurídica, uma vez que as soluções de problemas jurídicos nos processos judiciais podem se tornar demasiadamente dependentes dos valores do magistrado.

Diante disso, o objetivo geral do artigo visa identificar o papel da ética e da hermenêutica filosófica na elaboração das decisões judiciais. Como objetivo específico busca-se precisar como a relação entre ética e hermenêutica filosófica pode contribuir para a consecução de decisões judiciais justas, de maneira a elidir ou ao menos minimizar solipsismos e idiossincrasias na atuação judicial.

Em nível de problematização, propõe-se a investigar: (a) como a ética pode atuar na decisão judicial? (b) qual a influência dos imperativos kantianos na atuação judicial? (c) qual a relação entre ética e hermenêutica filosófica e, por conseguinte, seus reflexos benéficos na decisão judicial?

Para desenvolvimento do tema foram realizadas pesquisas bibliográficas específicas, nacionais e estrangeiras, empreendidas análise de casos, além de adotado o método empírico-dialético para as conclusões firmadas.

2. ÉTICA E DECISÃO JUDICIAL

Para a elaboração das decisões judiciais é preciso a existência de critérios. Estes são fornecidos basicamente pela

ciência, no caso ciência jurídica. Dentre estes critérios se insere a necessidade de fundamentação judicial dotada de uma metodologia própria.

Paralelamente, a decisão judicial busca soluções sensatas, coerentes, razoáveis. Em uma palavra: justas. O próprio artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015 é taxativo a respeito: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Note-se que justiça e ciência se complementam. A ideia de justiça sem ciência é mera opinião. A ciência sem a preocupação com a justiça pode levar a soluções formalmente perfeitas, embora absurdas. Justiça e ciência se complementam na decisão judicial. Mesmo assim são insuficientes para os fins a que se propõem: uma decisão justa, nos limites do Direito.

Ao lado da noção de justiça e de ciência será imprescindível a ética na conduta judicial para elaboração de sua decisão. É que, mesmo de boa-fé, o juiz poderá conduzir a solução do caso com base em suas convicções individuais do justo, e não conforme os *standards* jurídicos. Será a ética, portanto, que irá atuar para que isto não aconteça. A ética intervém como um freio, um fiscal íntimo do juiz a orientá-lo para que a decisão não seja um ato de vontade pessoal, e sim que esteja em consonância com os valores objetivos de justiça, assentados pela comunidade jurídica.

A ética tem o condão de penetrar na consciência do juiz e concitá-lo para um agir correto. Isto contribui para a imparcialidade, equilíbrio e sensatez que se espera dos magistrados em seu ofício. O juiz não exerce suas funções para impor suas impressões pessoais de justiça. O juiz é o elo entre realidade e Direito. É o intermediário que realiza a passagem entre Direito e realidade e vice-versa. Logo, trata-se de uma tarefa a ser empreendida com parcimônia.

Neste cenário, será a ética que irá complementar o ideal

de justiça e o conteúdo instrumental da ciência do Direito; que irá possibilitar o julgamento isento de concepções ideológicas. A ética faz do magistrado um autêntico juiz, na acepção jurídica do vocábulo.

3. O QUE SE ENTENDE POR ÉTICA?

O que vem a ser ética?

Com efeito, ética pode ser entendida como o ramo da filosofia que tem por objeto o estudo do comportamento humano em sociedade. O vocábulo ética advém do grego *ethos* (ἠθικός), que significa conjunto de costumes, hábitos e valores existentes em determinado tempo e local (MARCONDES, 2007, p. 09).

A ética estabelece o padrão de conduta a ser adotado diante de certos dilemas. É a bússola do agir humano. Bússola e semáforo, simultaneamente. Lida com temas antagônicos no agir humano, os quais podem ser sintetizados em binômios como: bem e mal, certo e errado, justo e injusto, honesto e desonesto. A ética aclara e aponta para o caminho ideal a ser trilhado. É em razão disso que as profissões apresentam seus códigos deontológicos. O vocábulo deontológico expressa o *deve ser*. A palavra deontologia é de origem grega, composta por *deon* (δέον), que significa dever, obrigação, e *logos* (λόγος), que pode ser entendida como razão. Deontológico consiste no estudo do *dever ser*; do proibido, do permitido e do obrigatório na conduta humana. Nestes termos, os códigos de ética profissional buscam conservar e salientar a consciência do indivíduo em sua atividade profissional e indicar os imperativos de conduta que devem ser observados no desempenho dessas atividades.

No Brasil, o Código de Ética da Magistratura Nacional foi aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça em 06 de agosto de 2008. Neste, estão ressaltados aspectos como imparcialidade, transparência, diligência, dedicação, integridade pessoal e profissional; discrição, cortesia, prudência, sigilo profissional,

conhecimento e capacitação, além de dignidade, honra e decoro.

Como se pode perceber, a ética tem função prática.² A todo momento, instiga a um questionar íntimo no sujeito sobre qual a postura ideal a ser tomada diante de situações reais. Impulsiona-o à reflexão contínua, confrontando o que ele *quer* com aquilo que ele *pode* e, num terceiro nível, com aquilo que ele *deve* fazer em situações concretas. Só haverá conduta ética se *querer*, *poder* e *dever* estiverem em harmonia entre si (CORTELLA, 2011, p. 26).

Sintetizando: a vida em sociedade impõe limites e sinalizadores, cabendo à ética elucidar o que é certo e o que é errado no comportamento humano.

4. ÉTICA, MORAL E OS IMPERATIVOS KANTIANOS

Por vezes, os vocábulos ética e moral são empregados como sinônimos. Essa prática advém da origem de cada palavra, em que pese cada qual tenha nascedouro distinto. Moral advém do latim *mos*, *moris* e significa costume. Ética, como visto, vem do grego *ethos* e apresenta significado equivalente. Por causa disso, alguns autores não fazem distinção entre ética e moral.

Particularmente, crê-se que existe distinção. A ética seria uma espécie de teoria ou ciência que estuda o comportamento humano em sociedade apoiada em condutas reputadas ideais; corretas. Moral, por sua vez, tem conteúdo pontual. Consiste no conjunto de regras, não jurídicas, existentes em determinada sociedade. Ética, assim, tem por objeto o estudo das regras morais, em particular; e do comportamento humano, em geral (VÁZQUEZ, 2002, p. 23).

Ao firmar padrões de comportamento, as regras morais são inspiradas em valores. Uma das características das regras

² Nas palavras de Habermas (1989, p. 05) a ética “parte da questão que se põe ao indivíduo que precisa de orientação, quando ele, numa situação determinada, encontra-se diante de uma tarefa a ser vencida de maneira prática: como devo comportar-me, que devo fazer?”.

morais é o valor.³ Isso leva a um impasse, pois certos valores são relativos. Cada sujeito traz consigo uma gama de valores. No caso do juiz, porém, por atuar em nome do Estado, não deve se fiar em seus valores para encontrar a solução justa nos casos em que atuar. O magistrado que agir desta forma estará se valendo do cargo para ditar suas preferências, o que não condiz com suas atribuições, tampouco com a ética.

Apesar da relatividade dos valores, podem ser identificados valores universais, os quais não devem ser relativizados. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) é demonstração da universalidade de alguns valores, dentre os quais podem ser sublinhados a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Os valores universais são chamados valores objetivos, o que autoriza concluir que existe hierarquia entre valores. Sendo assim, no exercício da atuação jurisdicional, valores objetivos devem prevalecer sobre valores subjetivos.

O Direito também estabelece hierarquia de valores ao considerar certos direitos como inalienáveis. Dentre estes direitos está o direito à vida, o direito à liberdade, o direito às liberdades públicas, caso da liberdade de pensamento, de consciência, de religião, de expressão, de opinião.

Partindo desses aspectos, o padrão ético-moral que deve nortear a atividade jurisdicional é a decisão justa nos limites do Direito. Significa dizer: o justo segundo valores objetivos previstos no Direito.

Decisões judiciais não devem expressar idiosincrasias. É aqui que a ética assume importância em relação às decisões judiciais. Antes de proferir qualquer decisão, o magistrado deve se questionar: o que devo fazer? Qual é a solução justa, conforme o Direito, para este caso?

³ É o que anota José Renato Nalini (2009, p. 21): “Há conexão indissolúvel entre o dever e o valioso. Pois à pergunta ‘o que devemos fazer?’ só se poderá responder depois de saber a resposta à indagação ‘o que é valioso na vida?’”.

Tais indagações só podem ser feitas se houver um censor interno com o magistrado; um fiscal que lhe convoque a agir de maneira correta. Note-se que neste espaço interno do magistrado a ciência ou o próprio Direito não penetram; a ética, sim. Será a ética que irá instá-lo a fazer o certo. A ética é que possibilitará esse diálogo interior do magistrado para consigo mesmo, compelindo-o à reflexão. É a ética que postula no sujeito uma escolha racional; escolha esta que deverá ser pautada por valores objetivos (universais) de justiça, e não pessoais.

Porém, como se realiza essa escolha racional?

A questão é complexa. Para respondê-la é preciso lembrar que, ordinariamente, a vontade humana é movida por desejos e valores pessoais, mesmo quando está aberta a outras orientações (HABERMAS, 1989, p. 06). Estas outras orientações poderão existir desde que haja uma consciência crítica por parte do indivíduo, a qual será solucionada segundo padrões éticos (valores objetivos). A ética torna presente ao sujeito que seu ponto de vista pode não corresponder ao justo objetivo do Direito; às verdades consensuais vigentes na comunidade jurídica. Será, pois, a ética que irá apontar como lidar com esse conflito de valores e desejos internos para a escolha do sensato objetivo.

No caso da decisão judicial, o juiz deve identificar na situação fática quais são os valores existentes e conflitantes entre si; após, deve racionalmente identificar qual ou quais desses valores refletem o valor ideal e objetivo para solução jurídica adequada do caso.

O ato de decidir traz ao magistrado uma série de questões de ordem ética. Estas questões podem ser expressas pelo magistrado a si próprio do seguinte modo: como não deixar prevalecer minhas opiniões e valores ao decidir uma causa? Como encontrar a solução que corresponda a valores universais? Como ser justo, no sentido objetivo, ao proferir uma decisão? Ou, simplesmente: o que devo fazer?

Segundo Habermas (1989, p. 09), questões éticas devem

ser respondidas com base em imperativos categóricos, expressos em máximas (*leis práticas*).

Para compreender essa afirmação é preciso ir ao encontro do pensamento de Immanuel Kant. Foi ele quem distinguiu o imperativo categórico do imperativo hipotético. Mas o que Kant entende por imperativo?

Para Kant (2006, p. 43) imperativo é a representação de um princípio objetivo, de um mandamento; é uma fórmula (da razão). “Todos os imperativos se expressam pelo verbo dever (*sollen*)”. “Todos os imperativos ordenam”.

Segundo Kant (2006, p. 50), o imperativo será categórico se for incondicional, isto é, se for válido para todas as situações, independentemente das vontades, desejos ou inclinações do sujeito. Por outro lado, o imperativo será hipotético se estiver sendo realizado para atingir uma finalidade. Desse modo, imperativos hipotéticos são sempre condicionais, e imperativos categóricos, sempre incondicionais.

Um exemplo ilustra a diferença entre imperativo categórico (incondicional) e imperativo hipotético (condicional). Suponha-se que um comerciante receba a visita de uma criança em seu estabelecimento, a qual, na qualidade de consumidora, pretenda comprar algo no recinto. O comerciante, diante da ingenuidade da criança, vislumbra a possibilidade de lhe cobrar preço maior do que o fixado na tabela. No entanto, deixa de fazê-lo com receio de que seja descoberto e o embuste possa afetar sua reputação (SANDEL, p. 2009, p. 112).

No exemplo, para Kant teria sido feita a escolha certa pelo motivo errado. A escolha do comerciante se baseou em um motivo contingencial – preservação de sua imagem; finalidade específica – e não no cumprimento do dever pelo dever. A conduta foi movida por um interesse, ligado a um desejo, uma inclinação, e não por um valor moral em si. A conduta do comerciante, sob a óptica kantiana, não teria valor moral, pois foi realizada como instrumento para obtenção de um fim. Logo, não

houve atendimento ao imperativo categórico, e sim a um imperativo condicional, cujas ações podem variar segundo conveniências do sujeito, razão pela qual não têm valor moral.

Kant (2006, p. 50) apresentou duas formulações para o imperativo categórico. A primeira se manifesta como uma lei universal, e pode ser assim expressa: “age apenas segundo uma máxima tal que possa ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”.

A segunda complementa a primeira e destaca o valor intrínseco de todo ser humano. É expresso pelo seguinte enunciado: “Age de tal maneira a tratar a humanidade, seja na tua pessoa, seja na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como simples meio” (KANT, 2006, p. 69).

No primeiro enunciado (lei universal), antes de agir, o indivíduo deve se questionar se a conduta a ser realizada poderia ser praticada e repetida por todos, sem prejudicar ninguém. Deve o indivíduo se colocar, inclusive, como destinatário desta mesma conduta e, ainda assim, concluir que a realizaria da mesma forma.

Seria condenável, por exemplo, a atitude do sujeito que contrai empréstimo ciente de que não terá condições de cumprir a obrigação (COMPARATO, 2011, p. 296). Uma conduta como esta jamais poderia ser convertida em lei universal.

Pelo segundo enunciado, o ser humano jamais pode ser utilizado como instrumento para se atingir algum objetivo. Não se admite, por exemplo, o uso de *cobaias* humanas em experimentos científicos, por mais nobre que seja a causa. Isto representaria ofensa à condição de pessoa; ofensa à dignidade humana. Haveria uma *coisificação* do ser humano, o que é defeso de acordo com o imperativo categórico em sua segunda formulação.

Para Kant, ao agir segundo as máximas dos imperativos categóricos, o sujeito conduz sua ação como um fim em si mesmo, e não para obter algo em recompensa. Por isso se diz

que o dever é cumprido pelo dever e por mais nada. É isto que torna a conduta humana realmente livre e autônoma, eis que não espera nada em retribuição. O sujeito está livre de fatores externos. É a liberdade de cumprir o dever pelo dever e isto somente é possível pela razão. É a razão que possibilita ao indivíduo fazer um exame de consciência e encontrar a ação moralmente correta diante da pergunta: *o que devo fazer?*

Por este enfoque, a razão é o fio condutor da ética ao atuar como fiscal interno do sujeito, questionando-lhe e orientando-lhe consoante as máximas (imperativos categóricos) acerca de qual conduta adotar.

Kant foi duramente criticado por sua formulação racional na solução de dilemas éticos. Dentre seus críticos estão Friedrich Nietzsche e Sigmund Freud.

Nietzsche (2011, p. 97), em *Além do Bem e do Mal*, no aforismo 108, assentou: “Não há quaisquer fenômenos morais, mas apenas uma interpretação moral desses fenômenos”. Essa interpretação não seria motivada por aspectos racionais, mas por fatores irracionais.

Freud (2006), após revisar suas concepções de consciente e inconsciente, defendeu que cada indivíduo apresenta três instâncias psíquicas: o *id*, o *ego* e o *super-ego*, nos quais estão presentes componentes irracionais a interferir e influenciar desejos e atos do indivíduo.

Apesar disso, tem-se que a proposta kantiana pode ser mantida. A primeira objeção que se faz aos críticos de Kant reside no fato de o próprio Kant não haver negado o elemento irracional a interferir na vontade; antes, nominou-o como *inclinações*. Assim, a crítica de Nietzsche não prospera. Não bastasse isso, Nietzsche, ao investir contra o racionalismo de Kant, ancorou sua tese justamente na razão, o que, em certa medida, reafirma a proposta Kantiana.

No que alude a Freud foi este quem, após anotar que o ser humano “deve serviços a três senhores e, conseqüentemente,

é ameaçado por três perigos: o mundo externo, a libido do *id* e a severidade do *superego*”, ressaltou que “a psicanálise é um instrumento que capacita o *ego* a conseguir uma progressiva conquista do *id*” (FREUD, 2006, p. 68). Ou seja, Freud não descartou a possibilidade do sujeito se orientar com base em estruturas racionais, basta que tenha suporte psíquico para tanto.

Em arremate, diante de conflitos axiológicos, o magistrado para decidir a causa de modo coerente (justo), deve conduzir racionalmente sua conduta em consonância com os imperativos categóricos kantianos, a fim de identificar a verdade consensual que espelha, objetivamente, a solução justa do caso, de acordo com o Direito. Se assim o fizer, estará agindo de modo ético.

5. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ÉTICA JUDICIAL

A princípio, a hermenêutica filosófica não apresenta relação com a ética. Um exame acurado de ambas demonstra que não é bem assim, sobretudo ao se levar em conta o pensamento de Gadamer.

Hans-Georg Gadamer é um dos maiores expoentes da hermenêutica filosófica. Gadamer alicerça suas ideias basicamente em quatro premissas: a) o ser humano é um ser histórico-linguístico (história efetual); b) existência de pré-conceitos e pré-compreensões no sujeito que interpreta; c) lógica da pergunta e da resposta; e, d) fusão de horizontes.

Não cabe aqui empreender estudo aprofundado sobre a teoria de Gadamer em relação à hermenêutica filosófica. O objetivo é destacar algumas de suas ideias e demonstrar como elas podem auxiliar na concretização de uma postura ética em relação ao juiz na elaboração de suas decisões nos processos.

Para Gadamer o ser humano é um ser histórico. Ao dizer isto, ele se apoia no vocábulo germânico *Dasein*, bastante importante para o pensamento de um de seus mentores, Martin

Heidegger. *Dasein* pode ser traduzido para o vernáculo como o *ser-aí*, o *ser-no-mundo* ou o *ser-o-aí*. Expressa a condição do sujeito em seu contexto histórico e linguístico (BONFIM, 2010).

Ao usar o vocábulo *Dasein*, Gadamer quer destacar a perspectiva de mundo do sujeito; suas significações da realidade; sua recepção e compreensão da vida, motivadas, em boa parte, pelo meio que o cerca, além de influenciadas pela linguagem. Linguagem, aqui, no sentido de percepção, apreensão, significação de mundo.

A essa condição em que o sujeito se encontra, Gadamer nomina de *história efetual*, ao passo que linguagem para ele é considerada *tradição*. História efetual vem a ser a realidade, o meio em que o sujeito está inserido, enquanto linguagem é a visão de mundo deste mesmo sujeito, constituída conforme a *tradição* vigente. Por isso, Gadamer diz que o ser humano é um ser histórico.

Essas considerações levam à conclusão de que, no ser adulto, não há grau zero de interpretação. Sempre existirão juízos prévios, *pré-conceitos* (conceitos pré-constituídos), os quais poderão interferir na interpretação que este realiza. Sobre este ponto, conveniente transcrever as palavras de Gadamer (2006, p. 13): “A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela seus preconceitos”.

Para lidar com esse componente, o qual irá interferir na atividade interpretativa, o sujeito deve laborar com a lógica da pergunta e da resposta. Para não enxergar a si mesmo no texto e, por conta disso, permanecer limitado em seu horizonte, o intérprete deve proceder de modo dialógico e dialético com o texto. Deve indagar, perscrutar, investigar, querer saber o que o texto tem a dizer. A propósito, veja as palavras de Gadamer (2013, p. 474):

Para perguntar, é preciso querer saber, isto é, saber que não se sabe (...) a decisão da pergunta é o caminho para o saber. (...) Essa é a razão por que a dialética se concretiza na forma de

perguntas e respostas, ou seja, todo saber acaba passando pela pergunta. Perguntar quer dizer se colocar no aberto. A abertura daquilo sobre o que se pergunta consiste no fato de não possuir uma resposta fixa.

Com esse agir, o conhecimento não se manifesta no modelo clássico *sujeito-objeto*, em que o objeto muitas vezes assume o significado que lhe confere o sujeito, a partir de suas visões de mundo pré-existentes. O conhecimento passa a ser uma construção entre *sujeito-sujeito* (intersubjetiva). O intérprete, ao se deparar com um texto deve estar aberto ao diálogo. Deve, de fato, querer ouvir o outro – o *tu* – existente no texto, e que transmite outras ideias constituídas a partir de sua própria história efetual; do outro.

O sujeito que interpreta deve ter consciência de sua história efetual e, do mesmo modo, da história efetual do outro com quem interage e das limitações que isto implica para ambos. Desse modo, poderá enxergar o texto como algo não seu, e isto poderá lhe acrescentar novos elementos. Poderá entender, aprender e apreender o que ele não sabe, mesmo que suponha já saber.⁴

Para isso, é preciso um compromisso do interpretante. Ao reconhecer seus limites de horizontes, constituídos no seio de sua realidade histórico-linguística, o intérprete deve buscar suspender seus *pré-juízos*, suas *pré-compreensões*; deve questionar e desconfiar de suas verdades íntimas, de suas convicções. Só assim estará, realmente, aberto para algo novo, para o diferente. Para aquilo que não seja ele mesmo.

Em Gadamer, a abertura para o diálogo com o texto irá conduzir àquilo que ele nominou de fusão de horizontes. Veja o que ele diz (GADAMER, 2013, 492):

Na medida em que nega o fantasma de um esclarecimento total, e justo por isso, a consciência, dotada de experiência histórica,

⁴ É o que destaca Vinicíus Silva Bonfim (2010, p. 80): “Não há uma relação de apropriação pelo intérprete do texto, mas um diálogo, seguido de perguntas e respostas, no qual o intérprete participa ‘ouvindo’ o que o texto tem a dizer”.

está aberta para a experiência da história. Descrevemos isto como a fusão de horizontes do compreender que faz a intermediação entre o texto e seu intérprete.

Com a fusão de horizontes, o indivíduo amplia seu campo de visão, antes restrito, e passa a enxergar além daquilo que sua experiência histórica o submetia. Uma interpretação efetiva pressupõe fusão de horizontes, caso contrário não se avançará mais do que as *pré-compreensões* até então já existentes no sujeito.

A hermenêutica filosófica, tal como delineada por Gadamer, tem peso na atividade jurisdicional, seja na interpretação do Direito, seja na significação dos fatos. Agir segundo a hermenêutica gadameriana importa adotar uma postura ética, conforme se buscará demonstrar a seguir.

6. A ÉTICA JUDICIAL E A SUSPENSÃO DOS *PRÉ-CONCEITOS*

Remarque-se que, no desempenho das atribuições jurisdicionais, o magistrado deve visar à concretização do justo (CPC, art. 6º). Para alcançar este desiderato, o juiz deve se valer de critérios técnico-científicos. No entanto, não há como negar que sua visão de mundo é formada, antes, pela sua história efetual, enquanto ser histórico-linguístico, como destacou Gadamer. Esta circunstância formata no magistrado valores, modelos de conduta, noções de certo e errado. Esses modelos, por sua vez, poderão interferir no julgamento das causas que ele examinar. Para lidar com esses aspectos sem comprometer a imparcialidade da decisão, o magistrado deve, primeiro, pautar sua conduta nos imperativos categóricos de Kant. Seu compromisso é com a justiça, tal como assentada nos limites do Direito pela comunidade jurídica. Não há espaço para *fiat justitia, pereat mundus*. Do contrário, o juiz poderá incorrer em uma postura solipsista, o que implica na antítese de sistema jurídico.

Mas só a presença dos imperativos kantianos não é

suficiente. Como já anotado, a ética alberga em si valores, que estão divididos entre correto e incorreto, bem e mal, justo e injusto. Diante deste cenário, como o magistrado equacionará seus valores pessoais e os valores universais do justo e, ainda assim, agir eticamente?

É exatamente neste ponto que emerge a importância da hermenêutica filosófica e a proposta de Gadamer, fornecendo um *roteiro* para que a história efetual do juiz não comprometa sua decisão.

Tomando por base a hermenêutica filosófica de Gadamer, o juiz, ao examinar determinado caso, deve ter consciência das limitações e reflexos de sua história efetual e de seus valores individuais, os quais podem não corresponder aos valores vigentes sobre o tema em desate. Por este motivo, o juiz deve estar aberto ao diálogo. Deve buscar a solução do caso mediante perguntas e respostas formuladas num processo dialético. Deve colocar em suspenso seus *pré-conceitos* e suas *pré-compreensões*; não deve pôr as respostas antes das perguntas, e sim o oposto. Deve formar sua convicção pela via do processo de diálogo.⁵

Escutar não é fácil. No correr da vida há uma propensão dos indivíduos a, tão logo se depararem com assuntos variados, já invocarem suas experiências prévias, externando opiniões com base nelas. Condutas como estas colidem com o pensamento gadameriano, pois impossibilitam a fusão de horizontes.

O juiz que agir desta forma não estará sendo juiz, porquanto não assegurou às partes, em essência, o contraditório e a ampla defesa no sentido filosófico do termo. Não escutou o que o outro tinha a dizer; não olhou para o outro como um outro (um *tu*).

Para que o imperativo categórico possa, de fato, ser aplicado na atividade jurisdicional é necessário que o magistrado, além de ter consciência de sua história efetual, suspenda seus

⁵ Algo como o *Epoché* (ἐποχή) do ceticismo grego, que pode ser traduzido como *colocar entre parentêses*; pôr em suspenso as opiniões.

pré-conceitos e busque a solução nos valores firmados pela comunidade jurídica; constantes da *consciência jurídica geral* (OTERO, 2010, p. 77). Esta será uma postura ética, pois o magistrado não estará impondo às partes uma verdade individual; uma crença ou convicção particular. Estará buscando a solução justa no Direito, o que caracteriza uma postura ética.

As partes na lide aguardam a solução justa conforme o Direito, e não segundo valores íntimos do juiz. Este, ao exercer suas funções, o faz em nome do Estado, e não em seu nome. Está ali para dizer o Direito (*jus dicere*), e não para ditar suas *pré-compreensões*.

Buscar o justo no Direito é agir eticamente.

7. ÉTICA JUDICIAL E *CONSCIÊNCIA JURÍDICA GERAL*

A expressão *consciência jurídica geral*, no sentido ora empregado, revela e contém os valores existentes e prevalentes no Direito em determinado tempo e local. Expressa o conteúdo axiológico do Direito em determinado tempo e local apto a orientar a atuação tanto do legislador, quanto do magistrado em relação a temas jurídicos. É uma espécie de direito anteposto que sustém, sinaliza e confere sentido e consistência ao direito posto, firmado pelas fontes do Direito (lei, precedentes jurisprudenciais, costumes etc.). Nesta métrica, a decisão judicial deve buscar valores jurídicos na *consciência jurídica geral*, e não na *consciência jurídica individual*, no senso particular de justiça do magistrado à solução das causas respectivas.

Para isto ficar mais claro, recorre-se a dois exemplos, ambos extraídos da praxe forense. Trata-se de duas sentenças judiciais. A primeira se baseou em convicções íntimas do magistrado. A segunda na *consciência jurídica geral*. Em termos de resultado, a diferença entre esses modos de agir é notória.

A primeira decisão foi prolatada pelo juiz Manoel Maximiano Junqueira Filho no caso *Richarlyson*. O caso veio à tona

após o dirigente de uma equipe profissional de futebol, durante programa esportivo, referir-se ao jogador de futebol Richarlyson como homossexual. Diante do comentário, o atleta profissional Richarlyson Barbosa Felisbino promoveu queixa-crime em face do dirigente por suposto crime contra a honra. Na decisão, o magistrado concluiu que não houve crime.

Antes de prosseguir, cumpre registrar que não se está aqui a defender a prática de futebol profissional por homossexuais, tampouco manifestar oposição a isto, mesmo porque tais considerações são irrelevantes ao desenvolvimento do tema. O que aqui se põe em relevo, e nos limites da crítica acadêmica, é a forma como foi conduzido o raciocínio judicial na decisão. Na sentença houve, só e só, opiniões pessoais do juiz sobre homossexuais na prática de futebol profissional. Seguem fragmentos da decisão (autos nº 936/07):

Trazer o episódio à Justiça, outra coisa não é senão dar dimensão exagerada a um fato insignificante, se comparado à grandeza do futebol brasileiro.

(...)

Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas, forme o seu time e inicie uma Federação. Agende jogos com quem prefira pelear contra si.

(...)

O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal..

(...) Para não se falar no desconforto do torcedor, que pretende ir ao estádio, por vezes com seu filho, avistar o time do coração se projetando na competição, ao invés de perder-se em análises do comportamento deste, ou daquele atleta, com evidente problema de personalidade, ou existencial; desconforto também dos colegas de equipe, do treinador, da comissão técnica e da direção do clube.

Precisa, a propósito, estrofe popular, que consagra: ‘cada um na sua área, cada macaco em seu galho, cada galo em seu terreiro, cada rei em seu baralho’.

Observe-se que a sentença sequer individualizou o fato ou apontou qualquer fundamento jurídico para decidir. Houve

apenas impressões pessoais, valores individuais do magistrado sobre homossexuais e sua relação com o futebol profissional. Entretanto – insista-se –, o magistrado não exerce suas funções em nome do Estado para expressar suas opiniões. Exteriorizar preferências pessoais para decidir lides implica em postura antiética, além de elevar o risco de desestabilidade do sistema jurídico, uma vez que tais impressões podem estar em rota frontal de colisão com o Direito; com a *consciência jurídica geral*.

O contraponto da sentença do *caso Richarlyson* pode ser encontrado em sentença do juiz Álvaro Rodrigues Júnior, de Londrina-PR, autos nº 16/2007. Nos autos examinados pelo juiz londrinense ocorreu o seguinte: uma mulher se submeteu a cirurgia plástica, realizando previamente os exames pré-cirúrgicos que atestaram sua boa saúde. Logo após o procedimento cirúrgico, no entanto, a paciente passou a apresentar “picos febris, dores constantes, formigamento e inchaço das mamas, inclusive teve a ocorrência de um extravasamento espontâneo de secreção líquida, serosa e misturada com sangue pelos pontos da incisão cirúrgica”.

Diante desse quadro, a paciente foi levada ao médico responsável pela intervenção, “tendo este suturado os pontos rompidos e afirmado que se tratava de evento comum para aquele tipo de cirurgia.” Sucede que, apenas alguns dias após a cirurgia, a paciente veio a óbito, ficando atestado que este se deu em razão de “septicemia miocardite aguda” (infecção generalizada). O fato motivou a propositura de ação indenizatória pelos parentes em face do médico e do hospital.

Pois bem. A princípio, tudo leva a crer que a infecção que causou a morte da paciente adveio da cirurgia. Em consequência, os pedidos indenizatórios deveriam ser julgados procedentes. Porém, ao decidir, o magistrado não se deixou influenciar por supostas *pré-compreensões*. Bem ao contrário. Não só assegurou em plenitude o contraditório e a ampla defesa, como formou seu convencimento com base nas provas documentais,

orais e pericial colacionadas aos autos. Ao final, concluiu que a morte da paciente não poderia ser “atribuída ao comportamento dos réus, pois não ficou comprovado que a infecção que culminou em miocardite aguda teve origem na cirurgia plástica realizada”. Julgou improcedentes os pedidos.

Como se pode observar, a decisão se pautou por uma conduta ética, buscando a solução em referenciais jurídicos, e não em convicções íntimas. Não houve sobreposição de impressões pessoais, e sim exame da causa nos limites do Direito. Se houve justiça na acepção transcendental da palavra não há como saber. Mas, seguramente, foi feito o possível nos limites do humano; nos limites do jurídico para tanto. Qualquer abordagem além desta soaria como *doxa* (palpite), e poderia representar risco à segurança jurídica.

A ética na conduta judicial tem o condão de conjugar em seu âmago a busca por justiça, valendo-se dos critérios científicos.

7. CONCLUSÕES

Do desenvolvimento do tema, foram extraídas as seguintes conclusões:

1. As decisões judiciais devem conjugar em si elementos como busca por justiça, mediante critérios científicos. Ao lado de ambas, é imprescindível a ética judicial na confecção das decisões. A ética complementa justiça e ciência na atuação judicial.
2. Ética tem função prática, na medida em que instiga no sujeito questões sobre qual o comportamento ideal a ser trilhado em situações concretas.
3. A ética é fundamental no processo decisório judicial, pois penetra na seara mais íntima do indivíduo, onde noções de justo podem estar relativizadas e critérios científicos podem não ser suficientes à justiça nos limites do Direito. A ética insta o magistrado para um agir sóbrio, correto e isento de ânimos

pessoais.

4. Para decidir com ética, o juiz deve tomar por base os imperativos categóricos de Immanuel Kant e suspender seus *pré-conceitos*, conforme preconizado pela hermenêutica filosófica, defendida por Hans-Georg Gadamer.

5. A decisão judicial ética deve buscar as soluções jurídicas na *consciência jurídica geral*, e não em suposta consciência jurídica individual do magistrado, prolator da decisão.

6. A ética faz do magistrado um legítimo juiz, na acepção jurídica do vocábulo.



REFERÊNCIAS

- BONFIM, Vinícius Silva. Gadamer e a Experiência Hermenêutica. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 76-82, abr./jun. 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética. Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- CORTELLA, Mário Sérgio. *Qual é a Tua Obra? Inquietações propositivas sobre a ética, liderança e gestão*. 20ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- FREUD, Sigmund. *O Ego e o Id e outros trabalhos (1923-1925)*. In *Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*. Volume XIX. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. *O problema da Consciência Histórica*. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 3ª ed. In Pierre Fruchon (Org.) Rio de Janeiro: Fundação Getúlio

- Vargas, 2006 (Reimpressão 2009).
- _____. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Coleção Pensamento Humano. Tradução Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução Ênio Paulo Giachini. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. *Revista Estudos Avançados (USP)*. São Paulo, v. 3, n. 7, p. 4-19, set./dez.1989.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- MARCONDES, Danilo. *Textos Básicos de Ética. De Platão a Foucault*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. V. I. Identidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2010.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Além do Bem e do Mal. Prelúdio a uma filosofia do futuro*. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM Editores, 2011.
- SANDEL, Michael. *Justice. What's the right thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux. 2009.
- VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 22ª ed. Tradução de João Dell'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.