

AS VIRTUDES MORAIS COMO VIA DE ACESSO DO JUIZ À DIMENSÃO
NATURAL DO JUSTO, INDEPENDENTEMENTE DA PRÁTICA RELIGIOSA / MORAL
VIRTUES AS ACCESS VIA TO THE JUDGE TO NATURAL DIMENSION OF THE JUST,
REGARDLESS OF RELIGIOUS PRACTICE ¹

Frederico Bonaldo ²

RESUMO

A pretensão deste trabalho é mostrar que a melhora institucional do Poder Judiciário consiste, fundamentalmente, em que cada juiz ponha todos os meios ao seu alcance para encontrar o justo em cada caso que lhe é apresentado. Dentre esses meios, destaca-se aqui o conhecimento da dupla dimensão do justo – natural e positiva – e da dinâmica entre essas dimensões, bem como a aquisição das chamadas virtudes morais, como meio de acesso ao referido conhecimento *in casu*. Outro aspecto destas linhas é deixar claro que o discernimento casuístico das dimensões natural e positiva do justo e a aquisição das virtudes morais por parte do juiz podem efetuar-se mesmo quando este prescinde da prática religiosa. Não obstante, ao final do texto analisa-se brevemente como a prática religiosa pode auxiliar o ser humano na aquisição das virtudes morais e na consequente – se esta for a sua função na sociedade – identificação das dimensões natural e positiva do justo em cada conflito de interesses que chegue aos tribunais.

Palavras chave: Justiça. Dupla dimensão do justo. Virtudes morais. Prática religiosa.

ABSTRACT

The goal of this work is to show that institutional improvement of the Judicial Power consists, fundamentally, that each judge uses all the means close at his hand in order to find out the just law in each case submitted to him. Among these means, it is emphasizes here the knowledge on the double dimension of right – natural and positive – and the dynamics between them, as well as the acquisition of the so called moral virtues as a means of access to the mentioned in casu knowledge. Other aspect of these lines is clarifying that casuistic discernment of the natural and positive dimensions of right and the acquisition of the moral virtues by the judge may be achieved, even though the judge lacks to practice

¹ Este trabalho é uma versão traduzida ao português, modificada e ampliada da lida nas IV Jornadas Internacionales de Derecho Natural – Ley Natural y Legítima Laicidad, realizada na sede de Buenos Aires da Pontificia Universidad Católica Argentina, em 10 de setembro de 2008.

² Professor do CEPED-UERJ, Doutorando em Direito na Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina) e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: fbonaldo@ius.austral.edu.ar.

any religion. Notwithstanding, the end of the text contains a briefly analyses on the aid religious practice can proportionate to the human being in the acquisition of the moral virtues and the following – if it is his function in society – identification of the natural and positive dimensions of the right in each conflict of interests which comes to the judicial courts.

Keywords: Justice. Double dimension of the just. Moral virtues. Religious practice.

1. Introdução

Em meados de 2003, tive, pela primeira vez, a oportunidade de ministrar uma série de aulas sobre “Direito, justiça e ética” no curso de especialização em Direito Médico da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Uma vez que o convite me fora feito poucas horas antes da primeira aula da série, não encontrei outra solução a não ser tomar e retocar levemente os apontamentos sobre o pensamento ético e jurídico de Aristóteles que já tinha preparados para as minhas aulas para os alunos da graduação em Direito da mesma instituição, os quais, naquela altura, cursavam a disciplina “História do Direito”.

Apesar da pressa para organizar o material – de maneira a oferecer aos assistentes aulas suficientemente dignas de um curso de pós-graduação –, pude, por fim, discorrer sobre as linhas gerais da ética e do direito tal como concebidos pelos Estagirita, a saber: a) o ser humano tem um desejo natural de felicidade (eudaimonia); b) ele o satisfaz paulatinamente à medida que, com as suas ações, escolhe os bens que verdadeiramente convêm ao aperfeiçoamento integral de si mesmo, ao invés daqueles bens que o são meramente em aparência; c) para tanto, tem que adquirir – mediante o exemplo alheio, a auto-convicção e a tentativa reiterada – os hábitos virtuosos (aretái) que o levem a desejar racionalmente o bem verdadeiro; d) uma dessas virtudes é a justiça (dikaiosunê), que aperfeiçoa a vontade do sujeito agente de maneira a que este possa dar a cada um o que lhe pertence; e) que o objeto da ação de justiça é o justo (to díkaion), que, posteriormente, os romanos traduziram como ius, e que, por sua vez, é expresso pelos idiomas modernos com os vocábulos “direito”, “derecho”, “diritto”, “droit”, “right”, “recht” etc.; f) que o direito provém em parte da natureza (díkaion physicon) e em parte da convenção humana (díkaion poilitikon), fato este que dera lugar ao binômio “direito natural/direito positivo”; g) e que

o justo ou direito se encontra tanto nas relações sociais de distribuição como nas de comutação.

Seguindo a prática habitual, ao final dessas aulas, os assistentes manifestaram o seu agradecimento com aplausos. Até aí, nada de especial: eu estava convencido de que tinha cumprido o meu papel, e me preparava para voltar para casa. Porém, terminada a última aula, alguns dos alunos juízes aproximaram-se de mim, fazendo-me vários comentários e perguntas. Foi então que comecei a me interessar pela ética judicial, uma vez que mais de uma pessoa me disse que o mais lhe chamara a atenção nas aulas fora a exposição que Aristóteles faz das virtudes, acrescentando que isso deveria ser ensinado nas escolas de magistratura, pois – afirmavam os próprios assistentes ao curso – ela era, no final das contas, a única garantia da melhor prestação jurisdicional. O mesmo voltou a ocorrer nas aulas que ministrei posteriormente: juízes deslumbrados com o tema das virtudes, desejosos de saber mais acerca delas. Perante essas manifestações, não tive dúvida: tinha que dedicar parte do meu tempo de pesquisa acadêmica à ética dos juízes.

No entanto, deparei-me com a dificuldade de que as obras que comecei a consultar sobre ética do juiz e deontologia judicial praticamente não abordavam o tema das virtudes. Frente a isso, o sentimento inicial foi de desalento: como eu faria para pesquisar e escrever sobre as virtudes do juiz se não encontrava suficiente material bibliográfico?

Afortunadamente, a sensação desalentadora durou pouco. Passado não muito tempo, recebi do professor argentino Rodolfo Vigo um excelente artigo seu intitulado “Ética judicial e interpretación jurídica”. Neste trabalho, o Prof. Vigo lançava luz a um fato de enorme transcendência para o Direito contemporâneo: a discricionariedade com a qual os juízes contam hoje em dia só daria lugar a uma melhora institucional na administração de justiça se estivesse acompanhada do empenho constante por parte dos decisores de incrementar o seu caráter com qualidades éticas. Após essa descoberta, pude encontrar, graças às referências e indicações do Prof. Vigo, vários outros trabalhos que tratavam da ética judicial, ao menos tangencialmente, a partir da perspectiva das virtudes. Assim, as minhas fontes foram enriquecendo. Mais recentemente, tive contato com o belo livro escrito pelo Prof. Javier Saldaña Serrano inteiramente dedicado às virtudes do julgador³.

³ Javier SALDAÑA SERRANO, *Ética judicial: virtudes del juzgador*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación – Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2007.

Com base nestas e outras obras surgiu o tema do presente trabalho, que, de uma maneira algo tosca e ainda necessitando ser muito mais lapidado, procura pôr em evidência que o bom desempenho judicial consiste em decidir de maneira justa, dando a cada parte do processo jurídico aquilo que lhe pertence. A chave para tanto é ter acesso à dimensão natural do justo (o direito natural) de cada caso, na qual se podem detectar as exigências naturais da justiça. E a condição para este último empreendimento é a aquisição das virtudes morais. Nisto consiste a parte central do presente escrito.

Lateralmente, trata-se o tema das virtudes morais enquanto via de acesso à dimensão natural do justo à luz da questão da laicidade – pelas razões expostas no próximo subtítulo –, e, depois da conclusão, em consonância e como complementação da laicidade, faz-se uma breve consideração acerca da contribuição da religião ao afazer bem-sucedido da função jurisdicional.

2. A laicidade não se encontra em litígio com o direito natural e com as virtudes morais

As temáticas das virtudes morais e do direito natural – ou dimensão natural do justo, expressão que aqui se julga mais apropriada pelas razões que se aduzem mais adiante – têm como referências históricas principais Aristóteles (séc. IV a.C.) e Tomás de Aquino (séc. XIII d.C.). Uma vez que este último reabilitou a filosofia daquele, compaginando-a com a fé cristã, ocorre que não poucos membros da comunidade jurídicocientífica contemporânea julgam que o tratamento do bom desempenho da atividade jurisdicional sob os ensinamentos das temáticas mencionadas resulta inadequado à realidade sócio-cultural hodierna, marcadamente pluralista e defensora de posturas laicas no tocante a assuntos de interesse público.

Na verdade, porém, a laicidade não se encontra em litígio com os temas da justiça achada na natureza humana e das coisas e com o dos hábitos virtuosos do caráter, em razão de esses temas também serem profusamente tratados a partir de uma perspectiva teísta, e, mais concretamente, cristã. Desse modo, trata-se aqui de discorrer sobre o acesso laico à dimensão natural do justo no âmbito do que Francesco D'Agostino denominou espírito laico ressemantizado, isto é, aquele espírito que se caracteriza por se considerar ontologicamente paritário ao espírito religioso e que, precisamente por isto, fomenta a

liberdade, é tolerante e assume o seu anti-dogmatismo de maneira não fanática⁴. Em outras palavras, aborda-se o tema escolhido no interior da esfera que hoje se sói chamar “laicidade positiva”, a qual se contrapõe a uma “laicidade negativa”, ou seja, a uma concepção do espírito laico que não alberga as características mencionadas, mas que, pelo contrário, considera a si mesma superior à religiosidade e, por conseguinte, acaba por assumir a fanática postura de não tolerá-la como fonte de argumentação nos debates de interesse público.

Com base no exposto, entende-se no presente escrito que “laicidade positiva” significa, simplesmente, laicidade, ao passo que “laicidade negativa” é sinónimo de laicismo, isto é, do espírito laico (preponderantemente cultivado nos ambientes intelectuais da atualidade) que, por ter se tornado dogmático, corrompeu a semântica originária da laicidade e que chega ao ponto de ser incoerente consigo próprio, razão pela qual, de acordo com o mesmo D’Agostino, sofre de uma profunda «crise de sentido»⁵.

A superação dessa crise encontra-se, precisamente, na retomada do sentido originário de laicidade, no qual sobressaem, especialmente, dois pontos: 1) afirmar que há aspectos observáveis do ser humano e do mundo que dão certa razão deles, mesmo sem o recurso a uma chave interpretativa de índole transcendente⁶; e 2) que os que não creem em Deus e não compartilham a sua imprescindibilidade à hora de tomar decisões, não deixem, contudo, de manter as suas “portas abertas” a essa eventual realidade supratemporal.

2. Um esclarecimento terminológico e a composição dual do direito

Após anos de dedicação ao estudo da relação entre direito positivo e direito natural, Javier Hervada pôde escrever que o direito é uma realidade unitária, em parte natural e em parte positiva, de modo necessário e indissociável⁷. Tendo absorvido e aceito este ensinamento, afirma Renato Rabbi-Baldi que o direito é «uma única realidade nutrida

⁴ Cf. Francesco D’AGOSTINO, “Ripensare la laicità. L’apporto del diritto”, em IDEM, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, terza edizione riveduta ed ampliata, Torino, G. Giappichelli Editore, 1997, pp. 119-140. As características mencionadas estão explicadas nas pp. 132-135.

⁵ Idem, p. 120.

⁶ V. Mariano FAZIO, *Historia de las ideas contemporáneas. Una lectura del proceso de secularización*, Madrid, Rialp, 2006, pp. 383-390.

⁷ Cf. Javier HERVADA, *Historia de la ciencia del derecho natural*, 3ª ed., Pamplona, EUNSA, 1996, pp. 2326.

de fatores de dupla origem (natural e positiva)»⁸, que se manifesta «numa chave decididamente “institucional”, na medida em que essa onicompreensiva dimensão jurídica se “positiva” nas instituições de todas as nações através da doutrina, da legislação, da jurisprudência, da prática tribunalícia etc.»⁹. Isto justifica que se haja preferido usar no título deste artigo a expressão “dimensão natural do justo” em vez de “justo natural” ou “direito natural”. Do contrário, existe a possibilidade de entender que a dimensão natural do direito é estanque em relação à sua dimensão convencional ou positiva, compondo um conjunto de normas jurídicas imediatamente invisíveis e intangíveis, ao qual só uma mente especialmente iluminada poderia ter acesso perante um concreto conflito interpessoal de interesses. E este foi, precisamente, o erro operado, no século XVIII, pela denominada Escola Racionalista do Direito Natural, que, depois, se revelaria como a geradora do positivismo jurídico, plasmado, na era novecentista, no Code civil¹⁰, o qual tem se ostentado, não raro, como uma das mais emblemáticas concretizações do laicismo, ou seja, do atual espírito laico em aguda “crise de sentido”¹¹.

Enquanto o homem não deixar de ser humano, seguirá de todo procedente a vetusta definição dantesca de direito: «ius est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem; corrupta, corrumpit» (o direito é a proporção real e pessoal de um homem a outro, que conservada conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a)¹². Entendo haver plena coincidência entre a proporção indicada por Dante e o

⁸ Renato RABBI-BALDI CABANILLAS, *Teoría del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 2008, p. 163.

⁹

Ibidem.

¹⁰ Cf. Michel VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, tradução ao italiano de Rosabruna D’Etorre e Francesco D’Agostino, Milano, Jaca Book, 1986, p. 541.

¹¹ Esta asserção é corroborada por umas impactantes palavras de Paolo GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 93: «O Código revela plenamente a sua filiação iluminista. O Príncipe, indivíduo modelo, modelo do novo sujeito liberto e fortificado pelo humanismo secularizador, é capaz de ler a natureza das coisas, decifrá-la e reproduzi-la em normas que podem ser pensadas legitimamente como universais e eternas, qual tradução em regras sociais daquela harmonia geométrica que sustenta o mundo. Aqui se manifesta a fundação jusnaturalista, que enerva de eticidade a certeza da qual o Código se faz portador, uma vez que quando se é capaz de ler a natureza das coisas, a nervura ética é indubitável, mesmo se no pano de fundo já não há o Deus-pessoa da tradição cristã, mas sim uma vaga divindade panteisticamente apercebida».

¹² DANTE ALIGHIERI, *De monarchia* 2.5., cit. por VILLEY, “Los orígenes de la noción de derecho subjetivo”, em IDEM, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, p. 34, nota 25, in fine. Miguel REALE, *Lições preliminares de direito*, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 60 julga a delimitação do fenômeno jurídico legada pelo divino poeta como uma «apreensão genial daquilo que no Direito existe de substancial».

ajustamento de liberdade e igualdade que Andrés Ollero concebeu muitos séculos depois como centro de gravidade da realidade jurídica, conducente à coexistência¹³. E as fronteiras desse ajustamento coexistencial sempre resultarão de uma mescla de natureza e convenção. Somente inteirando-se dessa dúplici composição de todo e qualquer direito, isto é, só conhecendo «o ordenamento jurídico em todas as suas dimensões e sabendo distinguir entre o direito e a vontade despótica e arbitrária»¹⁴ poderá o juiz fazer justiça habitualmente, em todos os casos submetidos a seu juízo¹⁵, de maneira a prescrever aquele «certo agir humano adequado aos títulos de outrem»¹⁴.

3. Começar do “posto” e atravessá-lo com a prudência

Para dar a cada um o que é seu, para dizer o justo em cada situação determinada – ou, em outras palavras, para detectar e comunicar a resposta ajustada em toda disputa de interesses –, não basta que o juiz possua o que Lawrence B. Solum chama inteligência judicial ou sabedoria teórica no contexto judicial (judicial intelligence ou theoretical wisdom in the judicial context), caracterizada pela destreza no manejo da teoria jurídica, pela habilidade para adentrar em raciocínios jurídicos sofisticados e pela capacidade de discernir correlações sutis dentro da doutrina jurídica¹⁵, pois, como demonstra a

¹³ Cf. Andrés OLLERO TASSARA, ¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996, p. 273.

¹⁴ HERVADA, p. 26.

¹⁵ Isto não é uma quimera, mas sim um estrito dever jurídico do julgador, contemporaneamente reconhecido – inclusive em forma constitucionalmente positivada – como a inexorável contrapartida do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Para uma extensa e matizada explicação disto, cf., por todos, Fernando M. TOLLER, Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones, Buenos Aires, La Ley, 1999, especialmente pp. 427-443.

¹⁴ Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 24.

¹⁵ Cfr. Lawrence B. SOLUM, “Natural Justice”, en The American Journal of Jurisprudence 51 (2006), p. 85.

¹⁶ *ibidem*.

¹⁷ “Sempre”, porque, como aponta Andrés OLLERO, El derecho en teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos, Pamplona, Arazandi, 2007, p. 50, «postos a saber sobre o direito, parece obrigatório ocupar-se do direito que é», acrescentando e aprofundando, em seguida, que «resulta imposible ir pondo o direito que positivamente é sem ir perguntando-se continuamente sobre como deve ser» (a ênfase pertence ao original).

¹⁸ SOLUM, “Natural Justice...”, cit., p. 84.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ OLLERO TASSARA, p. 276.

experiência, «um juiz que possui a inteligência judicial ainda não é necessariamente um bom juiz digno de confiança, ainda que adote o correto procedimento de resolução na tomada de decisões judiciais»¹⁶. É preciso, na verdade, que possua igualmente – sempre se escorando nas exigências de justiça “postas” ou positivas¹⁷ – a sabedoria judicial (judicial wisdom), que é «simplesmente a virtude da sabedoria prática enquanto aplicada às escolhas que devem ser feitas pelos juízes»¹⁸, e que se concretiza na «excelência em saber quais metas se há de perseguir no caso particular e na excelência ao eleger os meios para levar a termo tais metas»¹⁹. Com efeito, para além das exigências consensuadas de justiça – plasmadas nas leis, nos costumes, nas decisões judiciais, na doutrina e em outros aparatos necessários ao operador jurídico –, «permanece aberta a busca prudencial do mínimo ético capaz de ajustar momentos sucessivos da coexistência humana»²⁰. A prudência é o veículo que permite ao juiz começar a partir de exigências positivas de justiça, “atravessá-las” e, derradeiramente, deparar-se com a dimensão natural do justo, na qual encontrará as exigências naturais de justiça que devem reger cada caso concreto e com base nas quais deve ser constituída a dimensão positiva do justo.

4. Rumo à percepção da dimensão natural do justo: da prudência judicial às virtudes morais

A filosofia jurídica no século XX teve várias figuras cuja importância doutrinária se percebia, muitas vezes, após o impacto de sua veia polêmica. Um desses personagens foi o francês Michel Villey, responsável pelo ataque a diversos paradigmas que, em seu momento, eram marcos inabaláveis no imaginário coletivo jurídico. São muito chamativos, neste sentido, os diversificados argumentos com os quais impugnou a noção de direito subjetivo¹⁶. Ademais, outro paradigma que o jusfilósofo francês procurou pulverizar foi a idéia de que o pensamento jurídico de São Tomás de Aquino não tinha relevância para a atual realidade jurídica pluricultural e, em certa medida, agnóstica ou mesmo atéia, por se tratar – supõe-se – de mero excursus de um discurso teológico-cristão. Mais: Villey chega a dizer que a doutrina jurídica do teólogo e monge dominicano era não

¹⁶ V. VILLEY, Estudios en torno ..., passim.

só secular, mas, inclusive, anticlerical ¹⁷. Com efeito, as conclusões a que Tomás de Aquino chegou sobre o direito podem ser rigorosamente compartilhadas por qualquer um, inclusive por quem conceba como um enigma a existência de Deus e, quanto mais, a sua atuação no tempo e no espaço aos quais podemos ter acesso através de nossos órgãos sensoriais. E isto ocorre porque a sua teoria jurídica depende da sua laica exposição sobre a moral, que tem como um de seus pontos altos o tratamento da prudência. Vale a pena estender-se sobre isso.

a) Prudência judicial

A prudência é a virtude que aperfeiçoa a razão humana de maneira a que esta possa buscar, excogitar, julgar, prescrever e compor «a ação que realiza as excelências ou fins virtuosos, de modo apropriado às particularidades contingentes e variáveis das

¹⁷ Cf. VILLEY, Compendio de filosofía del derecho. Definiciones y fines del derecho, Pamplona, EUNSA, 1979, pp. 132-143.

situações»¹⁸. Segundo Tomás de Aquino, o ser humano somente pode plasmar em suas decisões a lei natural – manifestação da lei eterna de Deus – mediante a aquisição desta virtude, não sendo possível ter acesso direto ao conteúdo da lei cósmica e, por conseguinte, subsumir – a fim de encontrar a conduta mais ajustada ao momento particular – as características peculiares da situação determinada em que se encontra ao ordenamento divino, impresso na consciência humana¹⁹ e no princípio de operações dos entes que se acham ao seu redor²⁰.

De igual maneira, o juiz só pode aproximar-se o mais possível do justo de um caso concreto – sobretudo se se tratar de um hard case, ou seja, de uma hipótese jurídica de difícil solução, em razão de esta não se encontrar delimitada por leis, costumes, decisões judiciais ou opiniões doutrinárias – se for uma pessoa prudente, isto é, se estiver em condições de captar – transitando pelas ferramentas positivas publicamente instituídas – quem, ao fim e ao cabo, tem toda a razão, nenhuma razão ou parcelas de razão nas pretensões que os jurisdicionados lhe apresentam²¹.

Não há que se falar, portanto, de anti-laicidade na doutrina tomista acerca da tomada de decisões, uma vez que ela versa sobre «a busca do fim mais conveniente para as ações humanas, [traduzida, no léxico do Aquinate,] na busca do bem, ou do conjunto articulado de bens, que torna verdadeiramente feliz o homem»²²; e, no fundo, não passa pela

¹⁸ Giuseppe ABBÀ, *Quale impostazione per la filosofia morale?*, Roma, LAS, 1996, p. 64.

¹⁹ Segundo as mais recentes pesquisas sobre a doutrina filosófico-moral de Tomás de Aquino, a consciência moral do ser humano somente poderá ser concebida como uma espécie de “depósito invisível” ou instância anímica que contém os enunciados normativos da lei natural no plano discursivo-filosófico – e, portanto, a posteriori em relação ao ato de decidir – ou, no máximo, no plano fenomenológico e simplificado da observação superficial das tomadas de decisão próprias ou alheias. Na realidade, o estatuto ontológico da consciência moral é o de deliberação concreta ou juízo do hábito dos primeiros princípios da razão prática, o qual, por sua vez, não é inato, mas sim natural, no sentido de que se forma espontaneamente na pessoa através do influxo de autoridades, de ensinamentos de diversas índoles, do exemplo de condutas praticadas na sociedade, da comunidade de valores em que alguém se desenvolve e do rasto deixado pelas próprias decisões pessoais anteriores. Isto é muito bem exposto por Martin RHONHEIMER, *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*, Rialp, Madrid, 2000, especialmente pp. 311-316.

²⁰ Segundo o Aquinate, uma vez que a razão humana não pode ter acesso ao quid est ou definição imediata de Deus (*Summa theologiae* I, q. 1, a. 7, m), ela tampouco pode conhecer, sem mediação alguma, a ratio ou lei eterna com a qual Deus governa o homem (além das outras criaturas), bem como, por via de consequência, a lei natural humana (além da lei natural que rege o modo de ser dos demais entes), manifestação daquela. Neste estado de coisas, só através da aquisição da qualidade perfectiva racional, normalmente denominada prudência, a pessoa humana chega a conhecer a lei eterna. Cf. ABBÀ, pp. 60-61.

²¹ Sobre a explicação destas três hipóteses como as únicas possíveis em qualquer conflito de pretensões, considero definitiva a detida, rigorosa e esclarecedora análise empreendida por TOLLER, “Refutações lógicas à teoria dos conflitos de direitos”, em *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, 18-19 (2006), Brasília, pp. 233-286.

²² ABBÀ, p. 63.

cabeça de ninguém deixar de buscar a felicidade, ainda que alguém o negue categoricamente²³. É somente a partir da perspectiva do ensinamento cristão que a argumentação de Tomás «conclui que o bem mais conveniente e apropriado, em razão da natural e ilimitada vontade de bem, é o Bem Perfeito, identificado em Deus»²⁴. Bem vistas as coisas, não é contra-senso algum afirmar – em perfeita sintonia com a mente de Tomás de Aquino – que, ao mesmo tempo em que «Deus criou uma natureza [...] [e que a tarefa] do jurista não consiste senão em levar a sério a natureza, para repartir conforme justiça os bens exteriores entre os homens»²⁵, «o homem moderno soube conceber distinções essenciais entre uma Ética de valores transcendentais, no fundo baseados em motivos religiosos, e uma Ética de valores transcendentais, à luz de valores conquistados pelo homem ao longo do processo histórico, o que não exclui [...] a existência de “invariantes axiológicas”»²⁶, derivadas do valor da pessoa humana e concretizadas na positivação de seus direitos fundamentais²⁷. E nisto consiste, precisamente, a laicidade, absolutamente necessária para a função jurisdicional, levando-se em conta não só a contemporânea pluralidade de valores na sociedade como também o desejo racional de todo ser humano de visualizar o porquê – em termos de justiça terrena – das decisões alheias que o atingem. Desse modo, é uma realidade que os juízes podem ter acesso às exigências naturais de justiça com independência da prática de alguma religião.

b) Virtudes morais

²³ O que possibilita, no final das contas, a negação do alcance da felicidade ou, ao menos, do caráter irrevogável da sua busca é o fato de que «cada tipo de homem (a rigor, todo homem singular) necessita para ser feliz de umas coisas ou de outras, com grandes diferenças; mas, além disso [...] entende por ser feliz coisas diferentes» (Julián MARÍAS, *La felicidad humana*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p.28). Mesmo no caso daquele que decide dar cabo da própria vida, explica Aristóteles (*Ética eudemia*, 1215b27-31) que a comissão mesma do ato voluntário de suicídio, simplesmente em virtude da satisfação que a ação de escolher proporciona, já demonstra que o suicida prefere a vida à não existência; e isso é, no equivocado entender do desesperado, um ato de busca da felicidade.

²⁴ ABBÀ, p. 63.

²⁵ D'AGOSTINO, “Michel Villey: cristianesimo e diritto”, pro manuscripto, p. 4, reproduzido em DELSOL, Ch., BAUZON, S., (org.), *Michel Villey. Le juste partage*, 2007, pp. 77-85 com o título “Michel Villey: christianisme et droit”.

²⁶ REALE, “A ética do juiz na cultura contemporânea”, em José Renato NALINI (org.), *Uma nova ética para o juiz*, São Paulo, RT, 1994, p. 134.

²⁷ Cf. *Ibidem*.

Voltando ao preciso ponto da prudência, ensina Tomás, na segunda parte da *Summa theologiae*, que a razão de uma pessoa nunca será habitualmente prudente se essa pessoa não procura adquirir, ao mesmo tempo, os hábitos que conduzem a sua vontade e os seus apetites passionais ao dinamismo ótimo a que tendem, e, conseqüentemente, à apetência por discernir e comunicar o bem em cada momento. Giuseppe Abbà o explica magistralmente:

«Por causa da individuação [da forma especificamente humana] na matéria, a razão, a vontade e os apetites passionais encontram-se operando de acordo com o limitado e particular ponto de vista do indivíduo: a razão e os apetites desejam os bens humanos tal e como estes se mostram convenientes ao indivíduo enquanto particular, sem inseri-los naquela *ordo rationis* que define o verdadeiro bem humano, a verdadeira vida ditosa. Para alcançar e realizar este objetivo, as potências apetitivas precisam das virtudes éticas – ou propriamente morais – entendidas como *habitus* que as inclinam a atos que exibem as específicas excelências ou os específicos modos de regulação (fins virtuosos) que constituem o verdadeiro bem. A razão, por sua vez, precisa de uma virtude intelectual, a *prudentia*, entendida como *habitus*, que a habilita a detectar e julgar aquelas ações que são convenientes sim ao indivíduo, mas não mais considerado em sua particularidade, mas, sim, considerado como aquele que, por força das virtudes morais, tem a intenção de escolher e agir de maneira a realizar os fins virtuosos

33 requeridos
pela *ordo rationis*» .

O mesmo acontecerá com o juiz: não conseguirá ver e, depois, dizer o justo se somente se ocupar de que a sua razão esteja aperfeiçoada pela virtude da prudência, descuidando o aperfeiçoamento da sua faculdade de querer (vontade) e da sua afetividade (apetites passionais), porque, assim, na verdade, a sua razão não estará habilitada para a emissão habitual de atos de prudência, mas somente será capaz de realizar atos episódicos de prudência. Porém, como se viu, o que se exige do juiz – em geral, hoje em dia, mediante o instrumento jurídico do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva³⁴ – é que faça justiça habitualmente, ou seja, em todos os casos que lhe são submetidos, e não esporadicamente.

Isso não significa que as pessoas possam reclamar judicialmente a integridade moral dos juízes ou, em outras palavras, o empenho por parte dos funcionários

protagonistas do Poder Judiciário de adquirir todas as virtudes morais. Pelo simples fato de que as virtudes só o são se forem adquiridas livremente, nenhuma pessoa ou instituição social pode exigir, sob sanção ²⁸, que um indivíduo tenha os hábitos virtuosos necessários ao alcance da realização existencial de si mesmo e dos demais. Ninguém possui virtudes a não ser que queira positivamente possuí-las. Um cidadão só pode exigir do juiz que este lhe atribua o justo, aquilo que lhe cabe por justiça, e, no limite, que desempenhe a sua função tratando-o com cortesia e equanimidade, sejam quais forem os meios que o segundo empregará para comportar-se assim. No entanto, o que a experiência mostra como algo difícil – se não impossível – de se conseguir é que a decisão justa, a fineza e o equilíbrio emocional se dêem habitualmente, sem o concurso das virtudes morais ²⁹³⁰.

Com efeito, Santo Tomás explica que

«[P]ara [que] um juízo [seja] reto, requerem-se duas condições. Uma destas é a virtude mesma que profere o juízo, e, neste sentido, o juízo é ato da razão, pois dizer ou definir algo é próprio da razão. A outra é a disposição de quem julga, pela qual tem a idoneidade para julgar retamente. E, assim, naquelas coisas que pertencem à justiça, o juízo procede da justiça, bem como nas que pertencem à fortaleza procedem desta. Assim, pois, o juízo é ato de justiça, na medida em que esta se inclina a julgar retamente, e de prudência, uma vez que esta virtude

juízo»
37 pronuncia o .

Dá se conclui, com acerto, que é «errônea a pretensão de fazer do juízo e do raciocínio jurídicos atos exclusivos da razão, já que a justiça, hábito da vontade, cumpre a função de mobilizar o entendimento no sentido do devido» ³¹, porque se alguém não quiser ver o justo não o verá. Por isso, não parece fora de propósito que o jurisconsulto Ulpiano tenha começado a definição de justiça ressaltando que ela esta consiste na «constans et perpetua voluntas», isto é, no firme ânimo de «ius suum cuique tribuendi», de atribuir a cada

²⁸ Com todo acerto recorda RHONHEIMER, p. 227 que «a debilidade instintiva de um ser livre, como o é o homem, não se pode substituir pela coação».

²⁹ Na mesma linha, MASSINI CORREAS, pp. 38-39 e OLLERO TASSARA, pp. 287-288.

³⁰ TOMÁS DE AQUINO, Suma de teología, II-II, q. 60, a. 1, ad. 1. Consultou-se a quarta edição em, castellano publicada por BAC, Madrid, 2001.

³¹ MASSINI CORREAS, p. 84.

um o que efetivamente lhe corresponde ³². Decerto, à dimensão jurídica da vida humana interessa exclusivamente a segunda parte da definição, o seu efeito exterior ou fático. Não obstante, precisamente perante a imperiosa expectativa de que isso ocorra do modo mais freqüente e intenso possível, há que se perguntar: até que ponto é possível que alguém identifique e atribua o justo sem que se proponha realmente a fazê-lo?

Ademais, querer ver o justo é, a rigor, diferente de desejar vê-lo. E diferença entre estas duas ações interiores do ser humano reside, concretamente, na qualidade da sua determinação. Se a determinação do juiz for firme – por ser convicta e, em algum grau, pessoalmente experimentada – ele quererá ver; se, pelo contrário, a determinação for branda ou inconstante, ele desejará ver (na melhor das hipóteses). Aqui entram em cena as virtudes da fortaleza e da temperança, que aperfeiçoam os apetites passionais, classicamente chamados apetite irascível e apetite concupiscível. Ao primeiro corresponde a fortaleza e ao segundo, a temperança.

Tomás de Aquino distingue dois aspectos complementares da fortaleza: *aggredi* e *sustinere* ³³, isto é, enfrentar-se com os perigos ou incertezas que a realização do bem pode comportar e suportar as adversidades que sobrevenham por uma causa justa. Com relação ao primeiro aspecto, a fortaleza do juiz consistirá em «dizer o direito que corresponde mesmo “com” medo, mas nunca “por” medo [...], perante os riscos e as incertezas» ³⁴ que se lhe podem apresentar. No tocante ao segundo aspecto, o juiz forte é aquele que «sente indignação nas ocasiões oportunas, por causa de razões oportunas e que demonstra o seu desagrado de modo apropriado» ³⁵

A temperança é o *habitus* racional que «aperfeiçoa [a] [...] faculdade tendencial concupiscível, [a] qual se dirige àquilo que, com base na valoração dos sentidos, parece prazenteiro» ³⁶, não anulando a paixão concupiscível mas inserindo-a na *ordo rationis*. À primeira vista, isto pode parecer desnecessário para o bom desenvolvimento da função

³² Começando por si mesmo, pois, como escreve RHONHEIMER, p. 248, «ao [homem] justo parece igualmente agradável e atraente tender ao bem para o outro como ao bem para si mesmo. O outro se converte para ele num alter ipse, em “outro ele mesmo”».

³³ Cf. *Summa theologiae*, II-II, q. 123, a. 6.

³⁴ Rodolfo Luis VIGO, “Ética judicial e interpretación jurídica”, em *Quaestio Iuris – Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, 2 (2005), pp. 28-29.

³⁵ SOLUM, “Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging”, em *Metaphilosophy* 34 (2003), p. 191.

³⁶ RHONHEIMER, p. 258.

jurisdicional; porém, tampouco parece desprovida de razoabilidade a afirmação de Lawrence Solum de que «[j]uízes que se preocupam em demasia com os seus próprios prazeres estão [mais] suscetíveis a tentação; é provável que cambaleiem na rota da razão e da justiça por força das tentações de prazeres»³⁷. No limite, o destemperado chega a se persuadir de que «é bom, por princípio, dar seguimento à aparência meramente sensível de bem. Assim, pois, a sua razão também está desviada do bem no plano dos princípios. E é assim como chega a ser também injusto»³⁸.

6. Conclusão

Depois deste percurso pelas denominadas virtudes cardeais – prudência, justiça, fortaleza e temperança –, poder-se-ia levantar a seguinte questão: entre todas elas, qual é a virtude jurídica por excelência? Há que afirme ser a prudência³⁹ e há quem diga que é a justiça⁴⁰. Talvez, no plano teórico, seja possível atribuir o papel principal a uma destas duas. No entanto, no terreno da práxis humana, do momento da tomada de decisão, o juiz necessitará de todas elas, não sendo possível indicar de qual mais e de qual menos, uma vez que «[t]odas as potências tendenciais implicadas no atuar são aperfeiçoadas pelas virtudes, isto é, é a pessoa humana como um todo que se aperfeiçoa por elas, como unidade essencial corporal-espiritual»⁴¹.

Este é o célebre ensinamento da *conexio virtutum* ou concatenação interna das virtudes. As virtudes são indissociáveis porque as faculdades ou tendências humanas às quais aperfeiçoam – razão, vontade, apetites irascível e concupiscível – atuam indissociavelmente. Melhor dito: é a pessoa que atua, e jamais sem a companhia de todas as suas faculdades e tendências.

Visto que o melhoramento da administração de justiça está estreitamente ligado à capacidade do juiz de detectar prudencialmente em cada caso a dimensão natural do justo e – a partir dela e com arrimo na dimensão positivo do justo – de dizer às partes aquilo que lhes

³⁷ SOLUM, “Virtue Jurisprudence...”, pp. 189-190.

³⁸ RHONHEIMER, p. 259. A ênfase pertence ao original.

³⁹ Por exemplo, OLLERO TASSARA, p. 287.

⁴⁰ É o caso de SOLUM, “Virtue Jurisprudence...”, p. 194.

⁴¹ RHONHEIMER, p. 230.

cabe, se constata a necessidade incontornável de que o julgador tenha, ao mesmo tempo, a propensão anímica mais justa possível, a máxima valentia possível, a máxima paciência possível e o hábito de moderar e otimizar o melhor possível a sua tendência à fruição dos prazeres. Dotado destas virtudes, não resta dúvida que o juiz se tornará uma pessoa prudente, que decide bem, e, por conseguinte, uma boa pessoa. E não há outro caminho para que chegue a ser um bom juiz.

7. Post data

Tudo o que se disse até aqui envolve apenas o estrito âmbito da moral natural do ser humano. Não se adentrou em seu âmbito sobrenatural. Com efeito, se se proporcionasse aos juízes o conhecimento da dualidade do direito, da possibilidade e da necessidade de ter acesso às exigências naturais de justiça e das virtudes morais como via para a consumação de tal acesso, já seria notável o enriquecimento e a melhora institucional da judicatura. Por isso, pode parecer demasiado dizer qualquer coisa mais.

No entanto, é possível que surja o seguinte questionamento: embora esteja claro que o juiz pode lograr um melhor desempenho na sua função profissional se se embrenha no exercício das virtudes morais, a religião poderia fornecer-lhe, por acaso, algum estímulo de modo a facilitar-lhe tal exercício? A resposta é positiva, e tem como ponto de partida a consideração mesma do dinamismo do atuar do ser humano.

Já os filósofos gregos pré-cristãos – máxime Aristóteles – tinham chegado à conclusão de que todo agir humano – e, por conseguinte, o agir judicial, pode-se acrescentar – apresenta uma característica perturbadora: mesmo que possua as virtudes em alto grau, mesmo que experimente em seu horizonte afetivo-racional uma agradável, prazenteira e intensa atração pelos fins virtuosos, a pessoa continua sendo livre para escolhê-los ou não. Mediante a sua autodeterminação volitiva, pode deslocar-se de um elevado e excelente nível ético a um baixíssimo patamar de degradação moral. Perante essa aterrorizadora possibilidade, no longínquo século XIII d.C., Tomás de Aquino se perguntava: como, em definitivo, o indivíduo virtuoso pode ser formado? E «a resposta [foi] buscada fora do indivíduo agente, em diversos tipos de comunidades ordenadas conforme boas leis, para

culminar na consideração do próprio Deus, cuja intervenção, mediante uma lei própria e mediante a graça, é absolutamente necessária para formar o indivíduo virtuoso»⁴².

Evidentemente, Tomás, como teólogo dominicano, enquadra o influxo da lei e da graça divinas sobre o agir humano no âmbito da fé religiosa ensinada por Jesus Cristo e transmitida historicamente pela Igreja católica. Por isso, se se quer encontrar algum desdobramento contemporâneo desta lição tomista, o mais lógico é buscá-la em alguma voz autorizada da teologia católica.

Por causalidade, pude encontrar num recentíssimo livro de Bento XVI uma referência – intencional ou não, vá saber... – a tal assertiva do Aquinate, por motivo do comentário que faz o autor sobre a atitude do publicano que compartilha com o fariseu a cena da parábola evangélica. Suas palavras são as seguintes:

«O outro, pelo contrário, olha para si mesmo a partir de Deus. Ele olhou para Deus e a partir daí abriu o olhar sobre si mesmo. Assim, ele sabe que precisa de Deus e que vive dos seus bens, que ele não pode forçar, que ele mesmo não pode alcançar. Ele sabe que precisa de misericórdia e que da misericórdia de Deus ele aprenderá a ser ele mesmo misericordioso e assim se tornar semelhante a Deus. Ele vive da relação, de ser agraciado; ele precisará sempre da oferta do bem, do perdão, mas também aprenderá a retribuí-lo. A graça que ele implora não o desliga da ética. Só ela é que o capacita realmente para fazer o bem. Ele precisa de Deus e, porque O conhece, começa então a ser ele mesmo bom a partir da bondade de Deus. A ética não é negada: ela é apenas liberta da paralisação do moralismo e transposta para o contexto de uma relação do amor, da relação com Deus; assim, a ética é restituída a si mesma»⁴³.

Com efeito, a busca do justo é tão mais perfeita quanto mais o juiz a empreende com o desejo racional de conhecer e de comunicar o bem. Essa apetência racional pelo bem se torna ainda mais firme, equânime e ajustada às circunstâncias de fato de um caso concreto quando chega a ser amor pelo sumo Bem, que é Deus. A isto, claro está, não estão obrigados os juízes. No entanto, por outro lado, parece plausível afirmar que se os magistrados judiciais enveredassem por tal caminho, ao mesmo tempo em que não deixassem de se empenhar por conquistar as habilidades atingíveis diretamente pelo estudo realizado com afincamento e pela

⁴² ABBÀ, p. 67. Acrescentou-se a ênfase.

⁴³ BENTO XVI, Jesus de Nazaré, São Paulo, Planeta, 2007, p. 69.

observação atenta das contingências atuais da realidade social, os jurisdicionados e a sociedade só poderiam beneficiar-se disto.

Bibliografía

- ABBÀ, Giuseppe, *Quale impostazione per la filosofia morale?*, Roma, LAS, 1996.
- BENTO XVI, *Jesus de Nazaré*, São Paulo, Planeta, 2007.
- D'AGOSTINO, Francesco, "Michel Villey: cristianismo e diritto", pro manuscripto.
- _____, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, terza edizione riveduta ed ampliata, Torino, G. Giappichelli Editore, 1997
- FAZIO, Mariano, *Historia de las ideas contemporáneas. Una lectura del proceso de secularización*, Madrid, Rialp, 2006.
- GROSSI, Paolo, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.
- HERVADA, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, 3ª ed., Pamplona, EUNSA, 1996.
- MARÍAS, Julián, *La felicidad humana*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.
- OLLERO TASSARA, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996.
- OLLERO, Andrés, *El derecho en teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos*, Cizur Menor (España), Arazandi, 2007.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *Teoría del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 2008.
- REALE, Miguel, "A ética do juiz na cultura contemporânea", en José Renato NALINI (org.), *Uma nova ética para o juiz*, São Paulo, RT, 1994.
- _____, *Lições preliminares de direito*, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- RHONHEIMER, Martin, *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*, Rialp, Madrid, 2000.
- SALDAÑA SERRANO, Javier, *Ética judicial: virtudes del juzgador*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación – Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2007.
- SOLUM, Lawrence B., "Natural Justice", en *The American Journal of Jurisprudence* 51 (2006).
- _____, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", en *Metaphilosophy* 34 (2003).
- TOLLER, Fernando M., "Refutações lógicas à teoria dos conflitos de direitos", en *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, 18-19 (2006), Brasília.

_____, Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones, Buenos Aires, La Ley, 1999.

TOMÁS DE AQUINO, Suma de teología, 4ª ed., Madrid, BAC, 2001.

VIGO, Rodolfo Luis, “Ética judicial e interpretación jurídica”, en Quaestio Iuris – Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2 (2005).

VILLEY, Michel, Compendio de filosofía del derecho. Definiciones y fines del derecho, Pamplona, EUNSA, 1979.

_____, Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

_____, La formazione del pensiero giuridico moderno, traducción al italiano de Rosabruna D’Etorre y Francesco D’Agostino, Milano, Jaca Book, 1986.