

INTRODUÇÃO

O Estado de Direito e a profissão jurídica

O Estado de Direito é hoje reconhecido como elemento essencial de uma sociedade razoavelmente justa. Em linhas gerais, o “Estado de Direito” corresponde ao governo constitucional – isto é, o governo em que os atos das autoridades públicas são controlados sistematicamente por limites legais preestabelecidos. Decorre desse princípio que o regime constitucional deve ter um poder judiciário independente. Um judiciário independente aplica, com autoridade e sem interesses, os limites fixados pela constituição.

Outra consequência, talvez não tão fácil de perceber, é que o regime constitucional deve ter profissionais do direito com autonomia suficiente para recorrer à autoridade do poder judiciário independente. Isso se traduz no direito à assistência de um advogado num processo judicial. Um terceiro corolário, importantíssimo do ponto de vista funcional e provavelmente indispensável, é o direito do cidadão de consultar um advogado, em caráter confidencial, acerca de circunstâncias com implicações jurídicas a fim de evitar chegar a um tribunal. Trata-se do direito à consultoria jurídica.

O exercício desses direitos, cumulativamente ao longo do tempo e das vicissitudes da vida, é portanto instituição imprescindível dos governos constitucionais. Esses direitos se exercem por meio de consultas com advogados. Um ilus-

tre economista, William Baumol, disse: “Não há profissão cujo produto econômico total seja maior que o dos advogados; e não há nenhuma cuja contribuição marginal seja menor.”¹ Esperamos demonstrar nesta análise quanto o “produto econômico total” dos advogados é útil. Entendemos que a “contribuição marginal” dos advogados consiste no valor que eles acrescentam a transações específicas. Em geral, essa contribuição é invisível; às vezes, pequena; e às vezes, na verdade, negativa. (Como dizem os homens de negócios: “Deixe os advogados fora disso.”) No entanto, ter os advogados “nisso”, direta ou indiretamente, é uma manifestação concreta do Estado de Direito. Uma explicação para esse paradoxo é que o Estado de Direito é, na realidade, um processo social interativo, comparável a uma negociação (esta mesma, uma importante atividade dos advogados). Concluída a negociação, o que importa é o acordo resultante, enquanto a arte e as técnicas que o precederam consideram-se esforço perdido. Contudo, em certa medida essa arte e essas técnicas são essenciais para diminuir a distância entre as posições das partes. O mesmo se aplica a grande parte da atividade profissional dos advogados.

De qualquer modo, se o Estado de Direito precisa de advogados, os advogados também precisam de normas que regulamentem suas atividades. Tradicionalmente, essas normas são chamadas de “ética profissional”. Há muito se discute se a ética profissional é uma “lei” ou outro tipo de esquema normativo. Seja como for, as regras da ética profissional constituem o regime normativo ao qual juízes e advogados recorrem para avaliar o caráter da participação do profissional da área no Estado de Direito.

Este estudo analisa e compara normas e convenções de ética dos advogados no exercício atual da profissão. Trata da prática do direito nos regimes da Europa, inclusive a Inglaterra; nos regimes baseados no sistema de *civil law* europeu, entre os quais o do Japão e, agora, o da China; e nos países com sistemas de *common law* derivados do sistema vigente na Inglaterra, entre os quais a Austrália, o Canadá e os Es-

INTRODUÇÃO

3

tados Unidos. Portanto, o estudo concentra-se na prática do direito nos sistemas jurídicos constitucionais do Ocidente e também diz respeito à prática jurídica nos setores ocidentalizados de países islâmicos, como Egito e Indonésia, por exemplo².

O papel do advogado depende do papel do sistema jurídico em que ele atua. Todo sistema jurídico tem um caráter cultural distinto e, mesmo nos sistemas jurídicos ocidentais, há muitas variações³. É preciso levar em conta não só as normas éticas estipuladas formalmente, mas também sua importância prática para os advogados. Os autores têm acesso aos códigos de ética de diversos países, familiaridade com a prática na Itália e nos Estados Unidos e conhecimento indireto do exercício profissional em outros países. O original foi revisado por colegas de profissão de outros países. Além disso, contamos com pesquisas e relatos de advogados jovens e outros alunos de nossos cursos avançados nas faculdades de direito de algumas universidades. Nosso foco é essencialmente a prática vivida pelos advogados, e não o que se poderia chamar de análise externa ou sociológica da função dos profissionais. Muito do que afirmamos sobre a prática e a importância prática das normas éticas não pode ser documentado, pois as fontes são orais e geralmente dispersas. Muitas de nossas interpretações provêm da observação pessoal. Não obstante, de modo geral, estamos seguros de seu rigor, embora não o presumamos.

Na verdade, pode-se interpretar toda a experiência profissional dos advogados como um sistema jurídico distinto que acompanha de perto a versão oficial expressa no sistema jurídico escrito. John Baker, eminente historiador do direito inglês, referiu-se à relação entre esses dois sistemas em seus estudos sobre o direito na Inglaterra dos séculos pós-medievais⁴. Baker refere-se à prática dos advogados como um segundo corpo jurídico e comenta a complexa relação deste com o direito criado pelo Parlamento e pelos tribunais. De acordo com Baker, a essência da prática dos advogados está no modo como eles conseguem fazer as coisas

acontecer, o que é muito diferente de como as normas jurídicas dizem que elas devem acontecer. Acreditamos que essa mesma relação ainda existe hoje na Inglaterra, bem como em outros regimes.

A “ética jurídica” abrange não somente as convenções éticas da profissão, mas também a regulamentação jurídica prescrita pela autoridade do Estado (o “governo”, como se diz na maior parte dos sistemas de *common law*). Essa regulamentação compreende leis (particularmente os códigos inspirados no Código Napoleônico francês dos sistemas de *civil law*), alguns preceitos constitucionais (como o direito constitucional à assistência de um advogado) e a jurisprudência (principalmente nos sistemas de *common law*). É preciso distinguir as regulamentações legais das convenções e costumes profissionais formalizados, bem como de concepções morais e éticas que nada têm a ver com o direito.

De acordo com nosso ponto de vista, a ética jurídica é um amálgama de todas essas fontes normativas – o direito, as convenções sociais e a moral. Referimo-nos repetidas vezes às convenções e aos costumes na prática – o modo como, até onde podemos perceber, os profissionais do direito “de fato se comportam”. Além disso, estamos bem conscientes das questões éticas e morais predominantes no “pano de fundo” cultural de um sistema social e chamamos atenção para elas de vez em quando.

É proeminente na consciência de um profissional do direito o compromisso constante com as realidades concretas, entre elas a experiência comum da ordem político-econômica capitalista moderna. A expressão principal aqui é “realidades concretas”. Refere-se às circunstâncias particulares de lugar e tempo, aos participantes, ao ponto de vista dos envolvidos e ao curso dos acontecimentos. O conceito oposto é o dos “universais”. O fato concreto é um acontecimento real em quatro dimensões (no espaço físico e no tempo), enquanto um universal é um conjunto de palavras que designa algum aspecto de um fato, como, por exemplo, um “crime” ou um “contrato”, na terminologia jurídica, ou

INTRODUÇÃO

5

“belo” em referência a um pôr do sol. O fato concreto é percebido num momento determinado e de um local particular “nas trincheiras”, não é um pronunciamento feito de uma perspectiva distante ou olímpica. A percepção das trincheiras é necessariamente incompleta e quase sempre imprecisa – não é transparente. No curso dos acontecimentos, a percepção e a possível ação subsequente implicam a participação de atores que trazem consigo ideias culturais, normativas e situacionais particulares e preconcebidas.

Essas características da realidade foram reconhecidas por muitos pensadores do século XIX – Herder, Hegel, Marx⁵ e os “pragmatistas” norte-americanos, entre eles Charles Peirce, William James e Oliver Wendell Holmes Jr.⁶ Desses, Karl Marx é obviamente o que teve a maior influência mundial. O pensamento marxiano, marxista e pós-marxista teve enorme influência no século XX, continua sendo a base ostensiva dos regimes da China e de Cuba e é adotado em alguns círculos políticos e acadêmicos. É conveniente aqui explicar brevemente nossa opinião acerca do marxismo.

Como observador e crítico social de seu tempo, Marx tinha uma extraordinária clareza de visão. Como psicólogo social, era perspicaz e enfático no reconhecimento da influência das condições sociais (em particular, o nascente mercado capitalista) sobre as percepções e interpretações humanas e nos modelos intelectuais. Como moralista, manifestou profunda indignação pela condição dos pobres. No entanto, como teórico da economia, era primitivo e estava fundamentalmente errado, em particular na “teoria trabalhista do valor”. Como analista político, deixou de levar em conta a força permanente da filiação religiosa, as forças emergentes do nacionalismo⁷ e da identidade étnica⁸ e as possibilidades de ação política popular desprovida de violência. Ignorava os efeitos políticos destrutivos da linguagem agressiva. O mais importante, talvez, é que Marx era utopista. Projetou um mundo futuro mágico onde não haveria classes e, portanto, não haveria conflitos. Retratava esse futuro como um fato cientificamente inexorável. Na prática, o marxismo tem sido

uma fachada verbal de regimes que fingem não ter conflitos sociais ao mesmo tempo que empregam métodos violentos e autoritários para suprimi-los⁹. O mundo continua funcionando com várias improvisações não utópicas baseadas na confrontação e no conflito, das quais as mais importantes são o Estado mais ou menos democrático e o capitalismo mais ou menos competitivo. Muitas dessas improvisações não utópicas consubstanciam-se em instituições, normas e procedimentos jurídicos.

As funções sociais do direito moderno

O direito e as instituições jurídicas são construções sociais não utópicas que visam controlar o conflito social nas sociedades modernas. Desse modo:

- visto que a iniciativa capitalista implica antagonismos entre os participantes do mercado, o direito pode impor controles e limites a esses conflitos.
- visto que a produção capitalista implica inovação e especulação, a incerteza e o risco envolvidos nesses mecanismos podem ser reduzidos ou redistribuídos pelo ordenamento jurídico. O capitalismo também envolve convergência e conflito de interesses entre trabalhadores e empresários. Tanto os conflitos quanto os interesses podem ser regidos pelo direito, particularmente pelo direito das obrigações, que trata dos contratos.
- Visto que o capitalismo gera novas riquezas, essas riquezas são fonte de arrecadação, da qual os regimes dependem para manter as forças armadas e os serviços sociais. As normas jurídicas podem definir os prazos, as condições e a administração dos impostos, ao contrário, por exemplo, da antiga e mal definida política da coleta de impostos por agentes privados.
- O centro de poder nos modernos governos burocráticos é a própria burocracia¹⁰. A legislação é um mecanismo de controle da autoridade administrativa burocrática.

INTRODUÇÃO

7

- Em qualquer sociedade, os membros sem recursos econômicos correm o risco constante de ser explorados pelos membros poderosos, mas o direito pode impor restrições aos exploradores.
- Os governos são constantemente ameaçados por particulares aventureiros que desejam explorar os poderes constituídos. Mecanismos legais, como, por exemplo, a separação dos poderes e o controle judicial de constitucionalidade, podem refrear ou pelo menos inibir essas tendências.

O mundo moderno talvez tenha exagerado a eficácia dos controles jurídicos¹¹. Também a guerra e outras formas de violência ainda têm lugar como mecanismos ordenadores. O direito, contudo, é o árbitro público definitivo num regime constitucional eficiente. A eficácia dos controles jurídico e constitucional exige uma técnica jurídica. Essa técnica engloba, em primeiro lugar, a especificação de direitos e obrigações em leis, regulamentos, estatutos, contratos e outros documentos; em segundo lugar, a interpretação desses documentos de acordo com convenções que vão evoluindo; em terceiro lugar e em caráter eventual, o recurso aos tribunais e outros órgãos oficiais para resolução de controvérsias acerca do sentido e da aplicação das normas. Essas técnicas jurídicas se exercem em nome de uma clientela que compreende o governo principal (o Estado ou a Coroa); governos estaduais (ou provinciais) e municipais; empresas comerciais; organizações não governamentais (ONGs), como igrejas, sindicatos e instituições de caridade; indivíduos, especialmente os indivíduos acusados de crimes e os que têm bens a proteger. Os “profissionais do direito” são os técnicos que se ocupam rotineiramente de especificar, interpretar e decidir qual é a lei. A ocupação de rotina torna-se uma carreira. A própria carreira é regida por normas que compreendem leis, diretrizes jurisprudenciais e convenções internas da profissão. Os integrantes dessa carreira passam a ser uma categoria profissional.

A função essencial da técnica jurídica é evitar os conflitos numa comunidade grande e diversificada. O produto

dessa técnica em geral se chama “justiça”. Por definição, as disputas jurídicas surgem no contexto de regimes específicos com normas jurídicas próprias e meios concretos de fazê-las valer. A matéria “jurídica” não são conceitos normativos universais nem filosóficos, mas normas jurídicas concretas, com origem histórica específica, que se aplicam em situações concretas. É consenso universal que entre os meios de garantir a justiça está a proibição do homicídio doloso, das agressões imotivadas e do furto. Entretanto, na vida civilizada cotidiana, a justiça não tem uma definição universal; é necessariamente “local” e, portanto, “contextual”.

Um dos aspectos do contexto – isto é, da realidade concreta – é o tempo. Uma das características do tempo é a impossibilidade de repetir-se para observação posterior, como se faz, por exemplo, quando se assiste ao videoteipe de um acontecimento. Na busca de estabelecer a verdade, a administração da justiça é restringida por essa realidade. Por conseguinte, a justiça depende de reconstruções imprecisas e altamente polêmicas de acontecimentos passados para formular suas decisões. Esse aspecto é representado na imagem tradicional da justiça, uma mulher com os olhos vendados.

Outra restrição temporal é o fato de os processos judiciais não poderem estender-se indefinidamente no tempo até se chegar ao veredicto. Enquanto uma disputa jurídica se desenrola no tribunal e finalmente é julgada, os acontecimentos do mundo exterior não param, correndo-se assim o risco de que o processo de decisão judicial nada mais tenha a ver com os assuntos práticos, na medida em que estes evoluem. De um ponto de vista mais amplo, a própria lei está sempre em processo de obsolescência. As normas jurídicas são estabelecidas num primeiro momento histórico, observadas (ou ignoradas) num segundo período, e interpretadas e aplicadas numa terceira etapa do tempo. A imagem do deus romano Jano, cujas duas faces olham, uma, para a frente e, outra, para trás, ilustra essa característica.

Conforme veremos adiante, enquanto a filosofia ética procura ter conteúdo universal e um ponto de vista trans-

cedente (de onde tudo se vê com clareza), as questões de justiça e a prática do direito no mundo real são concretas e específicas. Os processos legais, por sua vez, também são rigidamente restringidos pelas limitações de acesso do direito à verdade. Desse modo, a análise ética transparente – com base em avaliações hipotéticas do que “seja” uma situação problemática do ponto de vista normativo – é necessariamente incompleta e muitas vezes enganosa. De qualquer modo, tratando de problemas de ética jurídica descobrimos que a distinção tradicional entre ética deontológica e ética consequencialista não é muito esclarecedora. O que nos estimula a propor essa conclusão é o instigante empenho de Donald Nicolson e Julian Webb de aplicar esse tipo de análise à ética jurídica moderna¹².

Contudo, aplicada de modo correto, a filosofia ética tem seu lugar na ética profissional. O ideal de “justiça” existe, ainda que inatingível na prática. Também existe o ideal de “verdade”, pelo menos para nós, ainda que sua concretização seja muitas vezes incompleta ou mesmo completamente frustrada. Todavia, aproximar-se da verdadeira justiça e buscar a verdade concreta são objetivos dignos, nobres, na verdade, apesar de quase sempre inatingíveis. A falta mais grave dos profissionais do direito, tanto juízes quanto advogados, é desistir de tentar.

Tendo em vista esses objetivos, isto é, a busca da verdade e da justiça, os sistemas jurídicos modernos dos países desenvolvidos têm entre si importantes semelhanças, a saber: governo constitucional, direitos individuais, propriedade privada e ampla liberdade de contrato, entre outras. Tais instituições jurídicas definem o contexto normativo e assim atuam como mediadores entre as normas éticas gerais e os problemas éticos concretos. Conforme se verá neste estudo, há diferenças relevantes entre os sistemas jurídicos modernos. Uma diferença marcante, por exemplo, é o fato de que, nos sistemas de *common law*, os juízes normalmente provêm das fileiras dos advogados praticantes, ao passo que a maioria dos juízes dos sistemas de *civil law* se-

que uma carreira judicial vitalícia que se inicia muito cedo. Outra diferença é o tamanho característico do escritório – em alguns países, predominam profissionais autônomos e escritórios pequenos; em muitos outros países surgiram firmas maiores. Desse modo, a ética jurídica talvez não seja um objeto único de estudo, mas, sim, um conjunto de objetos relacionados.

Advocacia e ética são compatíveis?

No senso comum – e às vezes no próprio meio profissional –, é voz corrente que “ética jurídica” é uma expressão contraditória. Esse juízo parte da premissa de que os advogados são intrinsecamente antiéticos. Alguns de fato são, e, destes, uns poucos o são escandalosamente. Muitos profissionais do direito eventualmente se esquecem das obrigações éticas ou as ignoram de propósito. Quase todos os profissionais do direito deparam constantemente com problemas jurídicos ou éticos difíceis relacionados com sua própria conduta. Às vezes dão soluções incorretas a esses problemas; mas esses comportamentos, longe de indicar que a “ética jurídica” é um conceito vazio, demonstram que ela é uma questão séria. Cremos que a maioria dos profissionais prefere “agir corretamente” quando tem de tomar por si mesmos decisões éticas importantes.

Entretanto, os dilemas éticos relevantes que os advogados em geral enfrentam têm de levar em conta os interesses e as preferências de outros, entre eles os clientes. Esse fato circunstancial introduz um inevitável elemento de partidário nas deliberações do advogado – isto é, os advogados têm de dar preferência aos interesses de um grupo de pessoas (os clientes) sobre os interesses de outro grupo (os não clientes). A profissão de advogado necessariamente implica o partidário em favor dos clientes. É possível imaginar o direito sem advogados, mas não é possível imaginar advogados sem clientes.

A lealdade aos interesses egocêntricos do cliente é uma espécie de lealdade com que muitos não se sentem à vontade, ou que julgam abominável. Concordamos que o partidarismo implicado no exercício da advocacia é sem dúvida repugnante em muitos aspectos. No entanto, em nossa opinião, a legitimidade do partidarismo se explica pelo fato de o conflito ser uma realidade sempre presente entre os seres humanos – conflito de interesses, para usar uma expressão jurídica. Como Martin Redish resumiu: “A teoria confrontativa da democracia liberal reconhece a realidade empírica de que, por serem os indivíduos... mercedores de dignidade e respeito... seus interesses divergem [e]... o conflito é inevitável, seja ele de base ideológica, econômica ou pessoal.”¹³

Por certo, todos desejam que a humanidade “repouse em pastos verdejantes... junto a águas tranquilas”, como no reino pacífico mencionado no salmo 23. O salmo 23, porém, fala da obra de Deus, não do governo de mortais. A experiência problemática de procurar pôr ordem nas relações humanas leva a maioria dos analistas a uma visão bem menos otimista.

Nós, particularmente, acreditamos que os conflitos são endêmicos em todas as sociedades, tanto primitivas quanto modernas. Nas sociedades modernas, o direito é um meio essencial de controlar os conflitos. Diante disso, conclui-se que a administração da justiça implica decisões e julgamentos por juízes e outras autoridades. Entretanto, os juízes e outras autoridades podem cometer erros graves em seus julgamentos. Não existe nenhum manancial de “justiça” pura e simples. O serviço prestado pelos advogados implica a participação e o acompanhamento próximo dos processos decisórios da justiça. Portanto, os serviços dos advogados são muito úteis às pessoas que correm o risco de ter embaraços com a justiça. Conseqüentemente, acreditamos que o partidarismo implicado no exercício da advocacia está no mesmo plano de exigência e legitimidade que o partidarismo dos processos políticos eleitorais e parlamentares dos

regimes constitucionais, que o partidarismo existente na liberdade de imprensa e que o partidarismo presente na competição econômica entre empresas.

A lei que regulamenta os advogados

A importância de uma “lei” que regulamente a prática profissional dos advogados é quase evidente por si. No mundo moderno, praticamente todas as atividades humanas são regidas por normas legais. Na tradição europeia, a prática jurídica rege-se por conjuntos de regulamentos desde o século XIII, se não antes. Esses regulamentos contêm proibições e restrições, como, por exemplo, as normas que proíbem o advogado de representar clientes com interesses contrários e as que o obrigam a guardar as confidências do cliente.

De igual relevância são os dois importantes direitos especiais que a lei concede ao advogado. Um é o direito legal de se dirigir aos juízes (e a outras autoridades judiciais) no tribunal para tratar de juízos pendentes e de outras decisões oficiais. Esse é o “direito de audiência” – o direito do advogado de ter ouvidos seus argumentos em favor do cliente. Os juízes exercem uma importante forma de autoridade política, e a advocacia pode influir no modo como eles exercem essa autoridade. Logo, o direito de audiência do advogado é uma forma importante de poder político.

O outro direito legal de que o advogado desfruta é o do sigilo de suas comunicações com o cliente. A importância desse poder é evidente na representação jurídica de indivíduos acusados de crimes. Em geral, o acusado de um crime pode falar abertamente com seu advogado em termos que o poderiam incriminar se chegassem ao conhecimento da promotoria. O direito ao sigilo profissional está intimamente relacionado ao direito do acusado, em todos os sistemas jurídicos modernos, de recusar-se a dar testemunho contra si mesmo.

Mas a importância do direito e dever do advogado de manter em segredo as conversas com o cliente – simplificadamente: “sigilo profissional” – vai muito além dos casos criminais. Este livro se dirige sobretudo a advogados dedicados à prática cível¹⁴. Na prática cível, as questões que os clientes trazem para o advogado, em geral, podem ser protegidas da observação de curiosos, sejam eles autoridades do Estado ou agentes privados.

Os problemas de ética jurídica surgem da confluência entre os poderes especiais conferidos aos advogados e as responsabilidades jurídicas especiais impostas ao exercício de tais poderes. Desse modo, o direito de audiência perante os tribunais é limitado pelos deveres para com o tribunal e a outra parte e seus advogados. De modo análogo, o direito de manter em segredo as declarações do cliente é restringido pelo dever de não usar essas informações sigilosas como proteção para crimes ou fraudes contra terceiros. Encontrar o equilíbrio adequado entre o poder e o dever é o principal problema da ética profissional.

O lugar da filosofia clássica

Neste estudo, praticamente não fazemos referência à teoria ética clássica dos escritos de Aristóteles, Hume e Kant, por exemplo, e de alguns filósofos políticos modernos, como Jürgen Habermas e John Rawls. Respeitamos as ideias desses filósofos bem como temos consciência de que, para muitos, os ensinamentos religiosos são imediatamente aplicáveis e quase sempre são decisivos na solução de dilemas éticos do cotidiano. Todavia, acreditamos que, para nossa análise, o valor dessas fontes é limitado.

Acerca dos princípios éticos com origem nas convicções religiosas, observamos que cada uma das principais tradições religiosas contribui para o mundo secular com padrões muito diversos – por exemplo, quanto à posição da mulher, à abrangência do dever de sinceridade e à priorida-

de que se dá às relações de família. Além disso, vemo-nos confusos quando tentamos conciliar os ensinamentos de nossa própria tradição religiosa, o cristianismo, com os problemas que enfrentamos no exercício da advocacia.

A pertinência da análise ética tradicional para a ética jurídica é limitada *não* porque os advogados não enfrentem problemas éticos nem porque não tenham ética. Todo advogado tem problemas éticos, pois depara constantemente com circunstâncias que o obrigam a tomar decisões que implicam o certo e o errado. Todo advogado também “tem” ética, uma vez que ninguém pode exercer a prática forense sem um senso mínimo de orientação para tomar decisões. A importância limitada da ética clássica para a investigação aqui exposta deve-se antes, em nossa opinião, à concepção especial da qual a análise ética clássica tradicionalmente parte¹⁵.

Essa concepção clássica implica dois elementos fundamentais: universalidade e transparência. Com “universalidade” queremos nos referir à pretensão da análise ética de tratar de todos os problemas éticos, independentemente do contexto. Em geral, chama-se esse plano de análise de “metaética”. “Transparência” indica que a análise ética parte da premissa de que o agente tem acesso aos fatos da situação que está enfrentando.

Quanto à universalidade, até o começo do período moderno os filósofos éticos pensavam somente em agentes do sexo masculino e em geral deixavam de fora de suas considerações não apenas as mulheres e as crianças, mas também os escravos, os “bárbaros”, os infiéis e outros. Apesar desse conjunto de restrições, os filósofos éticos clássicos procuravam fazer proposições que abrangessem todas as decisões éticas problemáticas. Esse é o objetivo, por exemplo, da ideia de “imperativo categórico” concebida por Immanuel Kant. Um imperativo categórico é uma proposição que se aplica indistintamente a todas as situações dentro de seus limites¹⁶. A ideia de universalidade tem reflexo no conceito de igualdade humana –, isto é, todas as pessoas que o

agente tem de levar em conta têm direito a igual atenção e consideração¹⁷. Um conceito relacionado diz respeito à autonomia moral do agente, ou “livre-arbítrio”. A ideia é que a liberdade de escolha do agente em seus cursos de ação é incondicionada. As relações entre esses conceitos e o *éthos* moderno de democracia são complexas.

Em nosso entender, a transparência é o pressuposto de que as circunstâncias em que o agente atua lhe são evidentes. Considerando essa premissa, o agente não enxerga a situação problemática através de uma nuvem de incerteza, não atua com base em informações de terceiros nem tampouco depara com relatos confusos e contraditórios acerca do que ocorreu ou do que está para ocorrer. Os principais temas da ética clássica tratavam do que o agente deveria fazer quando soubesse o que estava fazendo.

Universalidade e transparência são os elementos essenciais de duas teorias da filosofia ética que se destacaram desde o início do século XIX e continuam predominantes no alvorecer do século XXI. São elas a filosofia ética de Immanuel Kant e a de Jeremy Bentham. Como se disse anteriormente, o conceito ético fundamental de Kant é o “imperativo categórico”: um ato se justifica somente se estiver de acordo com uma norma aplicável universalmente. Na terminologia da filosofia ética, é uma abordagem deontológica. Isto é, as ações são determinadas corretamente pelos princípios do dever, sejam quais forem as consequências geradas por um determinado modo de agir. A filosofia de Bentham, ao contrário, é o utilitarismo – isto é, os atos podem justificar-se por suas consequências, que, por sua vez, devem ser avaliadas levando-se em conta a produção do “maior bem para o maior número [de pessoas]”. Na terminologia da filosofia ética, a abordagem de Bentham é consequencialista: toda ação deve ser avaliada por suas consequências. As concepções éticas de Kant e de Bentham são muito diferentes quanto à origem, à lógica, à expressão e às implicações. No entanto, assemelham-se em aspectos importantes, em particular no que diz respeito à ética de qualquer profissão que implique relacionamento entre pessoas.

O sistema ético de Kant e o de Bentham são semelhantes acima de tudo na aplicação universalista: um princípio normativo válido deve ser aplicável a todo ato em todas as circunstâncias. Assemelham-se também no pressuposto da transparência: o agente pode conhecer as circunstâncias em que deve atuar. A respeito disso, consideramos que tanto o imperativo categórico quanto o utilitarismo demonstram um otimismo sereno e indiferente diante dos aspectos inexoráveis e muitas vezes cruéis da existência empírica. Uma terceira semelhança é o ponto de vista “transcendente” dos dois: eles enxergam a condição humana de um ponto de vista olímpico, que desconsidera a confusa incerteza da vida. Como historiadores da filosofia, Kant e Bentham podem ser considerados herdeiros do Iluminismo. Para os iluministas, a experiência humana se caracteriza pela racionalidade nas relações sociais, pela igualdade entre os participantes dessas relações e pelo contínuo aperfeiçoamento da condição humana.

Em nossa opinião, ao contrário de Kant e Bentham, alguns pensadores anteriores demonstram melhor clareza de visão dos problemas da ética jurídica. Entre eles, os ingleses Hobbes e Hume, os franceses Bodin, Descartes e Montesquieu, os holandeses Grócio e Espinosa, os italianos Maquiavel e Vico e os norte-americanos James Madison e John Adams. Talvez ainda mais importantes sejam as observações de Aléxis de Tocqueville, que surge um pouco depois desses.

De formas diversas e em termos diversos, esses filósofos refletiram sobre os problemas da vida em comunidade com aguda percepção do mundo real, num momento em que os regimes europeus deixavam de ser os sistemas autoritários dos períodos medieval e renascentista para se transformar em sociedades de dominação burguesa. Na Idade Média e na Renascença, o poder e a autoridade do governo repousavam nas mãos de reis, príncipes, bispos e outros ilustres. O ideal de conduta política era serviço ou subserviência ao regime – servidão ao “príncipe”, para empregar

INTRODUÇÃO

17

o título da famosa obra de Maquiavel. Baldassare Castiglione faz uma exposição sistemática e favorável desse ideal em *O cortesão*, obra que teve amplo reconhecimento no século XVI. De acordo com seu ponto de vista, o comportamento político ideal era prestar serviços que apoiassem e fortalecessem o regime e o regente¹⁸.

Os pensadores políticos mais “mundanos” iam de pessimistas radicais, como Hobbes, passando por “constitucionalistas” sensatos, como Locke, Montesquieu e Madison, até legalistas, como Grócio, e otimistas problemáticos, como Vico. Todos eles, porém, estavam tentando compreender os novos sistemas políticos e econômicos que surgiam na Europa ocidental. Esses novos sistemas estavam infiltrando e enfraquecendo a monarquia e o papado na França, Alemanha, Itália, Inglaterra e Holanda e cada vez mais se firmavam no modo de produção capitalista e no governo administrativo. Concomitantemente desenvolvia-se a ideia de restrição constitucional à autoridade do governo – isto é, “o Estado de Direito” e ideias relacionadas, como o “direito de propriedade”, a “liberdade de contrato” e a “oposição consequente”. A adoção dessas ideias marca o fim da Idade Média. Como disse Ortega y Gasset: “A doutrina política que representa o mais alto empenho para a vida comum dos integrantes de uma sociedade é a democracia liberal. A democracia liberal é aquele princípio de direitos políticos segundo o qual a autoridade pública se autorrestringe, apesar de todo o seu poder, e busca, mesmo em detrimento próprio, dar espaço no Estado aos que não pensam como a maioria.”¹⁹

As novas ideias constitucionais eram sempre apresentadas como verdades universais, como é o caso da Declaração de Independência dos Estados Unidos²⁰. Entretanto, também eram reivindicações políticas específicas que tiveram expressão e foram implementadas por meio de uma nova classe de especialistas em direito. Esses especialistas eram os “advogados” e demais profissionais do direito, que serviam de intermediários entre os governos centrais dos regi-

mes e os homens ilustres regionais e entre os diversos setores da burguesia.

A visão desses profissionais ganhou expressão oficial na famosa declaração de Lorde Coke, juiz presidente dos Magistrados do Rei (o Superior Tribunal de Justiça da Inglaterra). Coke iniciou afirmando que o rei está sujeito à lei, o que não era novidade e, sem dúvida, justificava a assertiva de que os súditos deviam obediência aos reis. Entretanto, para Coke, a definição de “lei” não era ortodoxa. Coke dizia que a lei emanava de uma forma especial de “razão artificial” exposta exclusivamente pelos juízes. À alegação do Rei Jaime de que o rei podia conhecer a lei tão bem quanto os juízes, Coke respondeu: “Deus dotou Sua Majestade de excelente Ciência... mas Sua Majestade não é versado em Leis... e as Causas que se referem à Vida, às Heranças e aos Bens, ou ao Destino de seus Súditos, estas não se julgam segundo a Razão natural, mas, sim, pela Razão artificial e pelo Juízo da Lei... cuja plena Compreensão requer de um Homem muito tempo de Estudo e Experiência.”²¹ Numa reformulação moderna e irônica dessa ideia, a lei é “o que os juízes dizem que é”. Com base nessa premissa, os advogados e outros profissionais do direito são dotados de entendimento exclusivo da lei.