

Conferência de encerramento

Tema:

**As Instituições entre o individualismo e o interesse público
– o papel da ética**

(Mediador do painel: Francisco José Borges Motta)

Painelistas:

Lenio Luiz Streck / Renato Janine Ribeiro

**ÉTICA E ATUAÇÃO COTIDIANA DE MEMBROS
DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA MAGISTRATURA**

Lenio Luiz Streck

Um dos grandes problemas da contemporaneidade é a questão que envolve a relação do indivíduo com as instituições públicas. Como se move o agente político dentro das relações entre o público e o privado? Na fábula das abelhas, de Mandeville, as abelhas moralistas queriam extinguir toda a maldade da sociedade, mas o projeto faliu, porque não existe qualquer possibilidade de se organizar uma sociedade sem vícios. Daí vícios privados, benefícios públicos. Embora no Brasil o contrário também seja verdadeiro, com vícios públicos e benefícios privados. Em *terrae brasilis* nós invertemos a fábula de Mandeville.

* Ex-Procurador de Justiça-RS; Doutor em Direito; Pós-Doutor em Direito; Professor Titular da Unisinos.

Para compreender a diferença entre ética e moral é interessante utilizar o exemplo de Dworkin sobre a piscina. Segundo o jurista estadunidense, a ética seria como nadar bem, como o indivíduo aprende a nadar e como nos comportamos dentro de uma raia, ou seja, a preocupação de como podemos viver bem dentro de uma comunidade. Por exemplo, a Constituição estabelece um ideal de vida boa, sendo o Brasil uma república que visa erradicar a pobreza, fazer justiça social, tratar com dignidade as pessoas. O ideal de vida boa apresenta fortes conteúdos éticos. Nesse sentido, não se vive uma boa vida sendo um patife. E o que seria a moral? A moral, dentro do exemplo da piscina, é como eu me comporto em relação aos demais nadadores. Desse modo, quando o nadador troca de raia é sempre para ajudar outro nadador e nunca para prejudicá-lo.

Assim, para iniciar a discussão sobre a modernidade é possível fazer referência a três problemas. O primeiro é o individualismo exacerbado, que, no caso, tem relação com o sujeito solipsista. O segundo é a razão teórica instrumental, que tem relação com o domínio da técnica. A terceira é a razão burocrática, que se manifesta na maneira como as pessoas perdem sua capacidade de reflexão. Ou seja, o sujeito não lê o livro, mas lê no Google e, portanto, utiliza um atalho para buscar suas respostas. No romance *Reprodução*, de Bernardo Carvalho, um sujeito que conhece o mundo somente a partir do computador, com seus jargões encontrados no Google, é preso e interrogado pela polícia. Sua comunicação ocorre apenas por meio de jargões, misturando uma frase com outra sem alcançar qualquer sentido. Como no caso do Google, quando é feita uma pesquisa sobre as “Cataratas do Iguazu” e no computador aparece “opero catarata em clínicas de olhos em Foz do Iguazu”, não apresentando nada sobre a cidade de Foz do Iguazu e, muito menos, sobre suas cataratas. Óbvio, o Google só possui dois bytes e uma máquina não tem capacidade de pensar.

Este é o problema da razão burocrática. Temos muita informação, mas não fazemos muita reflexão. Nós saltamos ou tentamos saltar de uma modernidade inconclusa para uma pós-modernidade em que não há mais fundamento. Tem dois anúncios publicitários que retratam muito bem essa situação. Um deles é de uma cerveja que mostra que não há mais fundamentos, é grau zero e diz assim: “por que você bebe a cerveja Skin? Porque sim”. É grau zero de sentido, não há fundamentos, não há nada. Essa resposta quer dizer que somos incapazes de qualquer reflexão.

Não precisamos de fundamentos, eu sou o meu próprio fundamento, numa espécie de neonominalismo em que só existem coisas particulares. Tem outro anúncio publicitário em que um casal muito bonito está no aeroporto, sorridente, saindo de férias, então aparece um slogan do banco: não se preocupe com o IPVA e nem com o material escolar de seus filhos, o banco lhe empresta. Mas se as pessoas não têm dinheiro para pagar o seu IPVA e nem o material dos seus filhos,

como é possível viajar de avião para o exterior? Qual é o fundamento disso? Acabaram-se os problemas. Vivemos uma espécie de neonominalismo.

O terceiro problema que se encaixa nisso é a diferença entre decisão e escolha, que eu denomino de fator Fernando Luiz. E por que fator Fernando Luiz? Um orientando do mestrado apresentou uma dissertação bem interessante sobre a discricionariedade judicial. Ele mora no interior de Santa Catarina e foi estudar comigo no Rio de Janeiro. Em sua defesa da dissertação ele contou a seguinte história: “eu sou juiz, minha mãe é juíza, meus amigos são juízes, eu só lido com juízes e promotores, nos reunimos nos finais de semana entre juízes e promotores. Minha mãe é honesta, eu sou honesto, meus amigos são honestos, todo mundo é extremamente honesto, somos bondosos, somos cristãos, etc. Contudo, quando nós nos reunimos para discutir as causas que decidimos ou que denunciamos, cada um tem uma opinião diferente. Neste momento eu descobri que não basta ser bom, probo, para fazer Direito eu preciso de uma criteriologia, preciso ser isonômico, preciso de outro tipo de virtude, não de uma virtude pessoal”. Por isso, decisão não é escolha. Posso escolher entre Coca-Cola e Pepsi, mas isso é uma decisão pertencente à esfera privada, da minha relação com a razão prática.

Quando um promotor ou juiz decide é um ato de responsabilidade política. Posso odiar ou amar a cobrança de impostos, mas na hora de julgar tenho que estar envolvido numa estrutura pública que exija minha responsabilidade política. É como o garçom que serve seus clientes, mas nunca faz a comida. Ele pode odiar o alimento que será servido, mas será obrigado a entregá-lo. Essa é a responsabilidade política dos magistrados. É o *accountability*, o dever que todo magistrado tem de decidir e não escolher. Da mesma forma, o promotor não escolhe denunciar, mas decide denunciar. O grande problema nacional é que hodiernamente juízes e promotores decidem conforme suas consciências. É estarrecedor quando juízes e promotores dizem: “eu decido conforme a minha consciência”. A democracia perde com isso.

É por isso que a modernidade instituiu os dois corpos do rei. Quando o cidadão vai ao Judiciário ou ao Ministério Público ele não quer saber a opinião pessoal do juiz ou do promotor, mas sim a resposta que o Direito pode lhe oferecer independentemente da vontade do agente público. Em *Medida por medida*, de William Shakespeare, é possível entender o problema da discricionariedade judicial. Após Ângelo assumir o poder, seu primeiro ato foi aplicar uma lei que dormitava há muito tempo no reino e que proibia a fornicação. Isto é, quem fornicasse antes do casamento recebia pena de morte. Cláudio, um jovem garboso, havia fornicado com a bela Mariana, sua amada. Preso pelas forças da repressão e levado à presença de Ângelo, acaba condenado à morte. Enquanto Cláudio esperava o cumprimento de sua sentença, Ângelo recebe a visita da bela irmã do condenado, Isabela, que há pouco tempo havia se noviciado. A bela mo-

ça tenta interceder a favor de seu irmão, ao que Ângelo diz: “não fui eu quem condenou o seu irmão, foi a lei, eu sou um escravo da lei”. Ela insiste, insiste e ele diz: “se fosse o meu irmão eu faria o mesmo”. Ela vai embora, triste, mas no dia seguinte retorna para tentar convencê-lo, ao que ele reage novamente: “não fui eu quem condenou, foi a lei e eu sou um escravo da lei”. Mas enquanto Ângelo vai falando a concupiscência toma conta do seu ser, porque debaixo daquelas vestes de noiva ele vislumbra um bípede apetitoso e a sua volúpia não o deixou terminar o próprio raciocínio. Quando ele ia dizendo, “eu sou um escravo da lei, nada posso fazer... mas se você fizer amor comigo eu liberto o seu irmão”. Isto é, o Ângelo um era o escravo da lei, enquanto o Ângelo dois é o dono da lei. São dois exemplos de juízes que adiantam em 200 anos o problema do século XIX, que é um problema que se arrasta até os nossos dias. De um lado um juiz que se diz escravo da lei e do outro o juiz que instrumentaliza a lei. Esta dicotomia ultrapassada nós temos que resolver a partir da diferenciação entre decisão e escolha.

Em quarto lugar, é importante falar do aspecto simbólico do Direito, isto é, como o Direito deve se comunicar no atual contexto. Por exemplo, recentemente participei de um congresso na Alemanha, onde o jurista Klaus Günther falava do papel das vítimas em uma sociedade; no fundo era uma questão de como a sociedade ou a vítima se comporta. E ele colocava a questão sobre como o Estado deveria passar a mensagem sobre o que é o Direito. Ou seja, o Direito teria que levar em conta uma importante função: a comunicação de uma mensagem. Esta mensagem deveria dizer que quem erra será punido, pois isso é o que mais importa para quem sofre qualquer injustiça. Qual é o desejo primário dos que são injustiçados? O de que os perpetradores do ato injusto sofram algum tipo de castigo. Então o Estado tem que passar a mensagem de que o fato ocorrido foi ilícito. Caso contrário, diminui a confiança e a autoestima da comunidade no exercício da cidadania. Então ele afirma que o fator um é aquilo que em alemão se diz *Eigene Fehler Dummheit*. Ou seja, a pessoa pode pensar que aquilo aconteceu por sua culpa. A segunda é o *Unglück (Pech gehabt)*. A vítima pode pensar que o fato ocorreu porque deu azar, ou seja, ela é uma pessoa sem sorte. Em ambos os casos ocorre uma perda de autoconfiança do cidadão lesado ou da vítima dos assaltos, etc.

O papel do Estado, eticamente, é o de provar a culpa, mesmo que não haja pena a ser aplicada. O Direito deve comunicar isso à sociedade e às vítimas por meio da defesa da dignidade da pessoa humana e da sua segurança, já que estas não podem ser interpretadas como decorrentes do acaso, do azar ou da própria culpa da vítima. Para evitar essas alternativas, o Estado sempre deve investigar e apontar os culpados. Vejamos como isso ocorre na cotidianidade: a vítima é assaltada e quando reage é criticada duramente. E aí vêm as mensagens

das autoridades: “não reaja e, se possível, procure carregar nos bolsos o dinheiro do assaltante, para não irritá-lo”. Com isso não estou dizendo que a vítima deva reagir, mas denunciando a alternativa ruim que se coloca para ela. Inverte-se a situação do cidadão de ver seu direito fundamental à segurança pública respeitado pelo Estado. A vítima é assaltada e o Estado se manifesta da seguinte maneira: “a pessoa ficou dentro do carro e acabou facilitando a vida do assaltante”. Contudo, é possível fazer a leitura de outro modo: “o cidadão tem o direito de andar livremente pelas ruas e o Estado tem o dever de oferecer segurança pública, ou seja, o cidadão está certo e o assaltante está errado”.

Isso deve ser comunicado à sociedade. O cidadão deve saber que o Estado se importa com ele. Por exemplo, na relação entre o consumidor e as companhias telefônicas e os bancos; na situação dos presos, etc. No trânsito se costuma dizer, “a culpa é sempre dos motoristas”, mas ninguém se dá conta que, infelizmente, o Brasil foi feito para poucos. E de repente o Brasil começou a consumir mais, com a melhora do poder aquisitivo de um setor significativo da sociedade, enquanto setores da elite passaram a reclamar das filas nos aeroportos. Mas, enfim, o Brasil foi feito para poucos, ignorando completamente o significado de cidadania. Alguém morre ao tentar atravessar uma rodovia e o culpado é ele por não ter utilizado a passarela. O Estado ignora completamente que a vítima morava do outro lado da rodovia, que era obrigado a enfrentar um longo caminho até o trabalho e que deveria encarar mais 5 km para chegar à passarela. As pessoas morrem nos acostamentos e o Estado não considera que eles são construídos sem as mínimas condições de uso. Outras pessoas morrem em acidentes de trânsito e ninguém faz uma estatística para mostrar que as vítimas morreram dirigindo carros que são vendidos sem air-bag e sem o freio ABS, etc. Então voltamos a colocar a culpa nos motoristas; enquanto o Estado, que deveria comunicar uma mensagem sobre o direito das vítimas, acaba não fazendo. Nesse sentido, acaba surgindo um problema sério com relação à cidadania. Por exemplo, quando as pessoas viajam mal acomodadas no avião, em vez da companhia aérea investir no conforto de seus passageiros, ela diz o seguinte: “movimentem as pernas, caso contrário vocês podem ter uma embolia”. Mas não existe uma lei sobre o espaço mínimo entre as poltronas? No entanto, as companhias aéreas não cumprem a determinação legal.

Tudo isso envolve o aspecto simbólico do Direito, da sua comunicação com a sociedade. Em um país tão conflituoso, como é o Brasil, é necessário compreender os problemas relacionados à ética, à moral, ao papel do Estado na solução de conflitos, à atuação do ministério público, à atuação dos magistrados, etc. Que tipo de comunicação o Estado oferece do Direito? O ministério público e os juízes não são guardiões de uma moralidade que corrige externamente o Direito, pois ele conquistou um grau de autonomia na contemporanei-

dade. Sem este entendimento sobre o Direito nós acabamos por enfraquecer a cidadania, comprometendo cada vez mais a visão que o cidadão tem do judiciário e do ministério público.

É por isso que o Brasil é um país que judicializa até o amor. Um país que precisa do judiciário para resolver o problema do pai que não deu amor ao filho, com o STJ condenando o pai a pagar R\$100.000,00, R\$ 200.000,00 por desamor, é um país que não consegue resolver nada sem a judicialização. E o judiciário acaba com pouca responsabilidade política, com seus magistrados decidindo livremente como querem. Agora, por exemplo, alguém que possui uma amante durante 17 anos e vive, ao mesmo tempo, com ela e a esposa, é considerado pelo Judiciário como se mantivesse uma relação de concubinato adúltero. Se ele morre, a amante entra com uma ação que reivindica a metade de seus bens. O Judiciário afirma que a amante tem direito a metade. Como assim? Porque o Judiciário acredita que é justo. Mas qual é o sentido de justo em uma sociedade como a nossa? E assim a sociedade acaba judicializando as relações sociais e esquecendo o grau de autonomia do direito.

Não gosto dos livros de Michael Sandel, mas utilizo-os para demonstrar por que o Direito não é filosofia moral. Em sua obra aparece o seguinte dilema: você é um maquinista e diante de uma situação é obrigado a escolher entre atropelar 5 pessoas ou um gordinho; em outra situação, você está sentado na plataforma do trem e tem cinco pessoas que vão ser mortas, mas se jogar o gordinho na frente do trem acaba salvando todas elas. Qual deve ser a escolha nestas duas situações? Estes dois dilemas não pertencem ao direito. Se um juiz realmente tivesse que decidir esses dois casos, antes ele teria que se submeter a critérios legais para tomar a decisão. Logo, a manifestação do Judiciário não estaria baseada em escolhas, pois a decisão implica responsabilidade política por parte dos juízes.

Desse modo, o Brasil acaba construindo uma espécie de panprincipiologismo, ao inventar princípios que não existem na ordem jurídica. Os juristas inventam padrões de decisão que valem mais do que a própria Constituição, ao afirmarem que a amante concubina adúltera tem direito à metade dos bens. Não se importam, por exemplo, com o que o Código Civil tem a dizer a respeito do caso. Mas, por quê? Porque o princípio da afetividade vale mais do que a lei. Ora, isso é uma invenção que os juristas fizeram contemporaneamente para que cada um decida como quer. Assim, uma das grandes questões hodiernas do Direito é lutar para que a estrutura legal, montada a partir de uma discussão que se dá na esfera pública, seja efetivamente respeitada no momento da decisão judicial. Que esta estrutura não seja corrigida por opiniões meramente individuais ou decisões solipsistas que produzem um déficit democrático. A judicialização é um fenômeno do qual o próprio governo se aproveita. O Ministério da Saúde,

por exemplo, tem no seu site uma orientação de como as pessoas devem entrar em juízo contra ele mesmo. O governo do Estado de São Paulo gastou, somente em 2011, mais dinheiro em ações judiciais do que em políticas públicas. Nos primeiros meses de 2012, somente na cidade de São Paulo, houve 900 determinações de construção de novas vagas em creches pelo Judiciário. A questão é saber o seguinte: quem governa São Paulo? É o Poder Judiciário ou o chefe do Executivo?

Isso gera uma espécie de subcidadania. Querem ver? No Mato Grosso e em Cuiabá as pessoas têm dois, três pontos de Net ou Sky, mas não queriam pagar, o que se fez? Em vez de reunirem uma associação para protestar na frente da Net ou contratar um advogado, etc., o que fez o Estado? A defensoria pública entrou com uma ação civil pública e, a partir de agora, ninguém mais precisa pagar o segundo e o terceiro ponto da Net. Só tem um pequeno problema, a Constituição afirma que a defensoria pública deve prestar serviço somente aos hipossuficientes. Os consumidores da Net ou Sky não eram hipossuficientes. Assim, aos poucos a sociedade terceiriza aquilo que era para ser sua responsabilidade política.

Em uma cidade do Rio Grande do Sul, que existe há 50 anos, a Prefeitura não disponibilizava ônibus para as crianças irem para o colégio. A Defensoria ou o Ministério Público da cidade entra com ação civil pública e o Poder Judiciário concede uma liminar dizendo que a Prefeitura deve fornecer transporte público para as crianças. Ou seja, as pessoas abrem mão de fazer política e o Estado cria uma espécie de tutoria para disputar a primazia sobre os hipossuficientes na sociedade.

É preciso preservar aquilo que é a grande conquista da modernidade, a interdição da lei. Esta é uma questão hobbesiana. Por isso, é necessária uma grandeza moral da parte de quem atua dentro das instituições públicas. Nenhum patife consegue preservar o ideal de vida boa estabelecido pela Constituição. Depois de 25 anos na prisão, Nelson Mandela exigiu duas coisas quando conquistou a liberdade: vestir um terno e sair ao lado do Frederik Willem de Klerk, seu adversário político. Naquele momento ele deu uma mensagem: “eu sou um estadista, sou igual ao Willem de Klerk e, por isso, saio com ele”. Naquele momento Mandela estava demonstrando a grandeza moral de ser o líder da transição na África do Sul. A grandeza moral que nós temos que ter quando estamos nadando, aprendendo a nadar ou quando trocamos de raia para ajudar alguém, conforme o exemplo de Dworkin. A Constituição diz que o Brasil é uma república que visa erradicar a pobreza, fazer justiça social e construir uma sociedade justa e solidária. Este é o compromisso que nós devemos assumir enquanto membros de uma comunidade.

