



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

EDUARDO AMIN MENEZES HASSAN

**A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: CONSEQUÊNCIA DA COMPLEMENTARIDADE
ENTRE MORAL E DIREITO**

Salvador/BA
2013

EDUARDO AMIN MENEZES HASSAN

**A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: CONSEQUÊNCIA DA COMPLEMENTARIDADE
ENTRE MORAL E DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Ciências Econômicas e Sociais da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público - Mestrado

Linha de pesquisa: 1.1 (Constituição, Estado e Direitos Fundamentais).

Orientadora: Professora Doutora Marília Muricy Machado Pinto.

Salvador/BA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDO AMIN MENEZES HASSAN

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONSEQUÊNCIA DA COMPLEMENTARIDADE ENTRE MORAL E DIREITO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Federal da Bahia - UFBA, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: **Professora Doutora Marília Muricy Machado Pinto**
Professora da Universidade Federal da Bahia
Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Professor Doutor Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
Professor da Universidade Federal da Bahia
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Salvador / BA, _____ de _____ de 2013.

*Para meus pais, Zé Amin e Celeste (in
memoriam), responsáveis pela formação de
meu caráter. Para minha avó Dona Anita (in
memoriam) por sempre ter levantado minha
autoestima. E para a minha esposa, Manoela,
por me ensinar como simplesmente construir
um amor.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que me ajudaram a materializar este trabalho.

Registro a satisfação de ter sido orientado pela Professora Dra. Marília Muricy, dotada de uma inteligência tão aguçada a ponto de fazer seus ouvintes brilharem os olhos quando a ouvem traçar um raciocínio.

Agradeço ao Prof. Dr. Rodolfo Pamplona, o qual admiro por sempre ter tempo para tudo e todos, com quem convivi na disciplina Metodologia da Pesquisa em Direito e que, sempre solícito, participou do exame de qualificação, aceitando, inclusive, compor a banca de defesa.

Agradeço aos Profs. Drs. Heron Gordilho, Nelson Cerqueira e Saulo Casali, com os quais convivi e aprendi grandes lições durante as aulas do mestrado e, sem dúvida, tiveram grande contribuição na concretização do presente trabalho.

Agradeço aos Professores Bernardo Montalvão e Dr. Wálber Carneiro pelas dicas teóricas, que deram um novo rumo a esta pesquisa.

Ao Professor Dr. Miguel Calmon por ter me acolhido no tirocínio, o que gerou meu primeiro contato, como “professor”, com os alunos da graduação do curso de Direito da UFBA.

Ao Dr. Francisco Bertino, Professor e colega da Procuradoria, que se tornou meu amigo, pelas dicas e por disponibilizar a sua biblioteca inteira para minha pesquisa.

Aos amigos da Procuradoria Geral do Município do Salvador, grandes exemplos de caráter e força.

Aos amigos da Defensoria Pública da União em Salvador, que me apoiaram nas seleções para ingresso no mestrado.

Aos meus irmãos Rafa e Nanda, por sempre estarem por perto, mesmo quando estão longe, nos momentos de alegria e tristeza.

A todos os demais familiares e amigos queridos.

Aos amigos e colegas do Mestrado, pelo apoio direto ou indireto para o desenvolvimento desta pesquisa.

Muito obrigado!

“No inferno os lugares mais quentes são reservados àqueles que escolheram a neutralidade em tempo de crise.”

(Dante Alighieri)

“Não se preocupe em entender, viver ultrapassa qualquer entendimento.”

(Clarice Lispector)

Hassan, Eduardo Amin Menezes. **A institucionalização da ética na Administração Pública: consequência da complementaridade entre moral e direito**. 2013. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo da relação complementar entre a moral e o direito, discutindo-se a possibilidade de a moral ser ou não alicerce para os direitos fundamentais, bem como a institucionalização da ética na administração pública. São abordadas definições de ética, desde Aristóteles com sua ética das virtudes, passando por Kant e sua teoria da moral, Habermas e a ética discursiva, além de Bauman com a ética pós-moderna. Entrementes, será traçado um histórico desde o direito prudencial até a contemporaneidade, relacionando direito e moral em diversos momentos da evolução social, passando pelo processo de positivação do direito, pelo distanciamento entre direito e moral em Luhmann, que desenvolveu a teoria do sistema autopoietico, culminando com o problema da legitimidade do direito. Ademais, discorrer-se-á sobre a teoria do agir comunicativo, o procedimentalismo e a teoria do discurso de Habermas e seus fundamentos para o direito, destrinchando os princípios que fundamentam essa teoria, isto é, o princípio do discurso, o princípio da moral e o princípio democrático. Ver-se-ão definições de direito, ética e moral, além de explicações sobre suas semelhanças e diferenças. Será demonstrado como funciona a teoria da ética discursiva e sua relação com o direito. Não se deixará de abordar a importância de elementos morais no conceito de direito, bem como da distinção entre normas morais e normas jurídicas. O trabalho questiona a possibilidade de a moral, que se complementa com o direito, ser fundamento para os direitos fundamentais. Até chegar-se a esta resposta foi necessário abordar conceitos de direitos fundamentais e suas características. O direito e a moral se complementam, embora fundados em princípios diferentes. Destarte, será respondido se os direitos fundamentais são alicerçados pela moral, tratando-se da influência dos direitos fundamentais na Administração Pública. Culmina-se este trabalho na institucionalização da ética na Administração Pública, questionando-se sobre a utilidade do código de ética, bem como sobre a aplicação ou não de preceitos constitucionais, como o devido processo legal, nos processos éticos desenvolvidos dentro do conselho de ética, além de resgatar algumas diferenças entre direito e moral para explicar como se dá essa institucionalização jurídica da ética na Administração Pública. Serão tratados, ainda, o princípio da moralidade administrativa e a criação de códigos de ética no campo da gestão pública brasileira, exemplificado com o código de ética da alta conduta da administração pública do Município de Salvador.

Palavras-chaves: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; DIREITOS FUNDAMENTAIS; INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA; MORAL;

Hassan, Eduardo Amin Menezes. **The institutionalization of ethics in the Public Administration: consequence of the complementary relationship between morality and law.** 2013. 155 pp. Master Dissertation – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

ABSTRACT

This work has for its object the study of the complementary relationship between morality and law, discussing the possibility of moral to be or not to be foundation for fundamental rights, as well as the institutionalization of ethics in public administration. It covers definitions of ethics since Aristotle with his virtue ethics, through Kant and his theory of morality, Habermas and discourse ethics, and Bauman with postmodern ethics. Meanwhile, a history is drawn from the prudential right up to contemporary, linking law and morality in different moments of social evolution, going through the process of positive law, the gap between law and morality in Luhmann, who developed the theory of autopoietic system, culminating with the problem of the legitimacy of law. Furthermore, it will discuss the theory of communicative action, proceduralism and discourse theory of Habermas and his grounds for the right, unraveling the principles underlying this theory, namely, the principle of speech, the principle of moral and democratic principle. Shall see definitions of law, ethics and moral, as well as explanations of their similarities and differences of them. It will be shown how the theory of discourse ethics and its relationship with right. Do not fail to address the importance of moral elements in the concept of law as well as the distinction between moral norms and legal standards. The work questions the possibility of morality, which is complemented by right, be grounds for fundamental rights. Until you get to this response it was necessary to address concepts of fundamental rights and their characteristics. The right and moral complement, although founded on different principles. Thus, it will be answered if fundamental rights are underpinned by morality, as regards the influence of fundamental rights in Public Administration. This work culminates with the institutionalization of ethics in Public Administration, questioning the usefulness of the code of ethics, as well as on the application or not application of the constitutional's rules, as the due process of law, in the processes developed within the ethical review board, besides rescuing some differences between law and morality to explain how is this legal institutionalization of ethics in Public Administration. It will be addressed further in the principle of administrative morality and establishing codes of ethics in the field of public management in Brazil, exemplified with the code of ethics of high conduct of public administration of the Municipality of Salvador.

Keywords: PUBLIC ADMINISTRATION; FUNDAMENTAL RIGHTS; INSTITUTIONALIZATION ETHICS; MORALS.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. A REFLEXÃO FILOSÓFICA SOBRE O MUNDO ÉTICO.....	13
2.1. ASPECTOS PRELIMINARES.....	13
2.2. A ÉTICA DA VIRTUDE.....	14
2.3. A ÉTICA KANTIANA E A “CRÍTICA DA RAZÃO PRÁTICA”.....	20
2.4. A ÉTICA PÓS-MODERNA.....	24
2.5. A ÉTICA HABERMASIANA.....	29
3. DO DIREITO PRUDENCIAL AO DIREITO CONTEMPORÂNEO.....	34
3.1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL.....	34
3.1.1. Idade Antiga.....	36
3.1.2. Idade Média.....	38
3.1.3. Idade Moderna e a perda do caráter ético do direito.....	40
3.2. NORMAS MORAIS E NORMAS JURÍDICAS.....	45
3.2.1. Dever moral e dever jurídico.....	48
3.2.2. Sanção, coação e coerção.....	50
3.3. O DISTANCIAMENTO ENTRE DIREITO E A FUNDAMENTAÇÃO MORAL: A VISÃO DE LUHMANN.....	54
3.4. O DIREITO COMO SISTEMA.....	56
3.5. A TEORIA EGOLÓGICA DO DIREITO.....	61
4. A RELAÇÃO COMPLEMENTAR ENTRE A MORAL E O DIREITO EM HABERMAS.....	64
4.1 O AGIR COMUNICATIVO E O PROCEDIMENTALISMO EM HABERMAS.....	64
4.1.1. O agir comunicativo.....	65
4.1.2. O procedimentalismo.....	68
4.2. A ÉTICA DO DISCURSO E SEUS FUNDAMENTOS PARA O DIREITO.....	69
4.3. A VALIDADE DO DIREITO EM HABERMAS.....	75
4.4. A DIFERENÇA ENTRE ÉTICA E MORAL NA VISÃO DE HABERMAS.....	77
4.5. A EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MORAIS NO CONCEITO DE DIREITO.....	80
4.6. RELAÇÃO COMPLEMENTAR ENTRE MORAL E DIREITO NA VISÃO DE HABERMAS.....	88
4.7. O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE NO DIREITO CONTEMPORÂNEO.....	93
5. IMPOSSIBILIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO MORAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONCEPÇÃO HABERMASIANA.....	97
5.1. DEFINIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU CONTEÚDO ÉTICO.....	97
5.2. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	105
5.3. A MORAL É ESTEIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?.....	108
5.4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	113

6. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.	116
6.1. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA.....	117
6.2. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.	124
6.3. DEMONSTRAÇÃO CASUÍSTICA: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA NO MUNICÍPIO DE SALVADOR, COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE ÉTICA DA ALTA ADMINISTRAÇÃO.	130
6.3.1 A ementa do Decreto 23.738/2013 e o princípio da moralidade.	131
6.3.2 Artigos comentados do Decreto 23.738/2013.....	132
7. CONCLUSÕES.....	142
REFERÊNCIAS.....	149

1. INTRODUÇÃO.

A relação complementar entre moral e direito, a impossibilidade de fundamentação moral dos direitos fundamentais e a institucionalização da ética na Administração Pública foram o cerne deste trabalho, mas, para se argumentar e fundamentar sobre esse tema foi necessário explicar as principais teorias éticas desenvolvidas ao longo da história. O pano de fundo para a introdução dessas teorias éticas foi demonstrar a evolução até a teoria discursiva de Habermas. Já que na delimitação do tema, utilizou-se de Habermas como o principal referencial teórico deste trabalho.

Este trabalho é composto de sete capítulos, sendo o primeiro a introdução, cinco de desenvolvimento e o último formado pelas conclusões.

Dessa forma, no primeiro capítulo do desenvolvimento, serão vistos os principais argumentos de Aristóteles no desenvolvimento da sua teoria da ética das virtudes e o quanto influenciou aos demais filósofos, em especial na utilização da razão como fundamento das escolhas morais. Além disso, serão traçadas as ideias de Kant sobre sua teoria ética em “Crítica da Razão Prática”, percebendo-se que o imperativo categórico se baseia na possibilidade de uma lei universal, bem como que o direito se fundamenta na liberdade e tem a coação como esteio para possibilidade de se exigir o cumprimento de um dever.

As ideias pós-modernas sobre ética aduzidas por Bauman criticam diversos argumentos das teorias modernas sobre a ética. A importância de se trazer esse autor, nesse primeiro capítulo do desenvolvimento, foi mostrar um contraponto para os argumentos modernos que embasam esta pesquisa, sem deixar de entender que ainda há possibilidade de se buscar o mínimo de previsibilidade e segurança sobre a ética na sociedade, em especial, no âmbito estatal.

Introduz-se no final do primeiro capítulo do desenvolvimento a teoria da ética discursiva desenvolvida por Habermas, utilizada como marco teórico do desenvolvimento desta pesquisa. A ética discursiva é a busca de fundamento para um novo projeto kantiano, no qual a comunicação passa a ser o paradigma. Com essa teoria, Habermas desenvolve princípios que justificam a moral e o direito.

No segundo capítulo do desenvolvimento, escreve-se sobre a evolução do direito na sociedade, desde a antiguidade até a contemporaneidade, com o objetivo de demonstrar como ele se

relacionava com a moral. Passar-se-á por um período de identificação entre direito e moral até a tentativa de separação total entre eles.

Prosseguir-se-á com o desenvolvimento da teoria do agir comunicativo – onde a linguagem é orientada para se buscar o entendimento – e o procedimentalismo habermasiano – que tem uma concepção procedimental da democracia, na qual o direito atua como *medium* entre a sociedade e o Estado, além de ser um integrador social.

A ética discursiva desenvolvida por Habermas inova com a utilização de outro princípio para fundamentar o direito, o princípio democrático. Essa ética procedimentalista é bastante utilizada no desenvolvimento de teorias jurídicas por autores considerados pós-positivistas. Habermas desenvolve três princípios: o princípio do discurso “D”, responsável pela validade das normas pelos discursos racionais; o princípio moral “U”, uma nova roupagem da universalização kantiana, que consiste em normas passíveis de imparcialidade e universalização, isto é, que busque um interesse comum de todos e merece assentimento intersubjetivo; e o princípio democrático “De”, o qual sugere a legitimidade do direito, devendo, para tanto, as leis jurídicas terem o assentimento de todos os parceiros do direito por meio de um processo institucionalizado de normatização discursiva.

Após essas digressões, traçar-se-ão os aspectos que demonstraram a relação complementar entre a moral e o direito. Para tanto, serão explicadas definições de direito e seus enfoques. Entrementes, será visto o direito como sistema. E será observado como se dá a validade do direito em Habermas, inferindo-se que o direito tem no Estado a força de se garantir a liberdade. Analisar-se-á, ainda, a diferença dos conceitos de ética e moral na visão habermasiana.

As normas jurídicas, embora sejam diferentes das normas morais, complementam-se na resolução de conflitos sociais. Não existe uma relação de subordinação entre direito e moral, já que o direito decorre do princípio da democracia e não do princípio da moralidade. Todavia, pela teoria do discurso, ambos os princípios citados decorrem do princípio “D”. Ademais, Habermas substitui a razão prática pela razão comunicativa, e o fundamento de validade do direito passa a ser a legitimidade, a qual se fundamenta pela possibilidade de, por meio do discurso, viabilizar a democracia.

Busca-se, neste trabalho, demonstrar que o direito e a moral possuem uma relação de complementaridade, mas não se confundem, não existindo subordinação de um ao outro. Além

disso, a partir dessa ideia de complementaridade, será discutida a possibilidade de existir elemento morais no conceito de direito.

No quinto capítulo, questiona-se se a moral é esteio dos direitos fundamentais. Para tanto, resgatam-se os fundamentos da ética discursiva habermasiana para o direito responder a esta pergunta. Serão definidos os direitos fundamentais e demonstrada a existência de conteúdo ético neles, respondendo se há limitação da atuação estatal, bem como dos particulares, em razão dos direitos fundamentais.

No último capítulo do desenvolvimento, serão analisados aspectos pertinentes à institucionalização da ética na Administração Pública, resgatando os fundamentos desenvolvidos nesta pesquisa sobre a relação complementar entre moral e direito, bem como sobre aspectos diferenciadores entre eles, para explicar a importância dos códigos de ética no âmbito da gestão pública, além de responder diversos questionamentos decorrentes dessa institucionalização.

Com base na teoria do discurso de Habermas, bem como fundamentado na teoria do agir comunicativo e na sua teoria sobre direito, busca-se defender a relação complementar entre moral e direito, bem como explicar a institucionalização da ética no âmbito da Administração Pública brasileira.

2. A REFLEXÃO FILOSÓFICA SOBRE O MUNDO ÉTICO.

2.1. ASPECTOS PRELIMINARES.

O objetivo deste capítulo é trazer a reflexão filosófica das principais teorias éticas e seus expoentes para se definir as premissas deste trabalho, bem como para demonstrar a corrente teórica acolhida no desenvolvimento da dissertação. Sendo o tema proposto, a relação complementar entre moral e direito na visão de Habermas e a institucionalização da ética na Administração Pública. As teorias éticas aqui trazidas serão analisadas somente no que pertine para a relevância da pesquisa, caso haja necessidade de maior aprofundamento, não abrangido em razão do corte epistemológico, remete-se a fonte bibliográfica citada.

Entretantes, diversos conceitos utilizados ao longo desta dissertação, bem como na própria teoria habermasiana, possuem origem no trabalho desenvolvido por Kant e Aristóteles, aqui analisados. Dessa forma, não se poderia começar diretamente pela teoria da ética procedimentalista, sem, ao menos, discorrer sobre as teorias que a influenciaram.

A ética originou-se na Grécia antiga e era objeto de estudo dos filósofos dessa época, destacando-se Sócrates, que embora não tenha escrito, obteve por atuação de seu discípulo Platão a divulgação de seus conhecimentos e teorias. Sócrates criticou a mitologia tradicional utilizada na educação para a juventude grega, aduzindo ser necessária uma dissociação entre o mito e a verdade; para ele, seres virtuosos só agem de forma virtuosa, logo é inadmissível atribuir o mal do mundo aos deuses; destarte, este filósofo buscava, assim, a fixação do princípio ético fundamental: os homens são responsáveis pelos seus atos e omissões intencionais.¹

Aristóteles deu continuidade ao trabalho de investigação sobre a ética, sendo, durante duas décadas, discípulo de Platão. Enquanto Platão buscava um critério objetivo para fundamentar a ética, afirmando que ninguém pratica o mal intencionalmente, Aristóteles procurou demonstrar que o bem é tudo aquilo que apresenta um valor para o homem, corrigindo, desta forma, o intelectualismo abstrato de Platão.²

¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pp. 91-92.

² COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 95.

Aristóteles, Kant e Habermas são responsáveis por quebras de paradigmas na ética ocidental. Nesse capítulo serão abordados aspectos relevantes da teoria da ética e da moral desenvolvida por estes autores.

Além desses citados filósofos, será necessária a exposição das ideias pós-modernas de Bauman, que, embora confronte com as ideias modernas e kantianas, devem ser trazidas à tona para se verificar a ética sobre esse viés, haja vista a sua valiosa contribuição. Bauman aduz uma série de críticas às teorias éticas modernas, dentre elas a teoria de Kant, afirmando não ser possível desprezar os conceitos modernos, contudo, segundo o citado autor, necessário se faz algumas superações, que conflitam com a ideia moderna de ética.

A possibilidade de justificação racional da ética é questão relevante para a sua cientificidade. A ética é considerada ciência ou parte da filosofia que se dedica ao entendimento dos valores morais e princípios ideais do comportamento humano.

Analisar-se-á, a seguir, as teorias sobre ética de quatro autores, o ponto de partida será a ética da virtude de Aristóteles, seguindo-se a ética kantiana, depois a ética pós-moderna de Bauman e, por fim, a ética discursiva de Habermas. A ética aristotélica e a teoria da moral de Kant são paradigmas importantes da filosofia moral e a ética do discurso supera o paradigma da filosofia moral kantiana, por isso não se poderia deixar de tratar sobre elas logo no início deste trabalho.

2.2. A ÉTICA DA VIRTUDE.

Em *Ética a Nicômaco*, desenvolve-se a ideia de que “todo conhecimento e todo trabalho visa a algum bem”.³ Dessa forma, Aristóteles se afasta da tese de Platão de que o homem aspira à ideia do bem, para firmar o entendimento de que um ideal grandioso e inacessível à sua compreensão não deve servir como ponto de partida.

Para Aristóteles, deve-se buscar a essência das coisas, isto é, a natureza delas. Enquanto a teoria platônica parece postular que “a ‘realidade’ concreta das coisas existia fora do tempo e das estruturas espaciais que damos por certos quando estabelecemos nossas relações com as coisas.

³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 11.

Para Aristóteles, porém, devemos voltar nossa atenção para o modo como as coisas funcionam neste mundo à nossa volta”.⁴

Dessa forma, o filósofo acima mencionado começa a diferenciar sua teoria das ideias de seu mestre Platão. “De fato, embora devamos começar pelo que é conhecido, os objetos de conhecimento o são em duas acepções: alguns o são relativamente a nós, outros na acepção absoluta do termo”.⁵ E conclui o estagirita: deve-se começar pelas coisas já conhecidas por nós.

Günther afirma a importância da tradição que advém de Aristóteles e aduz a importância de se saber avaliar corretamente uma situação para se agir de forma moral.

Na tradição, que remonta essencialmente a Aristóteles, o problema de escolher corretamente as características da situação sempre foi equiparado à fundamentação de máximas corretas de atuação. Quem souber avaliar corretamente a situação, também agirá de forma moralmente correta – e vice-versa.⁶

Destarte, no momento de se analisar as características relevantes da situação, para escolher de forma prudente qual ação será utilizada, deve-se julgar com base no conceito de vida boa. Qual seria o objetivo da humanidade? Seria a busca incessante pela riqueza e por ganhar dinheiro? Nesse sentido, afirma Aristóteles: “Quanto à vida dedicada a ganhar dinheiro, é uma vida forçada, e a riqueza não é, obviamente, o bem que estamos procurando: trata-se de uma coisa útil, nada mais, e desejada no interesse de outra coisa”.⁷ Dinheiro nada mais é do que um meio e não um fim em si mesmo, não se trata de um bem autêntico. O bem autêntico é aquele buscado por todos os homens e não simples meios. Trata-se do fim almejado pela humanidade, não um bem qualquer, deve ser algo absoluto.

O objeto de estudo de Aristóteles é o supremo bem, aspiração possível dos homens, isto é, a felicidade.⁸ Na visão de Aristóteles a ética teria como objeto o sumo bem, ou seja, a felicidade, que é almejada sempre por si mesma e nunca no interesse de outra coisa; o citado autor diferencia a ética das outras virtudes, dentre elas, a honra, o prazer e a razão, porque elas são meios para a felicidade, “mas a felicidade ninguém a escolhe tendo em vista alguma outra virtude”.⁹

⁴ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 49.

⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 12.

⁶ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 24.

⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 14.

⁸ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 99.

⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, pp. 17-18.

A felicidade é a razão da vida humana, além de ser fim em si mesmo, ela é a busca incessante do homem, que não pode ser feliz sozinho. O homem é um ser social, está na natureza dos seres humanos viver em sociedade. A sociedade é o resultado de um processo gradual onde se concretiza a natureza do homem.¹⁰

Segundo Habermas, a teoria aristotélica implica numa filosofia prática, que parte da ideia de que os indivíduos pertencem à sociedade como membros de uma coletividade, isto é, como partes de um todo, constituído por meio da ligação de suas partes. Dessa forma, a razão prática remete à felicidade, entendida de forma individualista, e a autonomia é vista moralmente como ligada a liberdade do homem, que, além de sujeito privado, pode assumir papéis de membro da sociedade civil, do Estado ou do mundo.¹¹

Segundo Aristóteles, a autossuficiência torna a vida desejável por ser completa por si só, desse modo ele entende a felicidade, a mais desejável de todas as coisas, isto é, “algo absoluto e autossuficiente, e a finalidade da ação”.¹² Essa felicidade não é encontrada no simples prazer, mas na atividade da alma em consonância com a melhor e mais completa das virtudes e em uma vida inteira, porque não se faz um homem feliz e virtuoso em um pequeno espaço de tempo.¹³

Entretanto, surge o seguinte questionamento: quem é feliz? Profissionais e políticos que se utilizam de meios ardilosos ou até criminosos para obter sucesso, dinheiro e poder a qualquer custo? Aparentemente eles parecem felizes, mas na visão aristotélica só o homem virtuoso é feliz, na verdade eles estão em estado de mero prazer.

“A ética da virtude exige que desenvolvamos hábitos; hábitos de bem pensar, de saber escolher e de comportar-se adequadamente. O homem deve ser treinado ou formado para a sociedade, e para tanto é necessário inculcar-lhe a virtude”.¹⁴ Percebe-se na virtude uma forma do homem alcançar a felicidade e para se viver em sociedade, dessa forma, a felicidade deve abarcar o máximo de pessoas possíveis, sendo a atuação pessoal individual levada, muitas vezes, em prol do todo.

¹⁰ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo, 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 49.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 17.

¹² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Tradução Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 18.

¹³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Tradução Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 19.

¹⁴ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo, 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 49,

“A vida de atividade conforme a virtude é aprazível por si mesma, pois o prazer é um estado da alma, e para cada homem é agradável aquilo que ele ama”.¹⁵ Todavia, deve-se evitar o conflito entre os prazeres que não são aprazíveis por natureza, já que só os atos virtuosos são aprazíveis em si mesmos e por sua própria natureza.¹⁶ Logo, o homem, que busca apenas o prazer, não é virtuoso e se afasta da felicidade.

Segundo Morrison, “todas as virtudes morais têm de ser aprendidas e praticadas, e só se tornam virtudes por meio da ação”.¹⁷ E as virtudes norteadoras são a coragem, a moderação, a justiça e a sabedoria, que devem fazer parte do agir dos homens.

O que seria, então, a virtude? Trata-se do meio-termo entre dois vícios, isto é, entre o excesso e a falta, já que a virtude tem a natureza de visar à mediana nas paixões dos atos.¹⁸

Uma vez que nossas paixões nos tornam capazes de uma multiplicidade de ações, da abstinência ao excesso, precisamos descobrir o significado preciso do excesso ou da falta e, desse modo, chegar ao conhecimento do meio-termo apropriado, Aristóteles aplica um sistema dualista de ‘extremos’ por meio do qual podemos trabalhar nossos sentimentos empíricos.¹⁹

Esse meio-termo é bastante difícil de alcançar, além do mais, ele é relativo e varia de pessoa para pessoa, tendo em vista uns tenderem mais para o excesso e outros para a falta. Aristóteles sugere que, às vezes, precisa-se se inclinar para o sentido do excesso e outras vezes para o sentido da falta na busca de um equilíbrio, isto é, do meio-termo e ao que é certo.²⁰

O filósofo de Estagira ainda traz a distinção entre os atos voluntários e involuntários, pois apenas as ações voluntárias serão louvadas ou censuradas, ao passo que as involuntárias muitas vezes merecem o perdão. Todavia, o termo involuntário não deve ser aplicado por ignorância dos próprios interesses. “Com efeito, todo homem perverso ignora o que deve fazer e de que deve abster-se, e é em razão do erro desta espécie que os homens se tornam injustos e, em geral, maus”.²¹

A escolha moral só pode ocorrer por meio da razão. O homem não faz o bem por simples instinto, mas por escolha. Destarte, percebe-se que a ética aristotélica se fundamenta na razão, na

¹⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 21.

¹⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 21.

¹⁷ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 53.

¹⁸ Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 45.

¹⁹ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 53.

²⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 46.

²¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 49.

qual o homem precisa seguir para se alcançar o meio-termo, isto é, a virtude, e buscar, assim, uma vida feliz.

“A ética procura, pois, saber, em primeiro lugar, em que consiste a felicidade; em segundo lugar, qual a forma de organização política que assegure a felicidade geral”.²² Destarte, Aristóteles tenta descobrir qual a melhor forma de se alcançar essa plenitude ética, ou seja, em que consiste a felicidade e como assegurá-la para todos.

Nesse sentido, o objetivo maior do Estado é a busca pela felicidade geral. Sendo a institucionalização da ética na Administração Pública uma necessidade para que o Estado intente sua vocação principal. Segundo Aristóteles, o homem age de forma virtuosa, não por si apenas, mas por toda a sociedade.

Nesse diapasão, o filósofo citado afirma que a justiça está no meio-termo e a conceitua da seguinte forma:

Segundo a opinião geral, a justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo; e de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto.²³

“Tratando da justiça como uma das virtudes, Aristóteles soube genialmente determinar o que a distingue e especifica, a sua proporcionalidade a outrem, ou, em palavras modernas, a nota de *socialidade*”.²⁴ A justiça existe na relação entre dois homens e implica em algo objetivo, ou seja, é algo bilateral e fundamentado na razão.

Para o filósofo estagirita:

Tanto o homem que infringe a lei como o homem ganancioso e ímprobo são considerados injustos, de tal modo que tanto aquele que cumpre a lei como o homem honesto obviamente serão justos. O justo, portanto, é aquele que cumpre e respeita a lei e é probo, e o injusto é o homem sem lei e ímprobo.²⁵

Infere-se da citação acima que o filósofo utiliza um conceito excludente de justiça com base na injustiça, ou seja, o que não é injusto é justo. Nessa época não havia a possibilidade técnica de se separar a moral do direito. Além disso, Aristóteles adota um sentido de justiça, como virtude completa, na qual se tende à busca do meio-termo e, por conseguinte, da felicidade. Tratando-se

²² COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 99.

²³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 94.

²⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 624.

²⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 94.

de uma virtude bilateral, ela implica na redução ao bem de outrem, conforme observado por Reale.²⁶

Destarte, “a finalidade última do Estado só pode ser a realização da felicidade plena para todos os homens, sem exclusões ou restrições”.²⁷ Com efeito, a felicidade consiste em se viver com justiça, que é alcançada pela igualdade na organização de uma sociedade política – cada um exercendo a sua função particular atribuída para o bem geral da sociedade, isto é, “igualdade geométrica”.²⁸

Outrossim, a justiça, para Aristóteles, significa *suum cuique tribuere*, isto é, daí a cada um o que é seu. Ou seja, ele se vale do postulado da igualdade para afirmar que a “justiça significa dar às pessoas o que elas merecem, dando a cada um o que lhe é devido”.²⁹ A igualdade dependerá das virtudes relevantes de cada um, já que a justiça discrimina de acordo com o mérito, isto é, conforme a excelência relevante.³⁰ E, para alcançar este mister, é preciso levar em conta o propósito do bem a ser distribuído, trata-se de um pensamento teleológico, no qual o fim do bem servirá de argumento na decisão justa.

Críticas são feitas a esta visão teleológica aristotélica de se resolver determinados problemas, como por exemplo, o da definição mais precisa da faculdade de julgar. Para solucionar este problema é imperioso argumentar provisoriamente que as versões aristotélicas não levam suficientemente a sério a necessidade de se diferenciar a fundamentação e aplicação de normas morais, confundindo-as na faculdade de julgar.³¹

Na visão de Aristóteles, a reflexão ética examinava os bens objeto das ações humanas. Já para Kant, o pensamento ético tem, na descoberta dos princípios ou leis objetivas do agir humano, o seu objeto.³² Após as digressões sobre a ética das virtudes, como é conhecida a ética de Aristóteles, passar-se-á a analisar a ética kantiana, que não só influenciou, mas inspirou

²⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 624.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 102.

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 102.

²⁹ SANDEL, Michael J. **O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 234.

³⁰ SANDEL, Michael J. **O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 234.

³¹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 25.

³² Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 289.

Habermas na construção de sua teoria da ética discursiva, tendo como consequência a substituição do paradigma da subjetividade pelo paradigma da comunicação.

2.3. A ÉTICA KANTIANA E A “CRÍTICA DA RAZÃO PRÁTICA”.

A ética kantiana desenvolve-se nas obras *Crítica da Razão Prática* e em *Fundamentos para uma Metafísica dos Costumes*. Trata-se de uma ética formal, por conseguinte, universal e racional, válida para todo o mundo. É uma ética deontológica, implicando que o homem atua moralmente quando o faz por um dever, isto é, por respeito à lei.

Kant afirma a existência de tipos de ações: ações contrárias ao dever; ações conforme o dever; ações por dever, esta última tem valor moral que deveria ser seguido, ou seja, deve-se agir por uma máxima. Trata-se do imperativo categórico: aja de tal forma que possa querer, ao mesmo tempo, que se torne lei universal. O “bom” para Kant: a boa vontade é a que atua por um dever, e este é sempre um fim em si mesmo.³³ “A vontade moralmente boa é um fim em si mesmo, trata-se da vontade da pessoa que cumpre o seu dever. Não há conteúdo substancial *a priori* na máxima, mas apenas uma estrutura formal que integra o imperativo categórico que deverá guiar a ação”.³⁴

A "*Crítica da Razão Prática*", publicada em 1788, discute os princípios da ação moral, a ação do homem em relação aos outros e a conquista da felicidade. O ser humano age racionalmente e precisa racionalmente encontrar a plenitude do seu agir e a plenitude da ação prática dessa lei. Assim, pode-se ver a lei do mesmo modo do ponto de vista racional.

O conhecimento vem da experiência que se tem do mundo. Mas esta experiência passa por um filtro de cinco sentidos e a forma como se vê é uma perspectiva. A razão tem uma espécie de filtro, noção de tempo e espaço, não existindo fora de nós. O mundo não tem ordem, esta vem da razão.

³³ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A. Versão para Ebook, 2004.

³⁴ CARNEIRO. Walber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 148.

Será que razão consegue responder a questões como: Deus existe? A alma é mortal ou imortal? O universo é finito ou infinito? As perguntas podem ser feitas, se não pudessem ser feitas não existiria ciência ou filosofia, todavia, as respostas estão além do que a razão pode conceber.

Se a razão é um recorte, o homem jamais terá uma resposta segura sobre essas perguntas. Trata-se de *noumenom*, coisa considerada em si mesma, sem relação com nenhum sujeito. Só o que é *fenomenom* pode ser objeto de investigação científica. Só podemos saber como as coisas se mostram a nós. Desta forma, não adianta se tentar uma investigação científica sobre algo que a resposta ao problema esteja além da razão. Segundo Cortina, isso é a dupla contração da perspectiva kantiana, numênica e fenomênica, e será a chave da ética e do direito positivo.³⁵

Ao tratar de princípios e leis práticas, afirma Kant:

Princípios práticos são proposições que encerram uma determinação universal da vontade, subordinando-se a essa determinação diversas regras práticas. São subjetivos, ou *máximas*, quando a condição é considerada pelo sujeito como verdadeira só para a sua vontade; são, por outro lado, objetivos ou *leis* práticas quando a condição é conhecida como objetiva, isto é, válida para a vontade de todo ser natural.³⁶

Kant parte da análise da ética individual, desenvolvida no plano da moral e manifestada por meio do exercício autolegislator, dessa forma, uma boa ação seria a que fosse relacionada a uma disposição interior.³⁷ Destarte, não se devem conceber nossas máximas como leis práticas universais, podem-se apenas concebê-las como princípios que determinam o fundamento da vontade. Deve-se buscar a objetividade para se alcançar a lei universal, seguindo a ideia: “age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal.”³⁸

Explicando a ideia do imperativo categórico e informando que Kant não busca estabelecer um princípio moral, mas sim estabelecer um agir categoricamente e incondicionalmente, isto é, um agir moral universal, Walber Carneiro aduz:

Na moral, a ação boa é aquela que corresponde à vontade do agente, independente de qualquer obstáculo exterior, e não aquela ação condicionada pelo necessário cumprimento do dever decorrente de uma lei ou pela possibilidade de vantagem estratégica decorrente de uma determinada ação. A moralidade kantiana diz respeito a

³⁵ Cf. CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

³⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A. Versão para Ebook, 2004, p. 6.

³⁷ Cf. CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 148.

³⁸ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A. Versão para Ebook, 2004, p. 26.

uma relação interna e incondicionada do sujeito, ao contrário da análise externa à luz de normas, que confere ao cumprimento de um dever decorrente de regras heterônomas o caráter da *legalidade*.³⁹

O imperativo categórico, tendo em vista ser uma ideia poderosa e ao mesmo tempo problemática, obteve vários admiradores e muitos combatentes, em virtude da assertiva que se infere dele: o homem só deve fazer aquilo que todos podem fazer.⁴⁰ Essa ideia foi utilizada na ética discursiva de Habermas, entretanto, esse princípio da universalização, nesta teoria, foi trazido para o âmbito do discurso.

Essa legislação universal implica numa lei moral, baseada na autonomia da vontade, que é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres correspondentes às mesmas.⁴¹ Kant foi o precursor na definição do homem moderno como autodefinidor e não mais como simples ser interpretativo de significados a partir das coisas postas no mundo.⁴²

No impulso do desenvolvimento, que eu interpreto como racionalização do mundo da vida, esse engate é rompido. As tradições culturais e os processos de socialização são os primeiros a caírem sob a pressão da reflexão, de tal modo que eles gradativamente passam a ser tema dos próprios atores. Em igual medida, diferenciam-se as práticas consuetudinárias e se transformam em simples convenção os padrões de interpretação de uma eticidade de decisões práticas, as quais passam pelo filtro da reflexão e da formação autônoma do juízo. E, no uso da razão prática, chega-se a uma especialização, que considero importante em nosso contexto. As idéias modernas da *auto-realização* da *autodeterminação* não sinalizam apenas dois temas diferentes, mas tipos distintos de discurso, os quais são talhados conforme o sentido de questionamentos *éticos* e/ou *morais*.⁴³

Nesse momento, conclui-se por haver uma quebra de paradigma em relação às ideias aristotélicas e o que era conhecido como “ética” passa a ter um novo sentido subjetivista.

Kant trata da característica autolegisladora como corolário da liberdade.

Dever e obrigação (*Schuldigkeit*) são as denominações exclusivas que devemos dar à nossa relação com a lei moral. Em verdade, somos membros legisladores de um reino da moralidade, possível ante a liberdade, proposto pela razão prática em relação a nós, mas, contudo, somos ao mesmo tempo, súditos e não o mandante do mesmo, sendo já o desconhecimento da nossa posição subalterna como criaturas e a rebelião da presunção

³⁹ CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 148.

⁴⁰ GOMES, Alexandre Travessoni. **A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos**. Belo Horizonte: Mandamentos 2007, p. 56.

⁴¹ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A. Versão para Ebook, 2004, p. 28.

⁴² MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 157.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 129.

contra a autoridade da santa lei um abandono da mesma consoante ao espírito, ainda quando cumpríssemos a letra à risca.⁴⁴

Uma crítica comum contra a ética kantiana decorre do implícito formalismo que há nela. “Kant teria desenvolvido uma ética para um homem que não existe ou, mais ainda, para um homem que não existe em um mundo que não existe”.⁴⁵ Todavia, esta crítica tem argumentos fracos, facilmente contestados, o homem tem o dever fundamentado na lei, imperativo categórico, mas Kant não desconsiderou que o homem age no mundo sensível, o que implica no desenvolvimento dos efeitos das ações humanas neste mundo; importa-se que a lei seja dada pela razão.⁴⁶

Nesse sentido, seria possível se ordenar: ama a Deus sobre todas as coisas e ao próximo como a ti mesmo? Ora, ordenar amor como lei? Não parece que dessa forma se alcançaria o seu objetivo. Entende-se a possibilidade do amar como aspiração, isto é, de bom grado, mas não como uma ordem legal. Isto ocorre porque não é possível controlar os sentimentos, não podendo a razão alcançar este intuito.

Já no que se refere ao direito, para Kant, o motivo próprio de cumprimento de um dever jurídico é a possibilidade de coação. Além da ideia de coação própria do direito, Kant afirma que o princípio fundamental do direito é a liberdade.⁴⁷ Entretanto, pelas ideias kantianas o direito está submetido à moral, sendo não só fundamentado nela, mas também subordinado a ela. A conclusão da teoria kantiana é que a violação de direito implica na possibilidade da coação, ao contrário do que ocorre com a moral, entretanto, isso não significa que o objetivo do direito seja coagir as pessoas, trata-se de um meio para se alcançar um fim.⁴⁸ Todavia, mais a frente, será trazida uma reflexão sobre a possibilidade ou não de haver coação também na moral.

A conclusão de Kant em seu livro “Crítica da razão Prática” é a seguinte:

Duas coisas enchem o ânimo de crescente admiração e respeito, veneração sempre renovada quanto com mais freqüência e aplicação delas se ocupa a reflexão: por sobre mim o céu estrelado; em mim a lei moral. Ambas essas coisas não tenho necessidade de buscá-las e simplesmente supô-las como se fossem envoltas de obscuridade ou se

⁴⁴ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A. Versão para Ebook, 2004, p. 66.

⁴⁵ GOMES, Alexandre Travessoni. **A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos**. Belo Horizonte: Mandamentos 2007, p. 57.

⁴⁶ GOMES, Alexandre Travessoni. **A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos**. Belo Horizonte: Mandamentos 2007, p. 58.

⁴⁷ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pp. 299-300.

⁴⁸ Cf. GOMES, Alexandre Travessoni. Ética, direito e paz perpétua. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 298-308, São Paulo: Landy, 2003, p. 302.

encontrassem no domínio do transcendente, fora do meu horizonte; vejo-as diante de mim, coadunando-as de imediato com a consciência de minha existência.⁴⁹

Todo homem é dotado de razão e deve recorrer a ela com o objetivo de iluminar sua vida. A lei moral é intrínseca ao homem. Percebe-se quão importante é a ética kantiana e seu método científico, baseado na razão, que revolucionou a filosofia, para se delimitar o objeto nas ciências.

Não pensa dessa forma o próximo autor, que trata da ética pós-moderna com críticas às ideias modernas kantianas, desde a racionalidade até a universalidade, tendo em vista Bauman acreditar que essas características não sejam essenciais para a ética. Utilizar-se-á a ideia de Bauman para mostrar a existência de uma teoria pós-moderna sobre a ética, apesar de a base deste trabalho ser a ética discursiva habermasiana, que fundamenta parte de seus princípios na teoria da moral de Kant, tentando superá-la em alguns aspectos.

2.4. A ÉTICA PÓS-MODERNA.

Bauman começa o seu livro “Ética Pós-moderna” explicando que seu estudo não é sobre a moralidade pós-moderna, pois ele não quis buscar um inventário dos problemas morais pelos quais os homens pós-modernos lutam para resolver. A hipótese de seu “estudo é que o significado da pós-modernidade repousa precisamente na oportunidade que oferece ao sociólogo crítico de seguir a espécie [...] de inquirição com propósito maior do que nunca antes. A modernidade tem a estranha capacidade de frustrar a auto-análise”.⁵⁰

O conceito de pós-modernidade não possui um consenso. Não há unanimidade nem quanto a determinação da data de início deste processo, o termo pode ser utilizado para designar um estado atual de coisas ou um processo de modificações projetado sobre as diversas dimensões da experiência contemporânea de mundo, isto é, valores, hábitos, ações grupais, necessidades coletivas, concepções, regras sociais, modos de organização institucional, etc.⁵¹

⁴⁹ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A. Versão para Ebook, 2004, p. 121.

⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-moderna**. Tradução João Rezende Costa. 5. ed. São Paulo: Paulus, 2011, p. 7.

⁵¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Sequência (UFSC), v. 52, pp. 131-152, 2009, p. 132.

Apesar de não haver um marco comum a todos que escrevem sobre a pós-modernidade, ela é marcada por questionamentos sobre a racionalidade e seus efeitos gerados à sociedade. Questiona-se sobre a modernidade, mas não se consegue desvincular o seu legado.

Segundo Bauman, a pós-modernidade afasta as ilusões e reconhece quanto certas pretensões são falsas e alguns objetos inatingíveis, todavia, ele não pretende abandonar os conceitos morais modernos e sim rejeitar as maneiras modernas de tratar os problemas morais – maneiras estas que respondem aos desafios morais com regulamentação normativa, coercitiva na prática política e com busca de absolutos e universais na filosofia.⁵² Nesse sentido, Bauman critica a possibilidade de se tentar elaborar um código de ética infalível.

Não se acredita em códigos infalíveis, a tentativa pode levar ao erro, mas também ao acerto. Não parece já ter esgotado a possibilidade de criação de códigos de ética, não se provou que todos falharam ou todos deram certo. Seria muito pretensioso almejar a criação um código de ética infalível. Mas a institucionalização da ética é uma realidade e a utilização de códigos éticos, embora não seja a solução de todos os problemas da sociedade, parece ser uma tentativa de institucionalizar a ética nas sociedades complexas.

Para Bittar, “a pós-modernidade, na acepção que se entende cabível, é o estado reflexivo da sociedade ante suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo de seu *modus actuandi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade.”⁵³ Nesse sentido, percebe-se que a pós-modernidade não desfeca a modernidade, por haver uma fusão entre as duas.

Bauman deduz como fato o homem ser ambivalente moralmente falando e, dessa forma, é impossível se garantir a conduta moral.

As asserções (mutuamente contraditórias, se bem que amiúde afirmadas com a mesma força de convicção): ‘Os seres humanos são essencialmente bons, e apenas precisam de ajuda para agir segundo sua natureza’, e: ‘Os seres humanos são essencialmente maus, e devem ser prevenidos de agir segundo seus impulsos’, são ambas errôneas. De fato, os humanos são moralmente ambivalentes: a ambivalência reside no coração da ‘primeira cena’ do humano face a face.⁵⁴

Com efeito, infere-se que Bauman defende a necessidade de aprender a conviver sem essas garantias, que jamais serão fornecidas. Entretanto, entende-se a preocupação em se alcançar o

⁵² BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-moderna**. Tradução João Rezende Costa. 5. ed. São Paulo: Paulus, 2011, p. 8.

⁵³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Sequência (UFSC), v. 52, pp. 131-152, 2009, p. 138.

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-moderna**. Tradução João Rezende Costa. 5. ed. São Paulo: Paulus, 2011, p. 16.

mínimo de segurança possível, a qual é inerente ao direito que se complementa com a moral. Busca-se, destarte, por meio da ética discursiva, bem como pela institucionalização da ética e pela legitimação do direito, aumentar a perspectiva de segurança e de garantias dentro da sociedade ao máximo possível.

Ademais, as quebras de paradigmas não ocorrem de forma gradual ao longo da pós-modernidade, mas sim de forma abrupta e sem resistência, segundo Bittar:

Por se tratar de um movimento que está em franco processo de produção, desenrolando-se sob os olhos dos próprios narradores envolvidos, a linha histórica da pós-modernidade ainda é muito tenuemente percebida e muito sutilmente afeita a fortes descrições teóricas. Aliás, mais mitos e lendas, mais fantasias e ilusões estão presentes do que propriamente reais condições empíricas que comprovem esta ou aquela qualidade da pós-modernidade, ou mesmo qual o rumo a ser tomado pelas sociedades a partir das modificações introduzidas ao longo destas últimas décadas.⁵⁵

E, nesse contexto, Bauman critica a racionalidade dos fenômenos morais, que fora trazida pela era moderna.

Fenômenos morais são intrinsecamente ‘não-rationais’. Visto que só são morais se precedem à consideração de propósitos e cálculos de ganhos e perdas, não se ajustam ao esquema de fins e meios. Também escapam de explicações em termos de utilidade ou serviço que prestam ou são chamados a prestar ao sujeito moral, a um grupo ou a uma causa. Não são regulares, repetitivos, monótonos ou previsíveis de forma que lhes permitisse ser representados como guiados por regras. É principalmente por essa razão que não se podem exaurir por qualquer ‘código ético’. Pensa-se a ética segundo os padrões da Lei. Como faz a Lei, esforça-se ela para definir as ações ‘adequadas’ e ‘inadequadas’ em situações em que vigora.⁵⁶

Boaventura de Souza Santos trata esse não racionalismo adotado acima como uma tendência de uma nova racionalidade. “Sendo um modelo global, a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas”.⁵⁷

Bauman segue criticando a racionalidade utilizada para explicar os fenômenos morais. Para ele, os argumentos éticos não podem simplesmente seguir a invalidação das emoções.⁵⁸ Ao se utilizar da razão como agir de acordo com as regras, termina-se com a “negação do direito do eu de fazer juízo moral”.⁵⁹

⁵⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Sequência (UFSC), v. 52, pp. 131-152, 2009, p. 134.

⁵⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-moderna**. Tradução João Rezende Costa. 5. ed. São Paulo: Paulus, 2011, p. 16.

⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um Discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez Editora, 2006, p. 21.

⁵⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-moderna**. Tradução João Rezende Costa. 5. ed. São Paulo: Paulus, 2011, p. 81.

⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-moderna**. Tradução João Rezende Costa. 5. ed. São Paulo: Paulus, 2011, p. 83.

Embora Bauman seja um cético, algumas das ideias kantianas criticadas por ele ainda são contemporâneas e realistas, não podendo ser descartadas no tema aqui proposto. Além disso, as sociedades complexas não têm como se manter, caso impere a desorganização e a falta de perspectiva. É preciso haver o mínimo de segurança nas instituições, todavia, a segurança não faz parte da pós-modernidade descrita por Bauman.

O enevoado diáfano domina o cenário a ponto de tornar-se turva a visão para contemplar o horizonte. Há um grande afã cabalístico, ou até mesmo apocalíptico, nas tentativas de antevisão das consequências e dos possíveis frutos advindos da introdução de novos padrões de conduta social com a pós-modernidade. Neste contexto poucas certezas são certas, a não ser aquela que afirma que o certo é não haver certezas.⁶⁰

Segundo Bauman, “a moralidade é incuravelmente aporética”⁶¹, isto é, discutem-se problemas morais que não terão solução, já que “o eu moral move-se, sente e age em contexto de ambivalência e é acometido pela incerteza”.⁶² Todavia, intenta-se, neste trabalho, demonstrar a possibilidade de contenção de parte desses problemas morais por meio da institucionalização jurídica da ética.

Essa incerteza é própria da pós-modernidade, todavia, busca-se, como se estivesse nadando contra a correnteza, subterfúgios modernos para obter o mínimo de segurança. “Certa sensação de instabilidade, de incerteza, de indeterminismo paira no ar, simultaneamente a fluxos e ondas de determinismo, de estabilidade conservadora, de certezas e de verdades modernas.”⁶³

Além disso, Bauman critica a universalidade, mais uma afronta à teoria moral kantiana.

A moralidade não é universalizável. Essa afirmação não endossa necessariamente o relativismo moral, expresso na proposição, muitas vezes proposta e aparentemente semelhante, de que a moralidade não passa de costume local (e temporário), de que é certo que o que se crê ser moral em determinado lugar e tempo não se vê com bons olhos em outro, ocorrendo, portanto, que todas as formas de conduta moral até então praticadas são relativas a tempo e a lugar, afetadas por caprichos de histórias tribais e invenções culturais; essa proposição é feita muitas vezes mais no contexto de uma proibição de qualquer comparação entre moralidade e acima de tudo de qualquer exploração do outro do que no contexto de afirmação sobre fontes puramente acidentais e contingentes de moralidade.⁶⁴

⁶⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Sequência (UFSC), v. 52, pp. 131-152, 2009, p. 134.

⁶¹ BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-moderna**. Tradução João Rezende Costa. 5. ed. São Paulo: Paulus, 2011, p. 17.

⁶² BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-moderna**. Tradução João Rezende Costa. 5. ed. São Paulo: Paulus, 2011, p. 17.

⁶³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Sequência (UFSC), v. 52, pp. 131-152, 2009, p. 135.

⁶⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-moderna**. Tradução João Rezende Costa. 5. ed. São Paulo: Paulus, 2011, pp. 17-18.

Nesse contexto, parece que a ideia de comunicação e linguagem, proposta na teoria habermasiana, atua num sentido contrário ao afirmado por Bauman. Ou seja, o discurso serve como mecanismo de universalização da moral e do direito. Sendo assim, infere-se que existe sim a possibilidade de universalização da moral, embora seja uma tarefa bastante difícil.

Segundo Habermas: “ao universalismo moral dos fundamentos de validade do direito moderno corresponde a introdução sucessiva de todos os membros da sociedade na associação de sujeitos do direito, livres e iguais”⁶⁵. Dessa forma, defende-se a possibilidade de universalização por meio do discurso.

Bauman continua a criticar a racionalidade, “desde a perspectiva da ‘ordem racional’, destina-se a moralidade a permanecer irracional. Porque toda totalidade social se inclina à uniformidade e a procurar ação disciplinada e coordenada, a autonomia teimosa e elástica do eu moral constitui escândalo”⁶⁶.

A crítica à ética moderna – a qual, por meio de suas normas, afirma o certo e o errado na sociedade moderna –, na visão de Bauman, ocorre por que se despreza o homem que não tem capacidade intelectual para orientar suas próprias ações. Parece ser exatamente o oposto o que se advoga na teoria ética kantiana, já que nela o ser humano é um fim em si mesmo, da mesma forma ocorre pelo raciocínio na teoria discursiva de Habermas.

Quanto à autonomia, Bauman afirma,

Vê-se essa autonomia, desde a escrivania de controle da sociedade, como germe de caos e anarquia dentro da ordem; como o limite externo do que a razão (ou seus porta-vozes e agentes automeados) podem fazer para planejar e implementar o que quer que se tenha proclamado como o arranjo ‘perfeito’ da convivência humana. Os impulsos morais, porém, são também um recurso indispensável na administração de qualquer desses arranjos ‘realmente existentes’: fornecem a matéria-prima da sociabilidade e do compromisso com outros com que se modelam todas as ordens sociais.⁶⁷

Bauman critica o fato de o homem deixar ser conduzido pelas normas éticas e acabar esquecendo-se da possibilidade de agir pelos seus próprios instintos, levado a uma falsa segurança e ordem que a modernidade trouxe para a ética pelo dever-ser. Entretanto, percebe-se que essa segurança moderna, trazida pela normatização no direito e na moral, tem sua

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 104.

⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-moderna**. Tradução João Rezende Costa. 5. ed. São Paulo: Paulus, 2011, p. 18.

⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-moderna**. Tradução João Rezende Costa. 5. ed. São Paulo: Paulus, 2011, pp. 18-19.

importância na sociedade e não deve ser ignorada, já que o Estado Democrático de Direito não parece ser compatível com uma sociedade anárquica.

As ideias habermasianas, baseadas na ética kantiana, implicam em otimismo por parte de seu autor, ao contrário do ceticismo de Bauman, em relação à ética e à moral. Apesar desse ceticismo, mister se faz trazer a contribuição de Bauman sobre ética, a qual é bastante interessante para se enxergar por outro ângulo as características contemporâneas da ética.

Feitas essas considerações sobre a ética pós-moderna, passar-se-á a analisar a ética na visão de Habermas, que tem a linguagem como esteio para ser alcançar os fundamentos da moral e do direito, por meio da teoria discursiva.

2.5. A ÉTICA HABERMASIANA.

Habermas advoga a tese de uma ética da discussão como a melhor saída para se resolver os problemas sociais, através da discussão e da legitimidade obtida por ela. Os fundamentos utilizados por ele são baseados no imperativo categórico kantiano, busca-se o consenso por meio do discurso. “É só na qualidade de participantes de um diálogo abrangente e voltado para o consenso que somos chamados a exercer a virtude cognitiva da empatia em relação às nossas diferenças recíprocas na percepção de uma situação”.⁶⁸

Habermas buscou “uma reflexão crítica para a reconstrução da substância ética da ideia de vida boa, pelo fortalecimento de instituições capazes de orientar a modernidade em favor de uma postura humanista e não opressiva”.⁶⁹ Ele segue os caminhos traçados por Descartes⁷⁰ e Kant, fundamentando a emancipação humana na razão, dando continuidade ao iluminismo

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 10.

⁶⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2ª ed. Editora Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2008, pp. 23-24.

⁷⁰ Descartes buscava o máximo de certeza possível, para ele, o método serve para se buscar descobrir a verdade. “A conclusão a tirar de tudo o que precede é que não se deve aprender apenas a Aritmética e a Geometria, mas somente que, na procura do reto caminho da verdade, não há que ocupar-se de objeto algum sobre o qual não se possa ter uma certeza igual às demonstrações da Aritmética e da Geometria”. (DESCARTES. René. **Regras para direção do espírito**. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 06). Logo, o método cartesiano é aquele baseado na lógica racional utilizada pela Aritmética e pela Geometria - mesmo quando se tratar de ciências sociais - com o objetivo de se descobrir a verdade. Descartes afastou a lógica Aristotélica, além de separar ciência social e religião.

(Aufklärung). Além de ter forte influência de Weber ao tratar do caráter racionalizador do direito em relação aos outros modos de organização social.

Entretanto, Habermas acredita que o princípio do discurso é fundamental para se alcançar a validade das normas jurídicas, na medida em que, para se conseguir assentimento de todos os envolvidos, estes devem participar dos discursos racionais.⁷¹ Todavia, o princípio do discurso não é suficiente, por si só, na fundamentação de qualquer tipo de direito. Mais a frente serão explicados os princípios que fundamentam o direito na visão de Habermas.

Segundo o filósofo alemão, o discurso prático se compreende como uma forma específica de aplicação do imperativo categórico. “Aqueles que participam de um tal discurso não podem chegar a um acordo que atenda aos interesses de todos, a menos que todos façam o exercício de ‘adotar os pontos de vistas um dos outros’[...]”.⁷² Percebe-se um novo viés dado ao imperativo categórico, baseado no discurso.

A autonomia kantiana não se confunde com a liberdade subjetiva da tradição empirista, a vontade, no caso da autonomia, é determinada pela universalização. Essa autonomia não pode ser alcançada individualmente, dependendo de uma intersubjetividade, já que só pode haver liberdade para um se todos forem livres igualmente.⁷³ Dessa forma, necessário haver um mundo objetivo e livre, isto é:

Além da suposição de um mundo objetivo e de liberdade de arbítrio, os atores devem contar também com um mundo social de normas e instituições, aos quais fazem referência para sustentar seus imperativos proferidos, e autonomia da vontade livre capaz de vincular-se assumindo obrigações de um acordo normativo.⁷⁴

Dessa forma, percebe-se que Habermas adota a razão comunicativa como fundamento da ética discursiva. Podendo haver razões nas quais todos possam influenciar em busca de uma descoberta para atender aos interesses de forma igualitária.

Habermas afirma que os dois pressupostos pragmáticos da discussão podem ser satisfeitos simultaneamente, sendo a primeira a seguinte: os participantes devem ser livres, no sentido de ser

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 164.

⁷² HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 10.

⁷³ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 12-14

⁷⁴ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e Jurisdição: A compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas**. Orientação de Dr. Sérgio Cademartori. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 2006, p. 52.

dotado da autoridade epistêmica da primeira pessoa, e, dessa forma, possa dizer “sim” ou “não”; já “a segunda: que essa autoridade epistêmica seja exercida de acordo com a busca de um acordo racional; que, portanto, só sejam escolhidas soluções que sejam racionalmente aceitáveis para todos os envolvidos e todos os que por elas forem afetados”.⁷⁵

A racionalidade se manifesta no uso comunicativo da linguagem através do compromisso de que as pretensões de validade levantadas no ato de fala são passíveis de uma justificação com argumentos. Na apresentação dos tipos de racionalidade foi possível perceber que há uma vinculação entre a racionalidade comunicativa e a racionalidade discursiva. Ambas apontam para um fórum “público” que permite testar os argumentos levantados, um local onde as pretensões de validade podem ser “desempenhadas”: o discurso racional. Este pode ser descrito como um procedimento formal que permite testar rigorosamente as pretensões de correção normativa e verdade.⁷⁶

Os princípios da ética da discussão buscam a formulação de um novo projeto kantiano de estabelecer novo fundamento objetivo das normas práticas, intenta-se, com isso, uma formulação nova do paradigma kantiano da subjetividade, baseada na substituição pelo paradigma da comunicação. Isto implica na necessidade de se alcançar uma intersubjetividade, que é própria da comunicação nos discursos éticos.⁷⁷

Com efeito, o que a ética do discurso visa explicar?

A ética do discurso explica o conteúdo cognitivo de sentenças referentes ao dever sem fazer apelo a uma ordem evidente de fatos morais que se ofereceria à nossa contemplação. Os enunciados morais, que nos dizem o que fazer, não devem ser equiparados a afirmações descritivas que nos dizem como as coisas se articulam entre si. A razão prática é uma faculdade de cognição moral sem representação.⁷⁸

Pela ética do discurso se infere uma postura universalista da ética moderna, vinculada às pretensões de validade implícitas na linguagem humana. Todo o discurso humano parte dos contextos concretos dos mundos de vida, tendo em vista que todos os sujeitos que participam de argumentação pertencem a alguma comunidade real de comunicação, esta é socioculturalmente condicionada, limitada e institucionalmente configurada, dessa forma, toda a ação moral deve ser

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 15-16.

⁷⁶ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e Jurisdição: A compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas**. Orientação de Dr. Sérgio Cademartori. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 2006, p. 54.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 20-21.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 63-64.

mediada por instituições sociais como complexos históricos da interação e da comunicação humana.⁷⁹

Além da tese sobre a ética do discurso, Habermas pretende se valer de um discurso da verdade para explicar a interpretação da justiça das normas e juízos morais como análogo da verdade. Para isso, devem ser utilizados os argumentos para comprovar a aceitabilidade racional dos juízos, que é a garantia de imparcialidade.

[...] A verdade de uma proposição expressa um fato, no caso dos juízos morais não há nada que equivalha a afirmação de que um determinado estado de coisas ‘é’. Um consenso normativo, formado em condições de participação livre e universal no contexto de um discurso prático, *estabelece* uma norma válida (ou confirma sua validade). A ‘validade’ de uma norma moral significa que ela ‘merece’ o reconhecimento universal em virtude de sua capacidade de, por meio da razão somente, obter o consentimento da vontade daqueles a quem se dirige.⁸⁰

Percebe-se, portanto, a busca de legitimidade na construção de relações interpessoais. Nesse sentido, “cabe a ética do discurso provar que a necessária dinâmica de ‘cada qual ver o que o outro vê’ está embutida nos pressupostos pragmáticos do próprio discurso prático”.⁸¹

A ética discursiva tem duas preocupações básicas: alcançar um universalismo ético (característica herdada da tradição kantiana) e preservar a diversidade cultural. “Não cabe à ética discursiva prescrever formas concretas de vida, ideais de felicidade, modelos comunitários [...] de virtude, e sim proporcionar os procedimentos que nos permitem legitimar normas e, portanto, prescrevê-las com uma validade universal.”⁸² Com efeito, infere-se que a ética discursiva é procedimentalista.

Destarte, a ética discursiva possui como papéis: “descobrir os procedimentos e premissas a partir dos quais as justificações podem ter um poder gerador de consenso”⁸³; bem como “ocupar-se dos procedimentos em virtude dos quais juízos ou preceitos são legitimados, e não de seus conteúdos”.⁸⁴ Por isso, afirma-se ser a ética discursiva não conteúdística e procedimentalista.

⁷⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. Moral, Direito e Democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática. In MOREIRA, Luiz (org.) **Com Habermas, Contra Habermas**, pp. 145-176, São Paulo: Landy, 2004, p. 148.

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 65-66.

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 67.

⁸² CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010. p. 164.

⁸³ CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010. p. 167.

⁸⁴ CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010. p. 168.

Todavia, isto não quer dizer que os conteúdos sejam desimportantes. Habermas também aborda a importância dos conteúdos, em especial, a exemplo dos elementos morais contidos no direito.

A relação entre a moral e o direito ocorreu ao longo da história, nos primados da humanidade não fazia sentido uma divergência entre eles. A partir do desenvolvimento das sociedades, que aumentaram sua complexidade ao longo da história, surge a necessidade de se individualizar e especializar as diversas áreas do conhecimento.

Na modernidade houve um esvaziamento da ética, já que a moral passa a ser tutelada pelo direito, em virtude da coerção moral não ser suficiente para se forçar seu cumprimento. Nesse sentido, Habermas irá propor uma teoria procedimentalista, sem conteúdo, para defender a legitimidade no direito com base no princípio da democracia, o que não exclui a relação complementar entre moral e direito, mas afasta a subordinação do último em relação ao primeiro.

3. DO DIREITO PRUDENCIAL AO DIREITO CONTEMPORÂNEO.

A moral e o direito possuem diferenças e semelhanças. O objetivo deste capítulo é trazer a evolução histórica da relação entre direito e moral, observar suas semelhanças e diferenças, bem como analisar a perspectiva de complementaridade entre moral e direito neste contexto.

A relação entre direito e moral já foi tratada de diferentes formas ao longo da história, eles já foram confundidos, foram afastados e agora se busca uma nova aproximação entre os dois, demonstrando a complementaridade entre a moral e o direito, embora ambos sejam independentes quanto às suas fundamentações.

3.1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL.

O direito e a moral se completam na resolução dos conflitos sociais. Quando a moral não consegue alcançar o equilíbrio social, o direito tenta solucionar esse problema, podendo, inclusive, ocorrer o inverso, isto é, a moral, por si só, resolver o problema quando não há necessidade da coação jurídica, isto é, da força para cumprimento da sanção, característica própria do direito. Todavia, nas sociedades complexas é difícil a resolução de conflitos sociais pela moral, o que era comum nas sociedades não complexas.

Machado Neto explica a tentativa de se separar a moral do direito: “a partir da norma indiferenciada dos primitivos, e daí até a situação atual, toda a evolução cultural vem se apurando no sentido de separar essas duas formas de regulamentação da vida humana, essas duas grandes manifestações do mundo ético – moral e direito”.⁸⁵ Essa tarefa de separação é difícil até mesmo na contemporaneidade.

Inegável é a relação entre o direito e a moral ao longo da história, desde a confusão entre os dois ocorrida na Idade Antiga, passando pelo desenvolvimento da *jurisprudencia*, bem como sua evolução na Idade Média, com maior profissionalismo e o surgimento da dogmática no Direito Romano dominado pela Igreja, até a Modernidade, quando há a tentativa de esvaziamento moral

⁸⁵ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.90.

do direito, em virtude do aumento da sua tecnicização. E a atualidade, onde o direito e a moral se complementam, mas, ao mesmo tempo, são afastados, diferenciados e fundamentados em princípios diferentes.

Buscar-se-á traçar um breve perfil histórico do direito e sua relação com a moral ao longo da história, além de abordar o direito como sistema, nunca abrindo mão da crítica peculiar à ciência social. Será tratada ainda neste tópico a evolução histórica da noção de sistema no direito, partindo do jusnaturalismo, passando pelo positivismo até chegar às visões contemporâneas do sistema no direito. Para alcançar este mister de forma concisa, traçar-se-á um sintético perfil do direito ao longo da história e discorrer-se-á sobre suas escolas de forma concisa, sempre relacionando com a moral.

A ideia do conceito geral de sistema possui as qualidades da ordem e da unidade como características. Segundo Canaris, ordenação implica um “estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade”.⁸⁶ Já a unidade trata-se de fator que não permite uma “dispersão”, por evitar a agregação de “singularidades desconexas”.⁸⁷

A partir dessas qualidades, Canaris trata da adequação valorativa e unidade interior da ordem jurídica como fundamentos do sistema jurídico. O desenvolvimento do conceito de sistema a partir das ideias de adequação valorativa e da unidade interior da ordem jurídica implica: no sistema como ordem axiológica ou teleológica (como escopo e valores) e no sistema como ordem de “princípios gerais do Direito”.

Entretanto, até o direito evoluir a este ponto de teoria do sistema e do direito positivo moderno, ele passou por diversos momentos históricos, onde se relacionou com a moral. Começa-se explicando essa relação na Idade Antiga, quando direito e moral se confundiam; passa-se pela Idade Média, onde começou sua dissociação, até a Idade Moderna, quando se tenta separar o direito da moral e há a perda do caráter ético do direito.

A Idade Antiga é marcada por sociedades menos complexas, bem como por um direito ainda não especializado, havendo confusão entre a moral e o direito.

⁸⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 12.

⁸⁷ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 12-13.

3.1.1. Idade Antiga.

Nas sociedades primitivas, basicamente o “poder está dominado pelo elemento organizador, fundado primariamente no *principio do parentesco*”.⁸⁸ Nesse momento histórico, isto é, na antiguidade clássica, a única ordem possível é a querida pela divindade. “Nessas sociedades primitivas, o nível de poder social e tecnológico era de natureza tal a transformar em questão suprema aquela que remete às ligações e relações com as forças naturais”.⁸⁹ Destarte, não havia sentido uma diferenciação entre moral e direito, sendo ambos confundidos.

Nas sociedades arcaicas não havia a figura do Estado como responsável direto pelo cumprimento da ordem, o direito afirmava-se, em caso de desapontamento das expectativas, por meio da autodefesa da vítima ou de seu clã.⁹⁰ Ademais, não havia diferenciação entre moral, direito, costumes e convencionalismo social, confundindo-se expectativas normativas e cognitivas.⁹¹

A partir do desenvolvimento da civilização grega, a *jurisprudencia* surgiu numa ordem jurídica. “Assim o direito, forma cultural sagrada, era o exercício de uma atividade ética, a prudência, virtude moral do equilíbrio e da ponderação nos atos de julgar”.⁹² Nesse momento histórico, o direito e a moral não se dissociam, havendo uma forte ligação entre os dois.

Na Grécia Antiga o direito era confundido com a moralidade, ambos faziam parte da justiça, não se tinha aparato para diferenciar o direito da moral, além disso, o natural era a fonte das normas para o comportamento humano decorrerem de uma ordem sagrada. Na Grécia não existe uma palavra própria para se afirmar o direito, porque lá o direito se fundia no conceito universal de *justo*; o direito na Grécia ou depende da retórica ou da moral, dessa forma, não se diferencia o jurista do filósofo ou do homem de Estado.⁹³

⁸⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p. 29.

⁸⁹ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 33.

⁹⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. Martin Fontes: São Paulo, 2012, p. 20.

⁹¹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. Martin Fontes: São Paulo, 2012, p. 21.

⁹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.32.

⁹³ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 626.

Já na *jurisprudencia*, a ordem jurídica se resumia a esquemas práticos de ação para resolução de processos, que eram conduzidos pelo pretor, mas julgados por leigos. Dessa forma, não havia uma profissionalização da teoria jurídica com juízes especialistas. E o pretor, no momento em que confeccionava o seu edito – onde estava contido o direito pretoriano –, levava em consideração aspectos filosóficos e morais.

A partir da especialização do profissional, com a criação do jurisconsulto, poderia ter começado uma possível distinção do direito e da moral, entretanto, não havia essa possibilidade naquela época. Além disso, eram necessários especialização e desenvolvimento maior da sociedade e do direito para se almejar distinção entre moral e direito.

O método dialético foi introduzido no desenvolvimento do pensamento prudencial, para se buscar a verdade, por meio da erradicação progressiva das equivocidades, conduzindo os romanos, desta forma, a um saber considerado de natureza prática, que levou o pensamento prudencial a manifestar-se como um poder de argumentar e de provar.⁹⁴

Além da utilização do método dialético na resolução dos conflitos jurídicos, os estóicos trouxeram para Roma uma nova visão ética do mundo, expressa num sistema de princípios.⁹⁵ Neste citado sistema de princípios sempre deveria haver uma correspondência entre a justiça e os deveres morais.

Todavia, entre os gregos e os romanos há uma grande evolução do direito, senão observe-se:

Enquanto a prudência grega, em Aristóteles, por exemplo, era uma promessa de orientação para a ação no sentido de descobrir o certo e o justo, a jurisprudência romana era, antes, uma confirmação, ou seja, um *fundamento* do certo e do justo. Com isso, a jurisprudência tornou-se entre os romanos um dos instrumentos mais efetivos de preservação de sua continuidade, quer no sentido de um instrumento de autoridade, quer no sentido de uma integração social ampla. De certo modo, graças à tríade religião/autoridade/tradição, a jurisprudência efetivamente deu ao direito uma generalização que a filosofia prática dos gregos não conseguira.⁹⁶

Com efeito, infere-se a partir dessa evolução uma disseminação do direito como conhecimento universal, já que era possível se fundamentar para se alcançar uma decisão certa e justa, mais

⁹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, pp.34-35.

⁹⁵ “O método dialético consistia, antes de tudo, na classificação dos dados da realidade empírica pelo duplo processo de distinção e do relacionamento, o qual conduzia ao estabelecimento de gêneros e espécies, ou seja, à formulação de conceitos”. (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 117).

⁹⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p.35

próxima da verdade. Apesar desse aprimoramento, a moral e o direito continuavam associados e confundidos.

Comparato conclui do escritos do jurista Ulpiano sobre o direito, no qual ele afirma que a palavra direito provém de justiça, o seguinte: “o direito autêntico nada mais é do que a realização da justiça; e a finalidade da lei consiste em formular, publicamente, as regras práticas da moralidade”.⁹⁷

Segundo Reale, Ulpiano apenas trasladou a definição estoica da filosofia para o campo do direito, já que a filosofia era definida pelas mesmas palavras utilizadas no seu conceito dado à jurisprudência, sendo assim, não houve a elaboração de um direito autônomo.⁹⁸

Essa confusão entre direito e moral, baseada no justo e no honesto como essencial na vida social, contradiz-se com o pensamento moderno, já que na modernidade “tudo aquilo que se pode fazer para conseguir um resultado prático, o homem moderno considera valioso e importante em si mesmo”.⁹⁹

A visão romana do direito se fundamentava na natureza – unindo o divino ao humano –, entretanto, na Idade Média, o cristianismo influenciou diretamente nas ciências. Em virtude da força e do poder da Igreja Católica, o homem afastou-se do divino, ao qual passa a ser subordinado. Nesse panorama é que se desenvolve o direito na Idade Média.

3.1.2. Idade Média.

Embora o direito passasse a ser visto como dogma, nascendo como ciência na Bolonha no século XI, sendo considerado, a partir deste momento, mais que simples retórica, passou a ter uma subordinação a Deus, devido a grande força da Igreja.

Surgia, assim, um novo saber prudencial, destinado a conhecer e a interpretar a lei e a ordem de forma peculiar; pois, enquanto para os romanos, o direito era um saber das

⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 119.

⁹⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 633-634.

⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 117.

coisas divinas e humanas, para a Idade Média, os saberes eram distintos, ainda que guardassem uma relação de subordinação.¹⁰⁰

Na Idade Média destaca-se a ideia de um direito natural e teológico. Santo Agostinho desenvolveu uma filosofia confundida com a teologia, já que uma filosofia afastada de Deus levaria o homem à ilusão de que o uso do poder da razão seria aproveitado apenas para o bem, todavia, isso não poderia ocorrer, tendo em vista as forças paralelas do bem e do mal, coexistentes no homem.¹⁰¹

Nesse sentido, embora visto como ciência autônoma, o direito sofre uma grande subordinação a Deus e, por consequência, à moral. “Se partirmos da hipótese de que Deus é o Ser supremo, cuja vontade é o fundamento de toda a norma moral, a filosofia moral não existe como disciplina independente: depende inteiramente da teologia.”¹⁰² Nessa forma abordada por Perelman é que se desenvolve o direito e a moral na Idade Média, isto é, com uma dependência entre a filosofia e a teologia, como afirmado logo acima.

Além das ideias de Santo Agostinho, São Tomás de Aquino também se destaca como grande pensador na Idade Média, desenvolvendo, com base nas ideias de Aristóteles, princípios éticos, que não distinguem moral, direito e religião, e, destarte, ele também não separa o direito da justiça.¹⁰³

Reale destaca o elemento de ápice da filosofia jurídico-moral de São Tomás de Aquino:

O elemento mais alto da Filosofia jurídico-moral tomista é a *lex aeternia*, expressão mesma da razão divina, inseparável dela, que governa todo o universo, como um fim ao qual o universo tende. A idéia de *lex aeternia* não deve ser confundida com a de *lex divina* ou revelada, a qual é uma expressão da primeira, a mais alta forma de sua ‘participação’ aos homens, porque dada por Deus, como exemplo das Sagradas Escrituras.¹⁰⁴

Ambos os filósofos cristãos desenvolveram teorias sobre a filosofia moral, mas nunca afastando as suas ideias da teologia. Esse período também se destaca pela soberania do rei e pelo problema jurídico da legitimidade, que era decorrente da força de Deus. “Desde a Idade Média, pode-se,

¹⁰⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.38.

¹⁰¹ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 69.

¹⁰² PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 288.

¹⁰³ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pp. 143-146.

¹⁰⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 640.

pois, dizer, o pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do *poder real*. E a recuperação do direito romano serviu-lhe como instrumento de organização”.¹⁰⁵

Com efeito, o caráter sagrado ainda estava presente, conseqüentemente o poder político estava com fontes e limites em Deus. “O sistema do direito centrado no soberano vê o poder como relação direta soberano/súdito, num sentido bastante concreto, baseado no mecanismo de apossamento da terra”.¹⁰⁶

Em virtude do caráter teológico existente nas concepções de direito na idade medieval, não havia um clima propício para se distinguir moral e direito. Todavia, a partir daí o desenvolvimento do jurista aumenta, este não se satisfaz com os recursos prudenciais e busca princípios e regras para harmonizar os casos.

“Com a introdução do procedimento legiferante como critério de validação das normas jurídicas, surge na era contemporânea o direito positivo no sentido estrito da teoria sistêmica”¹⁰⁷. O tecnicismo jurídico se desenvolve e passa a ser um instrumento político, começa-se a Idade Moderna.

3.1.3. Idade Moderna e a perda do caráter ético do direito.

Diante do aumento da tecnicização do saber jurídico e da dessacralização, o direito perde seu caráter ético e, a partir do renascimento, perde progressivamente seu caráter sagrado.¹⁰⁸ A partir desse momento, o direito passa a ser influenciado pela ciência moderna, buscando um formalismo que lhe garanta neutralidade.

Segundo Neves, “apenas a partir da positivação do direito na sociedade moderna, diferenciam-se plenamente moralidade, eticidade e juridicidade. As normas jurídicas não se fundamentam

¹⁰⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.40.

¹⁰⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.41.

¹⁰⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. Martin Fontes: São Paulo, 2012, p. 23.

¹⁰⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.41.

diretamente em princípios de natureza metajurídica, mas sim em princípios especificamente jurídicos”.¹⁰⁹ Os procedimentos são criticáveis e necessitam de fundamentação racional.

O homem passa a ser o centro do universo, a razão é o farol que ilumina o conhecimento e orienta a humanidade. Nesse contexto, surge o *contratualismo*, que envolve a origem da sociedade e do Estado, começa-se, assim, a distinção entre direito, fundado no contrato social, e moral, anterior ao contrato positivo.¹¹⁰

A tecnicidade se desenvolve na era moderna:

Assim, se o problema antigo era o de uma adequação à ordem natural, o moderno será, antes como dominar tecnicamente a natureza ameaçadora. [...] Daí, conseqüentemente, o desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma racionalidade e formalização do direito. Tal formalização é que vai ligar o pensamento jurídico ao chamado *pensamento sistemático*.¹¹¹

Em busca dessa racionalidade e neutralidade, o conceito de sistema, que já se cunhava na filosofia em geral, foi transposto para o direito.

O sistema perfeito não é nem uma hipótese nem uma ordenação com finalidade didática, mas a conformação definitiva da verdade. A esse conceito de sistema subjaz a missão filosófica de fundamentação da unidade do conhecimento a partir da unidade da realidade. “Sistematicidade” deixava então de ser entendida como “ordenação” e passava a tomar a acepção de demonstrabilidade a partir de princípios evidentes.¹¹²

Expôs-se um novo conceito de sistema, no qual mais do que um agregado de verdades, trata-se o sistema, sobretudo, *nexus veritatum*, pressupondo a correção e a perfeição formal da dedução.¹¹³

A dedução lógica da decisão jurídica se dá a partir de princípios superiores, o que forjou aspectos vitais da ciência jurídica.

Estava configurado, pois, um dos caminhos para uma ciência no estilo moderno, isto é, como um procedimento empírico-analítico. Não, é verdade, com o mesmo rigor de Descartes ou o sucesso de Galileu, mas num sentido que podemos chamar de pragmático, em que os modelos de direito natural são entendidos não como hipóteses

¹⁰⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. Martin Fontes: São Paulo, 2012, p. 57.

¹¹⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 647.

¹¹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.42.

¹¹² BRAGA, Felipe Fritz. **Introdução histórica ao conceito de sistema nas ciências jurídicas**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

¹¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.42.

científicas a verificar, mas como um exemplo, paradigma que se toma como viável na experiência.¹¹⁴

Tudo isso se dá a partir da revolução que sofreu o direito durante toda sua história. A partir da unidade sistemática, supera-se a historicidade decorrente do direito romano.

A reconstrução racional do direito, que passa a ser entendido como um conjunto, um sistema de enunciados respaldados na razão, adquirindo validade por meio de uma posição divina, põe-se a serviço de um processo de conexão entre *dominium e societas*, a unidade do Estado e a sociedade, que ocorre entre os séculos XVI e XVII. Referimo-nos à centralização e à burocratização do domínio nos modernos aparelhos estatais.¹¹⁵

Machado Neto aduz: “malgrado a antiguidade de sua imponente tradição, a teoria do direito natural jamais pôde proporcionar um fundamento suficiente à ciência do direito”.¹¹⁶ O direito da teoria jusnaturalista reconstruído racionalmente, de forma cartesiana, não reproduz a experiência concreta do direito na sociedade, criando uma distância entre teoria e práxis.¹¹⁷ O “direito natural tem origem na própria ‘natureza das coisas’, na ordem cósmica, do universo; e daí vem a expressão direito natural, isto é, buscado na natureza”.¹¹⁸ Com efeito, tem-se o direito natural baseado numa preexistência, isto é, ele decorre de algo anterior ao homem, decorre de Deus.

A partir do século XIX, a positivação do direito se dá e há uma tentativa da exclusão de conteúdos éticos. Na visão weberiana o direito seria positivo pelo fato da legalidade ser uma forma de legitimidade em virtude da coerção, que ocorreria pela força e poder do Estado.

Essa consideração de Weber, por um lado, unifica poder e direito, enquanto uma pura forma coercitiva despida de conteúdo e, por outro lado, separa essa forma de qualquer conteúdo que lhe possa ser acrescentado. Ou seja, a definição de direito, como acima visto, une-o, intrinsecamente, com o poder, ou seja, com a coerção, despojando-o de qualquer conteúdo. Mesmo a legitimidade jurídica, aqui, é privada de conteúdo, pois ela é formal, remetendo ao procedimento de sua criação e à crença de que esse procedimento é legítimo.¹¹⁹

Habermas se utilizará de algumas ideias weberianas, mas vai reconstruí-las de acordo com a sua teoria, em especial no que se refere à racionalidade formal. As características do Estado legal na

¹¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.45.

¹¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.46.

¹¹⁶ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 18.

¹¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.47.

¹¹⁸ LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 11 ed. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 24.

¹¹⁹ DUTRA, Delamar José Volpato. Habermas e Weber: o modelo processual de moralização do direito ou como respeitar a autonomia da legitimidade do direito em relação à moral. In: Cadernos da EMARF, **Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.2, n.1, pp.1-120, abr./set.2009, p. 23.

visão de Weber implicam na ideia de Estado burocrático, baseado no racionalismo formal. Esse processo de racionalização formal seria o responsável pela positivação do direito e pelo afastamento do direito e da moral, além disso, a racionalidade consiste no fato de que os membros da sociedade se sujeitam à coerção de regras sancionadas pelo Estado, apoiando-se num consenso fundamentado.¹²⁰

Tanto no paradigma de Marx quanto de Weber, “a modernidade é compreendida como diferenciação racional-finalística dos sistemas econômico, político e jurídico, implicando neutralização moral dessas esferas”.¹²¹ Weber imputa três características ao direito moderno: a positividade, a legalidade e a formalidade.

Chama a atenção, particularmente com relação ao primeiro ponto, o caráter pós-tradicional do direito, ou seja, a vinculação do direito àquele estatuto positivado pelo legislador. Já com relação ao segundo aspecto, destaca-se a independência dos motivos e, portanto, uma versão processual da legitimidade e, com relação ao último, estatui-se a neutralização moral do direito.¹²²

Destarte, percebe-se que Weber afasta veementemente a ligação da moral com o direito, já que esta ligação poderia gerar irracionalidade, excluindo a possibilidade de se legitimar o direito na fé ou no carisma. Além disso, um dos aspectos de legitimidade do direito estaria na coerção.

Segundo Neves, Habermas acrescenta às três características aduzidas por Weber para o direito moderno, a generalidade ou universalidade, que implica a necessidade de justificação nos quadros de uma moral pós-convencional.¹²³

Além disso, reclama a ausência da consideração dos aspectos normativos do conceito de modernidade reconstruído das ideias de Weber e Marx, nesse sentido, “o surgimento e o desenvolvimento da sociedade moderna pressupõem a evolução das estruturas da consciência no sentido de uma noção pós-convencional e universalista de moral e direito, ou seja, dependem de uma ‘lógica de desenvolvimento’ autônoma”.¹²⁴

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp.100-101.

¹²¹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. Martin Fontes: São Paulo, 2012, p. 46.

¹²² DUTRA, Delamar José Volpato. Habermas e Weber: o modelo processual de moralização do direito ou como respeitar a autonomia da legitimidade do direito em relação à moral. In: Cadernos da EMARF, **Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.2, n.1, pp.1-120, abr./set.2009, p. 26.

¹²³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. Martin Fontes: São Paulo, 2012, pp. 57-58.

¹²⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. Martin Fontes: São Paulo, 2012, p. 46.

A positivação do direito aumenta a segurança, inclusive, pelo fato do direito tornar-se escrito. Por outro lado, a mutabilidade do direito passa a ser regra, sendo isto característica da positivação do direito, segundo Luhmann. Ganha forma a ideia de se existir apenas um direito, isto é, o direito positivo.

Enquanto os filósofos racionalistas do século XVIII procuravam extrair noções jurídicas concretas de uma verdade ética, como expressão máxima e superior do direito, a Teoria Pura do Direito esvazia a norma fundamental, para ela o princípio regulador da juridicidade de qualquer sentido moral ou a legitimação material, conferindo-lhe função de simples postulado do conhecimento, que atende à exigência de plenitude do sistema.¹²⁵

O positivismo do direito busca na ordem legal a sua fundamentação, sendo as normas o próprio direito. Neste sentido, observe-se o que afirma Kelsen:

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas - particularmente contra condutas humanas indesejáveis - com um ato de coação, isto é, com um mal - como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros -, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física - coativamente, portanto. Dizer-se que, com o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal. Pode excepcionalmente suceder, no entanto, que não seja este o caso.¹²⁶

Infere-se do trecho acima que o direito positivo confunde-se com a própria norma. E em busca de uma teoria pura do direito, Kelsen tenta afastar qualquer outro objeto da ciência jurídica que não seja o próprio direito. Destarte, ao analisar as ideias acima, vislumbra-se que Kelsen traz a coação e a sanção como características do direito, mas afasta a moral deste conceito.

Sobre os pontos de distinção entre jusnaturalismo e o juspositivismo, afirma Lyra Filho:

O positivismo, de qualquer sorte, é uma redução do Direito à ordem estabelecida; o jurisnaturalismo é, ao contrário, um desdobramento em dois planos: o que se apresenta nas normas e o que nelas deve apresentar-se para que sejam consideradas boas, válidas e legítimas. Em que medida o jurisnaturalismo cria, não a superação do positivismo, porém antinomia (contradição insolúvel entre dois princípios), entre a ordem justa e a ordem estabelecida, e, por outro lado, se ele consegue, ou não, fundamentar, convincentemente, o plano jurídico superior, que serve de estalão para medir as normas jurídicas encontradas na vida social [...].¹²⁷

¹²⁵ MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 103-125, 2002, p. 106.

¹²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 35-36.

¹²⁷ LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 17-18.

A partir da Revolução Francesa, o direito passa a ser concebido como *poiesis*, isto é, como uma forma de se alcançar um resultado, que se exige um *know-how*, ou como dizem os franceses, exige-se *savois a faire*, e, logo, uma técnica. Dessa forma, aqui se encontra o núcleo social da positivação do direito.

Com Savigny, sendo o seu maior representante, surge a Escola Histórica do direito, esta substitui a razão pelo fenômeno histórico, que teve sucesso em virtude das construções dogmáticas, aumentando ainda mais o abismo entre a teoria e a práxis. Essa escola observava o tratamento sistemático de forma que não significava dedução lógica a partir de proposições superiores. “Sistema para eles seria uma descrição do encaixe das normas jurídicas na ordem objetiva das coisas”.¹²⁸

É preciso evitar lacunas, tratando-se de um sistema fechado com exigência de acabamento. A ideia de sistema como um método, como instrumento metódico do pensamento dogmático no direito ocorreu desde o século XVI e continuou no desenvolvimento da ciência dogmática nos séculos seguintes.

A partir do século XX, o direito aumenta sua força como forma de resolução de conflitos sociais através de aplicação da norma ao caso concreto. “O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente”.¹²⁹ Dessa forma, o direito e moral começam a se distanciar na sua relação.

3.2. NORMAS MORAIS E NORMAS JURÍDICAS.

As normas jurídicas são diferentes das normas morais, com o aumento da tecnicização no direito, há hoje meios para diferenciar essas normas. Apesar dessas diferenças, elas se complementam na resolução de conflitos sociais. Habermas aduz o seguinte: “Eu penso que no nível de fundamentação pós-metafísico, tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da

¹²⁸ BRAGA, Felipe Fritz. **Introdução histórica ao conceito de sistema nas ciências jurídicas**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

¹²⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.57.

eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem *lado a lado*, completando-se”.¹³⁰

Tanto as normas jurídicas quanto as normas morais impõem condutas obrigatórias a seus destinatários, ambas são imperativas, buscam a coesão social e ambas são formas históricas de comportamento humano.¹³¹ As normas jurídicas e as normas morais são normas sociais. As normas morais não são apresentadas como meras obrigações para si próprio. Não há sentido em deveres morais ou jurídicos fora da sociedade, isto é, para uma só pessoa. O agir corretamente não é um dever individual, alheio à sociedade, mas obrigação perante o outro.

Nesse sentido aduz Kelsen: “ [...] ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais[...]”¹³², da qual fazem parte as normas do direito e da moral. As normas sociais servem para determinar as condutas aos homens para que vivam numa sociedade regida pelo bem-estar, num convívio harmonioso.

O que são normas? Normas, segundo Ferraz Júnior, são manifestações de “expectativas cuja duração é estabilizada de modo *contrafático*, isto é, de generalização da expectativa independente do cumprimento ou descumprimento da ação empiricamente esperada”.¹³³ Destarte, o objetivo das normas é prescrever determinadas condutas no sentido de como elas deveriam acontecer para conferir durabilidade e estabilização.

Segundo Radbruch, a norma é uma não realidade que deve realizar-se, é um dever-ser, ela tem um fim e só se satisfaz quando este é alcançado e reclama uma conduta harmônica com ela, determinada pelos próprios motivos que a prevê.¹³⁴

A norma não é um simples enunciado sobre um fato, trata-se de um juízo de dever-ser. Dessa forma, Kelsen aduz que o sentido dessas proposições, todavia, não é o de um enunciado sobre um fato da ordem do ser, trata-se, na verdade, de uma norma da ordem do dever-ser.¹³⁵ Machado Neto observou que o mérito de Kelsen foi atribuir à norma um sentido lógico de dever-ser e, com

¹³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.139.

¹³¹ NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143.

¹³² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Justiça e Direito, p. 67.

¹³³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 78.

¹³⁴ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Armenio Amado, 1997, p. 106.

¹³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Justiça e Direito, p. 8.

efeito, “ela é o único capaz de pensar a conduta como liberdade, já que o dever-ser não menciona uma necessidade, mas uma contingência, uma vez que o que deve ser nem por isso fatalmente será”.¹³⁶

Pela ótica de Ferraz Júnior, para se identificar uma norma como jurídica ou moral é preciso analisar critérios variáveis no tempo e no espaço, ele exemplifica:

No século XVII, Pufendorf, por exemplo, distinguia as normas jurídicas (direito natural) das normas morais, por se referirem ao sentido e à finalidade das ações humana *desta vida*, enquanto as segundas eram referentes às ações da *outra vida*, tomando-se por critério a distinções das ações em *internas* e *externas*, assumindo, pois, que o que permanecia guardado no coração humano e não se manifestava exteriormente deveria pertencer ao âmbito moral.¹³⁷

Na contemporaneidade, todavia, o critério utilizado é outro: a institucionalização das normas. Segundo Ferraz Júnior, essa institucionalização implica na configuração do caráter jurídico da relação de autoridade da norma, a qual será inserida na poderosa instituição do Estado, ou seja, o grau de inserção da norma no sistema normativo que pressuponha consenso anônimo e da sociedade indicará se ela é ou não jurídica.¹³⁸

Radbruch ao tratar da diferença entre normas morais e normas jurídicas aduz:

A moral exige que cumpramos os nossos deveres pelo sentimento puro do dever. O direito admite outros móveis no cumprimento de nossos deveres jurídicos. A moral não se satisfaz sem a consciência harmônica com a norma. O direito é menos exigente e requer apenas a conduta conforme o preceito.¹³⁹

Machado Neto¹⁴⁰ distingue as normas morais das normas jurídicas pelas características inerentes às últimas, senão observe-se: a moral se situa na perspectiva da interferência subjetiva, ou seja, a correlação entre o fazer e o omitir de um mesmo e só agente, dessa forma, as normas morais referem-se ao dever do obrigado, contudo, não permite a outrem a faculdade de exigir o cumprimento deste dever. Por outro lado, o direito é conduta em interferência intersubjetiva,

¹³⁶ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp.136-138.

¹³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80.

¹³⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 82-83.

¹³⁹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Armenio Amado, 1997, p. 103.

¹⁴⁰ Cf. MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp.138-139.

permite, destarte, a faculdade de exigir-lhe a prestação por alguém, ou seja, é bilateral¹⁴¹. Além disso, as normas jurídicas imputam sanções e precisam ser completadas por uma disjunção, que contempla a não-prestação e é responsável pela neutralidade do direito como ciência normativa. Por outro lado, a norma moral é completa, não precisa ela mencionar sua não-prestação e sua consequência.

Machado Neto afirma que algumas características ainda são atribuídas as normas jurídicas, como a imperatividade, a heteronomia e a generalidade. Todavia, todas são criticáveis, sendo a imperatividade já criticada por Cossio e Kelsen; quanto à heteronomia, Machado Neto afirma ser também característica da moral coletiva ou social, por serem coercitivas e obrigarem sem a necessidade de adesão da consciência; quanto à generalidade, depois de Kelsen há que negá-la, já que existem normas jurídicas gerais ou individuais quanto ao âmbito de validade.¹⁴²

Nalini traz a seguinte distinção entre normas morais e normas jurídicas: enquanto o ato moral postula discernimento, para assim ser considerado, o ato jurídico pode ser praticado inconscientemente sem perder esse atributo; em relação à moral, a coação é interna, já quanto ao direito é externa, ou seja, o desrespeito à moral pode gerar remorso ou reprovação social, já o desrespeito ao direito implica numa repercussão externa como a prisão ou o pagamento de uma indenização; a moral é mais abrangente do que o direito; as normas morais podem ou não ser estatais, já as normas jurídicas só podem ser positivadas pelo Estado.¹⁴³

As normas morais ou jurídicas implicam em um dever. Todavia, há diferenças entre o dever moral e o dever jurídico, a qual se passa a analisar a seguir.

3.2.1. Dever moral e dever jurídico.

O dever jurídico decorre da intersubjetividade própria do direito, do direito subjetivo decorre um dever jurídico, sendo o objeto do direito uma conduta especial do sujeito obrigado, uma ação ou

¹⁴¹ Quanto à bilateralidade, percebe-se que tanto o direito como a moral o são, todavia, quando se fala em bilateralidade no direito visa-se o sentido dessa relação entre dois ou mais indivíduos. Sobre a bilateralidade do direito e unilateralidade da mora Cf. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 401.

¹⁴² MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 139.

¹⁴³ NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 143-144.

comportamento humano especificados.¹⁴⁴ Para Kelsen, o dever jurídico faz parte da relação jurídica, que “[...]é definida como relação entre sujeitos jurídicos, quer dizer, entre o sujeito de um dever jurídico e o sujeito do correspondente direito”.¹⁴⁵

Segundo Ferraz Júnior, “a idéia de dever atua assim como um motivo para o comportamento lícito que se cumpre, primariamente, não por temor de sanções, mas por respeito desinteressado ao direito”.¹⁴⁶ Outrossim, poder-se-ia conceituar o dever moral como o imperativo categórico kantiano, isto é, haja de tal modo como se sua lei fosse universal, sendo o dever moral um fim em si mesmo.

Qual seria então a diferença entre dever moral e dever jurídico? Essa distinção decorre da diferença das características da moral e do direito, enquanto o dever jurídico pode ser exigível, o dever moral não parece ter essa característica. Além disso, caso não haja o cumprimento do dever jurídico, pode haver uma sanção forçosa de cumprimento para se restabelecer a ordem anterior, caso isto seja possível. Ao passo que na moral não há essa possibilidade de se forçar um cumprimento de um dever moral, muito menos de se retornar ao *status quo ante*.

Todavia, é inegável que a moral influencia diretamente na elaboração das normas jurídicas. Além disso, nada impede que haja coincidência de disposição entre as diferentes espécies de deveres, tem-se como exemplo o dever de não caluniar, que é dever tanto moral quanto jurídico.

Outro exemplo é a proibição de nomeação de parentes pelas autoridades para cargos públicos, ou seja, o nepotismo, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme súmula vinculante número 13, como afronta à Constituição Federal:

A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o 3º grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a CF.¹⁴⁷

¹⁴⁴ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 178.

¹⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Justiça e Direito, p. 182.

¹⁴⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p. 131.

¹⁴⁷ Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 13**. Disponível na internet: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=511>, acesso em 01 de novembro de 2013.

Destarte, concluí-se que a maior diferença entre os deveres morais e os deveres jurídicos está no fato da possibilidade do direito, por meio da sanção jurídica, poder determinar a execução forçosa, restabelecendo a ordem violada na situação anterior à violação, ou não sendo possível, aplicar indenização ou outra punição, em regra, por meio do Estado.¹⁴⁸ Essa diferença entre deveres morais não está na ausência de sanção ou coerção da moral, já que ela também possui essas características, que não são exclusivas do direito.

3.2.2. Sanção, coação e coerção.

Tanto o direito como a moral são dotados das possibilidades de sanções, coações e coerções. Entretanto, cada um possui as especificidades próprias da sua natureza. Destarte, não parece ser o melhor caminho para se diferenciar o direito e a moral, a afirmação de que a moral não possui coercibilidade, nem sanção, nem coação. Necessário se faz a distinção sobre esses três institutos antes de explicar suas características e a razão da possibilidade ou não de aplicação tanto no direito quanto na moral desses conceitos.

Todo fato social é coercitivo, conforme se infere da sociologia proposta por Durkheim, nas próprias palavras do autor:

[...] um fato social se reconhece pelo poder de coerção externa que exerce ou é capaz de exercer sobre os indivíduos; e a presença desse poder se reconhece, por sua vez, seja pela existência de alguma sanção determinada, seja pela resistência que o fato opõe a toda tentativa individual de fazer-lhe violência.¹⁴⁹

Dessa forma, tanto o direito quanto a moral são dotados de coerção, sendo o direito o mais coercitivo de todos. Mas o que seria então coerção? Coerção é o momento que precede à sanção, servindo, muitas vezes, para dispensar a própria sanção.¹⁵⁰ A coerção gera a expectativa de cumprimento de uma norma por receio da sanção, seja ela jurídica ou moral.

Já a coação ocorre pelo não cumprimento da sanção imposta, sendo momento posterior à coerção. Dessa forma, quando o obrigado não acata voluntariamente a sanção que lhe foi imposta, ocorre

¹⁴⁸ Sobre execução forçosa Cf. MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.86.

¹⁴⁹ DURKHEIM, Emile. **As Regras do Método Sociológico**. [S.M.], [S.I.]. Disponível na Internet: <http://www.4shared.com/dir/KV1sUjaA/_online.htmlr>. Acesso em 09 de maio de 2012.

¹⁵⁰ Cf. MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 192.

então o emprego da força, quando for jurídica esta é legítima por ser estatal e legal, todavia, quando for aplicada pelo particular, coação moral ou coação física, pode constituir ato ilícito.¹⁵¹ Essa coação legítima, isto é, estatal e legal, é uma das razões para a institucionalização da ética na Administração Pública.

A coação é interna em relação à moral e externa no tangente ao direito. O descumprimento de preceito moral pode ensejar a reação da consciência – o remorso – ou uma reação tênue do grupo – a reprovação social. Ambos podem não constranger o agente. Já a inobservância da regra jurídica impõe consequências exteriores: a prisão na esfera penal, a repercussão patrimonial no cível ou a substituição da vontade do agente pela vontade do Estado, que, em nome dele, pratica o ato a que se recusou.¹⁵²

Segundo Reale, a coação jurídica é “uma *pressão* de ordem física ou psíquica manifestada segundo uma *forma ou estrutura*”, sob pena do elemento coercitivo se confundir com processos brutais de imposição impostos pelos interessados, tipo ameaças e opressões físicas ou morais. Destarte, o direito seria, faticamente, a forma mais precisa e certa de sanção.¹⁵³

Como já afirmado, as sanções podem ser jurídicas ou morais, a especificidade é que as diferencia, sendo a sanção moral difusa e a sanção jurídica organizada, com efeito, a sanção é uma espécie de garantia ou um incentivo à vontade individual para enquadrar sua conduta pelo dever.¹⁵⁴ Sendo assim, existe uma sanção concreta em relação à norma jurídica e uma sanção virtual em relação à norma moral.¹⁵⁵ Enquanto a sanção jurídica é interferência intersubjetiva a sanção moral é interferência subjetiva. Ao se falar de sanção moral, esta é em regra interna e ideal, podendo ser positiva quando houver reprovação social.¹⁵⁶

Machado Neto exemplifica: um médico que por desconhecer um recurso técnico de sua profissão causou danos a seus pacientes, neste caso, a repercussão social é grande o suficiente para que a opinião pública transborde a sanção que é aplicada no plano originário da moral para o das normas escritas do direito positivo.¹⁵⁷

¹⁵¹ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.192.

¹⁵² NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143.

¹⁵³ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 674.

¹⁵⁴ Cf. MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.190.

¹⁵⁵ NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143.

¹⁵⁶ NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 145.

¹⁵⁷ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.94.

Feitas as explicações, indaga-se se a coerção moral é suficiente para forçar o cumprimento das normas morais?

Quando se afirma que os preceitos morais não podem ser coercitivos, quer se dizer, na verdade, que eles não podem ter seu adimplemento forçado por coação judicial. Reale explica da seguinte forma:

Quando, pois, se invoca o elemento coercitivo para caracterizar o Direito, não se pode estar pensando no elemento *genérico* comum a todo e qualquer fato social, mas sim na pressão social *enquanto organizada de maneira específica*, assinalando um grau determinado de “*social control*”.¹⁵⁸

Isso não quer dizer, todavia, que não exista coerção nas normas morais, infere-se, por outro lado, que essa coerção moral não pode ser forçada pelo Estado, ou seja, o Estado não pode lhe obrigar a ser moral. Entretanto, o Estado pode utilizar de sua legitimidade para institucionalizar a ética no âmbito da Administração Pública e, até mesmo, transformar condutas antiéticas em ilícitos jurídicos, em especial, quando a sanção moral não seja suficiente, necessitando da força para sua coerção.

Há pouco tempo atrás o nepotismo no serviço público era apenas uma conduta imoral, todavia, em virtude do clamor público, essa conduta passou a ter caráter de ilícito jurídico. Destarte, o Estado passou a ter a legitimidade para forçar o cumprimento desta conduta, sob pena de se utilizar a força para retornar a ordem violada a situação anterior à violação.

A institucionalização da ética no âmbito da Administração Pública nacional é uma novidade no mundo contemporâneo, que decorre do processo democrático. Os cidadãos exigem transparência e o cumprimento de deveres éticos para com a gestão do patrimônio público. É verdade que não se pode exigir que alguém seja ético, mas é possível a manifestação social no sentido de reprovação de suas atitudes, bem como a exigência da retirada dessa pessoa dos cargos dotados de poder de decisão, pela insustentabilidade da situação.

Percebe-se que contemporaneamente existem diferenças entre ilícitos morais e ilícitos jurídicos, mas nem sempre foi assim, como se percebeu da análise histórica acima, havia uma confusão entre normas jurídicas e as outras normas sociais, sendo o ilícito uma coisa só. Apesar dessa diferença, como o direito é também conduta, nada impede que um ilícito moral se torne um ilícito jurídico.

¹⁵⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 674-675.

O direito só se preocupa com o que há de mais essencial à vida humana, trata-se do caráter subsidiário do direito, no caso em tela, apenas quando a moral não for mais suficiente na manutenção do sistema social é que o direito passa a atuar. Machado Neto explica que há contínuos de licitudes e descontínuos de ilicitudes, os ilícitos morais, isto é, as condutas proibidas pela moral, estão dentro do facultado perante o direito.¹⁵⁹ Destarte, atuar juridicamente seria exigível, ao passo que a atuação moral residiria na espontaneidade.¹⁶⁰

Todavia, há uma transposição da resolução de problemas antes resolvidos pela ética para a órbita do direito, observe o que Habermas afirma:

Simultaneamente são juridificados complexos interacionais, nos quais os conflitos antes eram resolvidos eticamente, na base do costume, da lealdade ou da confiança; a partir de agora, esses conflitos são reorganizados de tal maneira que os participantes em litígio podem apelar para pretensões de direito. E a universalização de um *status* de cidadão institucionalizado pública e juridicamente forma o complemento necessário para a juridificação potencial de todas as relações sociais. O núcleo dessa cidadania é formado pelos direitos de participação política, que são defendidos nas novas formas de intercâmbio da sociedade civil, na rede de associações espontâneas protegidas por direitos fundamentais, bem como nas formas de comunicação de uma esfera pública política produzida através da mídia.¹⁶¹

O prestígio do direito em virtude de sua legitimidade e das suas outras características que o fazem a mais forte opção na resolução de conflitos sociais, além da utilização da comunicação, contemporaneamente facilitada pela internet, o que tem ampliado o desenvolvimento da legitimidade do direito, aumenta, assim, a sua gama de atuação.

Quanto à passagem do ilícito moral para o ilícito jurídico, explica Machado Neto: a princípio, um costume seria apenas uma exigência moral, o seu não cumprimento estava facultado juridicamente falando, ao passar a ser algo essencial, a esfera jurídica abarcou este costume e o seu descumprimento passou a ser ilícito jurídico, agora exigível pelo sujeito titular da prestação e sua garantia passa a ser dada pelo Estado, que tem a força de aplicar a sanção.¹⁶²

O direito possui caráter subsidiário em relação à moral na resolução dos conflitos sociais, ou seja, só se recorre ao direito quando a moral se demonstre insuficiente para o cumprimento de determinadas exigências. E a institucionalização jurídica da ética só deve ocorrer nesse momento

¹⁵⁹ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp.87-88

¹⁶⁰ NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 145.

¹⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 105.

¹⁶² MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.92.

em que a moral precisar do direito, na sua relação complementar, para forçar o cumprimento de determinadas condutas.

3.3. O DISTANCIAMENTO ENTRE DIREITO E A FUNDAMENTAÇÃO MORAL: A VISÃO DE LUHMANN.

A partir do final do século XVIII e início do século XIX, pode-se falar em sistema social, a relação entre a sociedade e o direito concebe-se de forma mais concreta, a sociedade começa a ficar complexa e as relações sociais passam a ser vistas como relações de direito.¹⁶³ A complexidade social implica na evolução do direito, estruturado em um sistema independente, mas que importa conceitos dos subsistemas e os transforma, mantendo internamente apenas o que interessa a ele.

Fazendo-se uma analogia ao corpo humano: o direito seria o corpo que interage com o seu exterior, ao se respirar ingere-se ar com diversas impurezas, mas o objetivo é reter o oxigênio e o restante é devolvido ao exterior. Da mesma forma é o direito ao se relacionar com outros subsistemas, como a ética, a religião e a economia, que possuem linguagens específicas: o direito internaliza alguns elementos e os transforma, devolvendo o excedente e mantendo o que lhe interessa.

O direito passa a ser visto como o principal sistema social de resolução de conflitos, tendo uma posição central no desenvolvimento da sociedade. “Concede-se ao direito uma posição central no desenvolvimento social – não como uma causa impulsionadora ou planejada no sentido político do desenvolvimento, mas como forma e expressão da situação social correspondente.”¹⁶⁴

Pouco a pouco, porém, o desenvolvimento social de sistemas de complexidade mais elevada, e principalmente o aumento do volume quantitativo e das interdependências da economia, força, no sentido de uma maior mobilização das relações jurídicas, de uma dissolução de convenções demasiadamente compactas, transmitidas por tradição, de

¹⁶³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, pp. 20-21.

¹⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, p. 22.

validade apenas local, e ainda no sentido de dispensar condições sócio-estruturais não mais necessárias para a distribuição corrente de direitos e deveres.¹⁶⁵

A *hipercomplexificação* da sociedade implicaria no desaparecimento da moral de conteúdo hierárquico, isto é, válida para todas as conexões de comunicação, surgiriam, assim, sistemas sociais operacionalmente autônomos, com critérios próprios, mas condicionados aos ambientes respectivos.¹⁶⁶

Segundo Marília Muricy, essa “hipercomplexidade do mundo em que se produz o pensamento luhmanniano explica o desprezo para com fundamentos de ordem ética, tido como desestabilizadores da função seletiva do direito e sua capacidade de generalizar expectativas”.¹⁶⁷ Muricy ainda observa que, apesar de Luhmann não desconhecer o sentido ético da noção de justiça, ele tem ciência do processo de *juridificação de normas morais*.

Com efeito, devido à evolução e a complexidade social, Luhmann afirma que houve um distanciamento necessário do direito em relação a sua fundamentação moral. O direito passa a ser o depositário de esperança da sociedade. Destarte, seu fundamento não pode mais ser constituído de princípios materiais, isto é, estabelecidos em conteúdos éticos, mas sim em princípios formais de *praticabilidade processual ótima*.¹⁶⁸

Percebe-se, dessa forma, o procedimentalismo na teoria sociológica do direito de Luhmann, que acarreta o esvaziamento ético do direito. “Além do mais, haveria uma amoralização social, tendo em vista que o código moral ‘respeito/desprezo’ se reproduziria difusa e fragmentariamente, não se construindo a partir dele generalização congruente de expectativas”.¹⁶⁹

Esse esvaziamento ético do direito ocorre para se evitar vinculações a costume e concepções de moral, próprias de pequenos grupos e transmitidas por tradição. Com isso, amplia-se a

¹⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, p. 25.

¹⁶⁶ NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. Lua Nova: revista de cultura e política. ed. 37, pp. 93-106. CEDEC: São Paulo, 1996, disponível na internet: <www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>, acessado em 19 de agosto de 2013, p. 94.

¹⁶⁷ MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 103-125, 2002, p. 121.

¹⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, p. 27/28.

¹⁶⁹ NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. Lua Nova: revista de cultura e política. Ed. 37, pp. 93-106. CEDEC: São Paulo, 1996, disponível na internet: <www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>, acessado em 19 de agosto de 2013, p. 94.

perspectiva de segurança pelo direito, calculada na forma confiável, possibilitando a organização de cadeias ramificadas, todavia, seguras contra falhas de seus elos individuais.

Segundo Luhmann, o indivíduo precisa ter possibilidade de calcular abstratamente os seus riscos numa sociedade complexa e isto se dá por um direito procedimental, livre de conteúdo ético.

Apenas no caso de um direito reestruturado desta forma torna-se possível introduzir-lhe finalidades secundárias de bem-estar, cujo preenchimento, como se pode observar nitidamente na atualidade, é pressuposto da previsibilidade da máquina administrativa legalmente programada.¹⁷⁰

O procedimento é o responsável por haver maior segurança, o conteúdo não importa. Luhmann explica: a complexidade implica em uma seleção forçada, ao passo que a contingência significa a necessidade de assumir riscos e a expectativa sobre a expectativa é a ideia de imperativo categórico importada de Kant. As expectativas sobre as expectativas de outros acarretam a possibilidade de redução de desapontamentos a quem as tem, desta forma, ele pode, abstratamente, superar a complexidade e a contingência mais elevadas.¹⁷¹

Esse esvaziamento da ética implica na tutela da moral pelo direito, o que se dá com a institucionalização jurídica da ética. Nesse panorama, Luhmann desenvolve a teoria autopoietica do direito, na qual o direito é subsistema fechado, mas que, ao mesmo tempo, abre-se para se comunicar com os outros subsistemas, como a religião, a economia e a ética.

3.4. O DIREITO COMO SISTEMA.

A ideia utilizada no direito como sistema na década de 70 foi a do sistema autopoietico. A ideia de autopoiese foi criada na década de 70 para a Biologia por Varela e Maturana, queria dizer que os seres vivos seriam autopoieticos, isto é, uma rede fechada de produções moleculares, onde moléculas produzidas geram com suas interações a mesma rede de moléculas que as produziu, tratava-se de uma ideia de autorregulação do organismo como sistema.

Essa ideia foi importada para a sociologia e para o direito por Luhmann, o qual afirmava ser a teoria autopoietica complexa, todavia, poderia ser utilizada como fundamento de sistemas sociais.

¹⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, p. 28.

¹⁷¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, p. 48.

“Tais sistemas, diferentemente dos biológicos, são capazes de auto-observar-se, referindo-se, a um só tempo, a si mesmo e a seu entorno, para integrar seu próprio conjunto de operações, a diferença entre sistema e meio ambiente”.¹⁷² Dessa forma, “a concepção luhmanniana da autopoiese afasta-se do modelo biológico de Maturana, na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não constituintes de sentido (orgânicos e neurofisiológicos)”¹⁷³.

Leonel Rocha adota essa ideia luhmanniana de autopoiese para fundamentar o direito como sistema autopoietico, para ele o conceito de norma não deve ser tão limitado, bem como acredita que deve haver uma complementação pela interpretação social. O que seria, então, sistema autopoietico? “O sistema autopoietico é aquele que é simultaneamente fechado e aberto, ou seja, é um sistema que tem repetição e diferença, tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo, que os operadores do Direito vão usar como critério para tomar decisões”.¹⁷⁴

Assim como todo sistema autopoietico, o direito segue dependendo do que acontece a sua volta, apesar de ser um sistema fechado e completamente autônomo em termos de operacionalidade. Destarte, o direito pode determinar o que é legal ou ilegal e, ao decidir esta questão, deve-se referir sempre a resultados de sua própria operacionalidade e as consequências que tem para as futuras operações do sistema.¹⁷⁵

Sendo assim, o direito não sofre uma atuação externa, todavia, “harmonizados pela auto-observação, fechamento operativo e abertura cognitiva garantem aos sistemas sociais autopoieticos sua necessária autonomia, sem que isso signifique o isolamento absoluto quanto a outros sistemas”¹⁷⁶.

¹⁷² MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 103-125, 2002, p. 111.

¹⁷³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. Martin Fontes: São Paulo, 2012, p. 61.

¹⁷⁴ ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 38.

¹⁷⁵ LUHMANN, Niklas. El Derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). **Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: Editorial Comares, 2005, pp.69-85, pp. 72-73.

¹⁷⁶ MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 103-125, 2002, p 111.

Com efeito, “[...] o sistema do Direito é autopoietico, isto é, reproduz de forma condicional os seus elementos diferenciando-se de suas consequências cognitivas. O sistema do Direito é constituído por uma lógica que articula a repetição e a diferença”.¹⁷⁷ Ademais, “[...] a autopoiese é essencialmente uma problemática da *continuação (kontinuirung)*, *no tempo, na efetuação (Vollzug)*, *operação* após operação ou acontecimento após acontecimento, de um sistema, ou seja, de uma performance funcional que se tornou *autolimitante*”.¹⁷⁸

Segundo Neves: “nesse contexto, o sistema jurídico assimila seletivamente, de acordo com os seus próprios critérios, os fatores do meio ambiente, não sendo diretamente influenciado por esses fatores.”¹⁷⁹ Destarte, percebe-se que a autopoiese parte da observação de determinado objeto, neste caso o direito, pela interação de seus elementos, o que leva a construção de um arcabouço científico fundamentado nas relações entre os elementos e as funções exercidas no todo comunicativo dos sistemas.

Neves observa a seguinte consequência da teoria de Luhmann:

A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por posições científicas, eis que depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico.¹⁸⁰

O direito processa de uma maneira ímpar as expectativas normativas capazes de se manter a si mesmas em situações de conflito. Dessa forma, o direito não pode garantir que essas expectativas não sejam frustradas. Todavia, pode-se garantir, mesmo se forem frustradas, que essas podem ser conhecidas previamente. Do ponto de vista sociológico, o regulamento é a estabilidade contrafactual, que liberta da obrigação de aprender com as frustrações e adapta-se a isso. Pela lei se mantém uma perspectiva para se resolver conflitos.¹⁸¹

¹⁷⁷ ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 47.

¹⁷⁸ ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, pp. 102-103.

¹⁷⁹ NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. Lua Nova: revista de cultura e política. Ed. 37, pp. 93-106. CEDEC: São Paulo, 1996, disponível na internet: <www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>, acessado em 19 de agosto de 2013, p. 96.

¹⁸⁰ NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. Lua Nova: revista de cultura e política. Ed. 37, pp. 93-106. CEDEC: São Paulo, 1996, disponível na internet: <www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>, acessado em 19 de agosto de 2013, p. 96.

¹⁸¹ LUHMANN, Niklas. El Derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). **Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: Editorial Comares, 2005, pp.69-85, p. 73.

Tratando da semelhança entre a teoria pura do direito e a teoria do direito autopoietico, Marília Muricy afirma:

Enquanto o funcionamento do sistema jurídico reside, segundo Kelsen, na estruturação hierárquica de normas, tendo por pressuposto de completude e unidade o postulado gnoseológico da norma fundamental, em Luhmann não encontramos qualquer critério lógico que venha a servir à unidade do sistema, sendo ele mesmo, por suas próprias operações, responsável pelo estabelecimento de seus limites.¹⁸²

Habermas aduz sobre a ideia de sistema derivada da sociologia do direito desenvolvida por Luhmann, concluindo o seguinte:

O sistema jurídico - ou as estruturas que subjazem nele - reconquistam uma parte de sua autonomia que, por assim dizer, fora perdida na crítica da ideologia. O direito deixa de ser considerado um epifenómeno, reconquistando um sentido próprio. Entretanto, numa sociedade descentrada em sua totalidade, ele consegue apenas uma posição periférica, formando um sistema ou um discurso em meio a uma variedade subordinada de sistemas e de discursos. Os respectivos juridicamente são descritos numa linguagem que passa ao largo da autocompreensão dos atores, sem procurar nem encontrar um engate no saber intuitivo dos participantes.¹⁸³

A teoria sistêmica de Luhmann sofre críticas de Habermas, que traz três consequências sobre o conceito sistêmico de direito: *primus*, o sistema jurídico, simplesmente aberto e fechado, é desatrelado de todos os demais sistemas de ação, esse sistema jurídico não alcança a troca direta com os mundos ao seu redor e não consegue influir neles de forma regulatória; a segunda consequência é a extinção de todos os vestígios que a autocompreensão normativa do sistema jurídico abandonara nas teorias clássicas da sociedade, destarte, o direito foi reduzido à função da sua aplicação jurídica; a consequência final decorre do sistema autopoietico de direito, em decorrência disso, o direito marginalizado só resolve problemas próprios, não conseguindo elaborar problemas que oneram o sistema da sociedade como um todo.¹⁸⁴

Segundo Neves, o que afasta Habermas da teoria dos sistemas é noção de uma esfera social não subordinada a imperativos sistêmicos, essa contraposição de Habermas à ideia de sistema na sociedade moderna se agrava quando se trata do paradigma luhmanniano, já que neste não é possível se desenvolver um conceito de “comunidade societária” como sistema destinado à

¹⁸² MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 103-125, 2002, p. 112.

¹⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 71-72.

¹⁸⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 73-76.

“integração” da sociedade, o que implicaria na concepção luhmanniana como contraposto à teoria da ação comunicativa.¹⁸⁵

Analisando a crítica de Habermas à Luhmann, Muricy explica que este último desveste o caráter obrigatório da norma jurídica, tendo a validade como mera operação do sistema, e a define como expectativa cognitiva, cuja natureza contrafática a torna imune à aprendizagem.¹⁸⁶

Sobre a teoria do sistema conclui Habermas:

No final de um longo processo de desencantamento das ciências sociais, a teoria do sistema acabou com os derradeiros vestígios de normativismo do direito racional. Do ângulo sociológico alienante, o direito, que se retirou para um sistema autopoietico, é despido de todas as conotações normativas, que se referiam, em última instância, à auto-organização de uma comunidade de direito. Sob a descrição de um sistema autopoietico, o direito marginalizado narcisisticamente só pode reagir a problemas próprios, que podem, quando muito, ser provocados a partir de fora. Por isso, ele não pode levar a sério nem elaborar problemas que oneram o sistema da sociedade *como um todo*. Ao mesmo tempo, ele precisa, de acordo com sua constituição autopoietica, desempenhar todas as tarefas, servindo-se de fontes produzidas por ele mesmo.¹⁸⁷

Percebe-se na crítica habermasiana o desprezo de Luhmann pelos problemas de legitimidade material do direito, bem como a desvinculação do sentido ético do direito. Na visão de Habermas, não se sustenta uma indiferença do sistema jurídico em relação aos outros sistemas funcionais da sociedade. Necessário haver uma comunicação entre os diversos sistemas interligados da sociedade.

Essa circulação comunicacional é interrompida quando se depara com o dinheiro e o poder administrativo, devendo o direito funcionar como transformador. As mensagens normativas só circularão em toda a sociedade por meio da linguagem do direito, já que as mensagens da linguagem coloquial não conseguem ultrapassar a fronteira do dinheiro e do poder administrativo.¹⁸⁸

Nesse embate entre Habermas e Luhmann, percebem-se dissensos e consensos. Ambos são procedimentalistas e acreditam na autonomia do sistema jurídico. Entretanto, enquanto Luhmann

¹⁸⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. Martin Fontes: São Paulo, 2012, pp. 49-50.

¹⁸⁶ MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 103-125, 2002, p. 113.

¹⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 76.

¹⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 82.

defende que a positividade do direito implica numa neutralização moral do sistema jurídico, Habermas reconhece a existência de fronteiras entre direito e moral, todavia, defende, por outro lado, uma fundamentação procedimental do direito, já que a positividade não significa a eliminação da problemática da fundamentação.¹⁸⁹ Dessa forma, a moral não pode condicionar o direito, entretanto, isto não impede a relação complementar entre os dois.

Embora Habermas acredite na autonomia do sistema jurídico, baseada na imparcialidade advinda do procedimento discursivo, ele mantém o entendimento de que há uma relação complementar entre o direito e a moral, contudo, sem deixar de advogar a impossibilidade de autonomia do direito sem a democracia real.

3.5. A TEORIA EGOLÓGICA DO DIREITO.

Mesmo com a tentativa de afastar a moral do direito com o processo de positividade deste, não é assim que entendem Habermas e Cossio. Há teses no sentido de relação necessária conceitual entre direito e moral, bem como no sentido contrário.¹⁹⁰ O que se busca é demonstrar o vínculo entre direito e moral, bem como a relação complementar entre eles, que se tentou afastar com a positividade do direito a partir do século XIX.

Através da teoria procedimentalista de Habermas, demonstrar-se-á a existência, na atualidade, de elementos morais no direito, embora este se fundamente em princípio próprio e não mais no princípio moral, o que não afasta a relação complementar entre direito e moral.

Habermas criticava essa ideia weberiana e adotava o entendimento de uma relação necessária entre direito e moral, sendo o direito, inclusive, fundamentado na moral. Entretanto, com a virada habermasiana que ocorre no lançamento do seu livro “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, Habermas volta a adotar parte da ideia de Weber de não fundamentação do direito na

¹⁸⁹ NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. Lua Nova: revista de cultura e política. Ed. 37, pp. 93-106. CEDEC: São Paulo, 1996, disponível na internet: <www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>, acessado em 19 de agosto de 2013, p. 96.

¹⁹⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Sobre las relaciones necesarias entre derecho y la moral**, pp. 115-137. In: *Derecho y Moral*; Rodolfo Vásquez comp. Barcelona, Gedisa, 1998.

moral, entretanto, não chega a ser radical como Weber, mantendo a ideia de relação complementar entre moral e direito.¹⁹¹

Entretanto, percebe-se também que a teoria egológica do direito demonstra a preocupação com a existência de conteúdos éticos no direito, o que fortalece a tese aqui adotada da relação complementar entre moral e direito. Ou seja, Habermas não está só ao aduzir a importância do conteúdo ético no direito.

Percebe-se que o positivismo implicou no surgimento de diversas escolas que melhoraram a ideia de seus precursores, como, por exemplo, o Egologismo. A teoria egológica do direito, fundada por Carlos Cossio na Argentina e seguida por Machado Neto no Brasil, tem o direito como conduta, não é só norma, trata-se de objeto cultural.

Na visão de Cossio pensa-se a conduta através de normas, todavia, essa norma não é o objeto, este é a conduta humana.

Para la teoría egológica, en cambio, la norma no es el objeto, sino la significación o concepto expresado por el texto. Y el objeto que a ella corresponde es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, de modo que en el Derecho, al igual que en cualquier ciencia de realidades, hay una intuición sensible que capta precisamente el objeto; porque la conducta humana es un hecho perceptible como tal.¹⁹²

Cossio faz a seguinte conclusão: se as determinações criadas pelo legislador fossem o direito positivo, bastaria se proibir o homicídio para acabar com ele.¹⁹³ Afasta-se a visão de Kelsen do dever-ser de forma isolada. No direito o método dogmático dá a liga e estrutura o conjunto de métodos. A teoria egológica leva em consideração a conduta no momento.

O direito, por inexistir, no caso, um objeto físico que lhe constitua o suporte, é um objeto egológico, por consistir em conduta, conduta humana em interferência intersubjetiva, que é o que o distingue da moral, segundo a famosa distinção de DEL VECCHIO, que Cossio transporta do plano lógico para o ontológico.¹⁹⁴

Dessa forma, percebe-se que Cossio dá um novo viés ao positivismo kelseniano, na formulação egológica, tanto a prestação como a sanção assumem caráter essencial na relação jurídica e na lógica da estrutura, isto numa estrutura disjuntiva. Dessa forma, a relação entre norma e conduta é de conceito e objeto, isto é, a norma é o conceito que pensa a conduta em sua liberdade.

¹⁹¹ No mesmo sentido. Cf. DUTRA, Delamar José Volpato. Habermas e Weber: o modelo processual de moralização do direito ou como respeitar a autonomia da legitimidade do direito em relação à moral. In: Cadernos da EMARF, **Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.2, n.1, pp.1-120, abr./set.2009, p. 26.

¹⁹² COSSIO, Carlos. **La teoría egológica y el concepto jurídico de La libertad**. Buenos Aires: Losada, 1944, p. 96.

¹⁹³ COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954, pp. 77-78.

¹⁹⁴ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.51.

Para Cossio, sete valores formam o plexo axiológico jurídico, todavia, o direito não se norteia por eles, por ser cultural, o direito em alguma de suas manifestações pode ser: a realização de alguma ordem, segurança, poder, paz, cooperação, solidariedade ou justiça. Nesse sentido, para a teoria egológica, envolve o direito certa valoração, que explica o fato de algumas leis “não pegarem” ou entrarem em desuso, pela perda de seu conteúdo axiológico, já que o direito é conduta e não norma.¹⁹⁵

Destarte, percebe-se que Cossio não se despreocupa com a relação entre moral e direito, não afirma a impossibilidade de conteúdo ético do direito, ao contrário, aduz aspectos axiológicos, que reafirmam a tese aqui defendida de relação complementar entre moral e direito. Apesar disso, Cossio afirma que apenas o direito pode ser neutral, não o podendo ser a moral e a teologia, que também seriam ciência da conduta.¹⁹⁶ Todavia, a neutralidade tem se mostrado quase impossível de ocorrer nas ciências.

Nos tópicos seguintes serão explicados os argumentos desenvolvidos por Habermas em sua teoria discursiva até se chegar a sua conclusão sobre a relação entre moral e direito.

¹⁹⁵ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp.52-58.

¹⁹⁶ Cf. MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.56.

4. A RELAÇÃO COMPLEMENTAR ENTRE A MORAL E O DIREITO EM HABERMAS.

4.1 O AGIR COMUNICATIVO E O PROCEDIMENTALISMO EM HABERMAS.

A ética discursiva de Habermas se fundamenta na razão comunicativa, na possibilidade de se alcançar o consenso pelo discurso, no qual os argumentos sejam a garantia de imparcialidade e acarretem na possibilidade de se alcançar a justiça. O objetivo deste capítulo é trazer a reflexão sobre o agir comunicativo e os argumentos procedimentalistas de Habermas na construção de sua tese, desenvolvendo a relação desta teoria com o direito, bem como destrinchando os aspectos que implicam numa relação complementar entre direito e moral.

Segundo Marília Muricy:

[...] Os estudos bíblicos de Schleiermacher, para quem ‘a arte da compreensão correta do discurso de um outro’, além de pressupor a reconstrução histórica dos elementos subjetivos da estrutura discursiva, exige a apreensão de seus elementos objetivos, através de uma prática metódica voltada para a justificação racional do resultado da interpretação.¹⁹⁷

Necessária é a compreensão do discurso e, para que haja essa compreensão, utiliza-se o lado gramatical, além do lado psicológico da interpretação, para que o entendimento seja completo.

Schleiermacher, ao tratar do método psicológico e do lado gramatical, aduz:

[...] se a compreensão segura e completa não se realiza simultânea e imediatamente com a percepção, os dois tipos de métodos deverão ser utilizados em ambos os lados – naturalmente em graus diferentes, proporcionais às diferenças do objeto – até que surja uma satisfação tão semelhante quanto possível à da compreensão imediata.¹⁹⁸

A hermenêutica teve papel fundamental no embasamento da teoria do discurso habermasiana. Com efeito, para se continuar a compreender a importância da linguagem e da comunicação para a ética do discurso, necessária se faz algumas considerações sobre o agir comunicativo e o procedimentalismo.

¹⁹⁷ MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 103-125, 2002, p. 103.

¹⁹⁸ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação**. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 9ª ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2012, p. 43.

4.1.1. O agir comunicativo.

O discurso na visão de Habermas pode solucionar uma série de pretensões de validade baseadas na fala. O agir comunicativo está referido no uso da linguagem orientada pelo entendimento.

No uso da linguagem orientada pelo entendimento, ao qual o agir comunicativo está referido, os participantes unem-se em torno da pretensa validade de suas ações de fala, ou constataam dissensos, os quais eles, de comum acordo, levarão em conta no decorrer da ação. Em qualquer ação de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, que apontam para o reconhecimento intersubjetivo. No uso da linguagem orientada pelo entendimento, ao qual o agir comunicativo está referido, os participantes unem-se em torno da pretensa validade de suas ações de fala, ou constataam dissensos, os quais eles, de comum acordo, levarão em conta no decorrer da ação. Em qualquer ação de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, que apontam para o reconhecimento intersubjetivo. A oferta de um ato de fala adquire eficácia para a coordenação, porque o falante, com sua pretensão de validade, assume *uno actu* uma garantia suficiente e digna de fé, de que a pretensão levantada poderá eventualmente ser resgatada através de razões adequadas.¹⁹⁹

Percebe-se que Habermas adotada a ideia de um reconhecimento intersubjetivo decorrente da pretensão de validade do discurso. Os seres-humanos agem comunicativamente e devem ter igual poder de participação e interação, para que se alcance eficácia do ato da fala na pretensão de validade. Somente por meio das discussões entre homens livres a verdade surgirá.

A teoria do agir comunicativo destranscendentaliza o reino do inteligível, porém com o único intuito de aninhar a força idealizadora de antecipações transcendentais nos pressupostos pragmáticos inevitáveis dos atos de fala, portanto no coração da prática comunicativa cotidiana - a força que Peirce comprovou existir nas formas de comunicação da prática de argumentação científica, as quais de certa forma escapam ao dia-a-dia. O fato de se tratar de ofertas de atos de fala fugidios ou de tomadas de posição em termos de sim/não convencionais não muda nada: eles sempre *apontam* para razões potenciais e, deste modo, para o auditório da comunidade de interpretação ilimitada, idealmente alargado, o qual elas teriam que iluminar para poderem ser justificadas, ou seja, aceitáveis racionalmente.²⁰⁰

Infere-se que a razão também é utilizada por Habermas no desenvolvimento de sua teoria, todavia, ele utiliza a razão comunicativa e não mais a razão prática de Kant. O ato de fala é fundamental numa sociedade para se fundamentar e legitimar a pretensão de validade por meio das discussões. Para a ampliação do auditório da comunidade de interpretação ilimitada, conforme afirmado acima, necessário se faz que a linguagem seja comum aos seus entes ou passível de tradução, além disso, os argumentos desenvolvidos devem se fundamentar na razão

¹⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 36-37.

²⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 37.

para que sejam aceitos neste sentido. Igualmente, destaca-se a importância da liberdade comunicativa para fundamentar o necessário Estado Democrático de Direito.

Além disso, por meio da comunicação chega-se mais perto da verdade. No que se refere à verdade, Gadamer afirma:

No conjunto da nossa investigação evidencia-se que, para garantir a verdade, não basta o gênero de certeza, que o uso dos métodos científicos proporciona. Isso vale especialmente para as ciências do espírito, mas não significa, de modo algum, uma diminuição de sua cientificidade, mas, antes, a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde antigamente.²⁰¹

A importância da linguagem não pode ser desprezada, segundo Gadamer, a linguagem é também diálogo, além disso, a hermenêutica se contrapõe a um ideal iluminista de rompimento com os preconceitos e a tradição, sob a luz da razão. Habermas confecciona crítica à Gadamer baseado, principalmente, no aspecto de contraposição ao ideal iluminista. Gadamer busca a pretensão da verdade na filosofia e, para alcançá-la, ele tenta transpor três pontes.²⁰²

Habermas entende que Gadamer obscureceu a tradição iluminista, mas foi o primeiro a acentuar o caráter aberto do diálogo para que se aprenda a sabedoria fundamental da hermenêutica “de que é uma ilusão achar que alguém *possa* ficar com a última palavra”.²⁰³ Apesar dessa ilusão, existe a possibilidade de utilização da razão para se sustentar o discurso.

Entretantes, a compreensão do agir comunicativo consiste na força de se utilizar argumentos racionais, garantidos por meio de comunicação procedimental baseada em regras que devem ser seguidas na utilização dos discursos, os quais só podem ser impostos pela razão comunicativa. Para Habermas, a comunicação não é uma utopia, isto é, um lugar sem conflitos, ao contrário,

²⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer e revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3ª ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 1999, p. 709.

²⁰² HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica.** Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, pp. 78-79.

²⁰³ Primeira ponte é a crítica à teoria de Dilthey das ciências do espírito: contra a consciência histórica que aprisiona no museu das tradições, privando da força de convicção. Para Gadamer o momento histórico-efetual permanece produtivo em toda compreensão de tradição. Segunda ponte: reconstrução da tradição do pensamento humanista que apela para a faculdade de julgar. Ataca um conceito de conhecimento e método objetivos que deve reservar para as modernas ciências da experiência um monopólio das possibilidades humanas do conhecimento. Gadamer quer mostrar a validade de uma compreensão que antecede ao pensamento objetivamente e que associa as formas de experiência da arte, da filosofia, das ciências do espírito e da história. Terceira ponte: reabilitação do conteúdo objetivo da filosofia de Platão e de Hegel. Visa vencer a falsa oposição entre compreensão e mundo metafísico e moderno. (HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica.** Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p.85).

trata-se de um espaço de questionamento permanente, dessa forma, a progressão deve ocorrer por força do melhor argumento, não só pelas ameaças de constrangimento.²⁰⁴

Esse agir busca o entendimento, que ocorre por meio de acordos, reconhecido pela pretensão de validade.

Durante o agir comunicativo o mundo da vida nos envolve no modo de uma certeza imediata, a partir da qual nós vivemos e falamos diretamente. Essa presença do pano de fundo do agir comunicativo, latente e imperceptível, que tudo perpassa, pode ser descrita como uma forma condensada e, mesmo assim, deficiente, de saber e de poder.²⁰⁵

O agir comunicativo é utilizado pelos homens intuitivamente, já que as pessoas falam diretamente sem perceber, o que gera uma deficiência, mas não exclui o saber e o poder inerentes ao agir comunicativo. Esse agir comunicativo, em conjunto com a regulamentação de instituições, é responsável pela possibilidade de integração social em pequenos grupos indiferenciados em processos de entendimentos de uma forma geral, mesmo havendo dissensos.

Naturalmente o quadro de uma ordem normativa sempre comportou um agir orientado por interesses. Em sociedades organizadas em forma de Estado, a ordem normativa natural é reformulada em normas do direito. Entretanto, em sociedades tradicionais, o próprio direito ainda se alimenta da força do sagrado religiosamente sublimado. Na fusão sacral entre facticidade e validade se enraíza, por exemplo, a hierarquia de leis, da tradição jurídica europeia, segundo a qual o direito estabelecido pelo governante permanece *subordinado* ao direito natural cristão, administrado eclesiasticamente.²⁰⁶

A influência de autoridades sagradas e de instituições baseadas nessa ideia implica num risco de dissensos nos domínios do agir comunicativo desligado do sagrado. A regulação pelo direito garante a liberdade para que, por meio do discurso amplo, o cidadão consiga o melhor argumento.

Entretanto, essa coação do direito ou da moral não pode se confundir com violência - que deve ser evitada no Estado Democrático de Direito. Além disso, não se cumpre ou se deixa de cumprir uma norma jurídica por simples receio da sanção forçosa, mas também por se acreditar nos valores morais intrínsecos ao direito, bem como em sua legitimidade, isto é, ter passado pelos procedimentos racionais adequados.

²⁰⁴ DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2002, p. 49.

²⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 41.

²⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 45.

4.1.2. O procedimentalismo.

Habermas adota como ponto de partida da sua teoria uma concepção procedimental da democracia, que tem no direito um sustentáculo de segurança. “O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático”.²⁰⁷ Consequentemente, o agir comunicativo é visto como integrador social.

Na visão de Dupeyrix sobre a teoria procedimentalista de Habermas, “o direito se torna, consequentemente, um vínculo de justiça democrática, pois tem precisamente como tarefa institucionalizar as condições de uma participação equitativa de todos nas discussões democráticas”.²⁰⁸ Os procedimentos, quando cumpridos estritamente, implicam numa garantia de maior segurança nas avaliações práticas de um ponto de vista moral.

O paradigma procedimental do direito orienta o olhar do legislador para as *condições de mobilização* do direito. Quando a diferenciação social é grande e há ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados, impõem-se medidas que podem ‘capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado’.²⁰⁹

Percebe-se que o modelo proposto por Habermas deposita sua esperança na atuação dos cidadãos, isto é, na sua participação na aplicação dos procedimentos, para tanto, deve haver um engajamento em favor do bom funcionamento desses procedimentos, o que depende da qualidade democrática da sociedade.²¹⁰

Dessa forma, a ética do discurso aduz um novo paradigma, isto é, o procedimentalismo, seja na moral ou no direito, com base no agir comunicativo, como parte da solução dos problemas sociais. E o direito é o *médium* entre o Estado e a sociedade, bem como responsável pela integração social. Para Habermas, existe uma chave para se entender a gênese democrática do direito, trata-se do núcleo procedimentalista do direito:

O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do Bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos

²⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 183.

²⁰⁸ DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2002, p. 160.

²⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 185.

²¹⁰ Cf. DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2002, p. 159.

comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos.²¹¹

Segundo se infere dos argumentos acima, a ética procedimental encontra na comunicação a solução de legitimação para o direito. Além disso, Habermas critica a legitimação do direito pelas leis gerais e abstratas, bem como critica a “instrumentalização do direito para fins da regulação política, a qual sobrecarrega a estrutura do *medium* jurídico, dissolvendo a ligação que existe entre política e a realização de direitos dos quais não se pode dispor”.²¹² Dessa forma, o paradigma do procedimentalismo jurídico visa também proteger as condições para o procedimentalismo democrático.

A seguir, no próximo tópico, será explicada a teoria do direito por meio da ética discursiva habermasiana.

4.2. A ÉTICA DO DISCURSO E SEUS FUNDAMENTOS PARA O DIREITO.

O direito teve basicamente três marcantes correntes filosóficas ao longo da história: jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo. A primeira delas, o jusnaturalismo, baseia-se num direito anterior ao homem, bem como em princípios e valores filosóficos, que implicam na possibilidade de variação da validade material, causando certa insegurança.

Desenvolve-se, então, o positivismo com a codificação das normas e utilização dos princípios como fonte subsidiária do direito, com objetivo de suprir lacunas. Dessa forma, a validade formal segue como âmago de sua estrutura, resolvendo-se o problema da segurança, mas falhando quanto à explicação dos princípios.

Contemporaneamente, fala-se em pós-positivismo, que se desenvolve tentando resolver as falhas do positivismo sem cair em jusnaturalismo. Os princípios passaram por uma normatização e por uma constitucionalização, o que implica na substancialização da Constituição e do Estado Democrático de Direito. Nessa teoria utiliza-se o melhor argumento racional e desenvolve-se a

²¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 186.

²¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 182.

validade procedimental da norma. Essa corrente filosófica utiliza-se da teoria do discurso, que é procedimentalista no caso de Habermas, para fundamentação do direito.

Embora Habermas acreditasse na ideia kantiana de que o direito se fundamentava na moral, ele muda de posição quando da chamada “virada jurídica habermasiana”, que se dá com a publicação de “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, busca-se, então, um fundamento autônomo para o direito que não se fundamenta mais na moral.²¹³ “Isso não significa que razões morais não possam ser usadas no processo de produção das normas jurídica (processo legislativo), mas tão-somente que a fundamentação é, a partir de agora, autônoma”.²¹⁴

Habermas, embora muito influenciado por Weber, criticava veementemente parte de suas ideias antes da virada, após a virada, ele passa a adotar mais ideias weberianas e afasta a moral como fundamento do direito, entretanto, ele não nega a relação complementar entre direito e moral, nem afirma a impossibilidade de haver conteúdos morais no direito.

Habermas entende que existe a possibilidade de se decidir questões práticas de forma racional e imparcial, segundo ele:

O princípio do discurso explica apenas o ponto de vista sob o qual é possível *fundamentar imparcialmente* normas de ação, uma vez que eu parto da ideia de que o próprio princípio está fundado nas condições simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente.²¹⁵

O direito faz parte das questões práticas, logo segue a lógica de resolução pelo princípio do discurso. Segundo Habermas: as normas de ação seriam aquelas relacionadas a expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente; além desse conceito, ele aduz que o discurso racional refere-se a toda tentativa de se entender pretensões de validades problemáticas, em virtude dela se realizar através de comunicação, que permite a discussão e o desenvolvimento do tema num ambiente propício – espaço público – constituído por meio de obrigações ilocucionárias.²¹⁶ Essas obrigações por meio de ordens linguísticas podem levar ao

²¹³ GOMES, Alexandre Travessoni. **A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos**. Belo Horizonte: Mandamentos 2007, p. 65.

²¹⁴ GOMES, Alexandre Travessoni. **A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos**. Belo Horizonte: Mandamentos 2007, p. 65.

²¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 143.

²¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 142.

sucesso ou ao fracasso, já que o ato ilocucionário é ao mesmo tempo intencional e convencional.²¹⁷

A teoria do agir comunicativo é fundamento para a compreensão do princípio ético-discursivo, denominado por Habermas princípio “D”. Segundo Habermas, baseado na ideia de Aristóteles, o homem é um animal comunicativo, isto é, capaz de falar. Destarte, os homens se relacionam intersubjetivamente sem se utilizar do discurso prático até o momento em que surge um questionamento sobre a pretensão de validade do outro. A partir daí o agir comunicativo interrompe o processo, que passa a ser mais complexo, necessitando de regras na discussão das pretensões, destacando-se dentro dessas pressuposições o princípio “D”.²¹⁸ Trata-se de um nível mais alto de discussão.

Nesse sentido, “D” é formal e define um processo, isto é, menciona um procedimento de resgate discursivo de pretensões de validade normativa.²¹⁹ Habermas explica:

Já que a formulação de ‘D’ tem a ver com ‘normas de ação’, e com ‘discursos racionais’ em geral, tal princípio situa-se em um nível de abstração mais alto que o do princípio moral e do princípio da democracia. Neste nível, ainda se prescinde do tipo de ações que necessitam de justificação, bem como do aspecto de validade específico, sob o qual elas são justificadas. É bem verdade que o princípio do discurso já está talhado para questões práticas; ele é arrolado para questões de verdade quando certos fatos se tornam relevantes para a justificação de ações.²²⁰

Os discursos são fundamentados pela racionalidade. O potencial de racionalidade é responsável pela verdade dos argumentos; sob o ponto de vista da autenticidade fundamenta as orientações éticas; além disso, sob o aspecto da justiça, justifica normas e juízos morais. Destarte, “o princípio moral, por exemplo, pode ser entendido, no campo de um mundo social legitimamente ordenado, como uma operacionalização especial de ‘D’, a qual viabiliza uma avaliação racional de normas sob o aspecto da justiça”.²²¹

²¹⁷ Para maior aprofundamento sobre ato ilocucionário: MARTINS, Francisco; COSTA, Arilson Corrêa da; PORTO, Karime da Fonseca. O delírio à luz da teoria dos atos de fala. **Psicol. Reflex. Crit.**, Porto Alegre, v. 13, n. 1, 2000. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722000000100018&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 28 agosto de 2013.

²¹⁸ CARNEIRO, João Luiz. **Ética como extensão do diálogo: Contribuição de Habermas para a ética do discurso**. 1. ed. São Paulo: Arché Editora, 2012, p. 67.

²¹⁹ CARNEIRO, João Luiz. **Ética como extensão do diálogo: Contribuição de Habermas para a ética do discurso**. 1. ed. São Paulo: Arché Editora, 2012, p. 67.

²²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, pp. 104-105.

²²¹ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 105.

Entretanto, o mesmo não se pode dizer do princípio da democracia, responsável pela criação do direito legítimo, mesmo que o direito não se contradiga com a moral esse princípio não se submete ao princípio moral. Nesse ponto, Habermas discorda de Apel, já que para o primeiro é incorreto uma subsunção do direito sob a moral e nem há subordinação jusnaturalista do direito positivo a uma hierarquia de leis.

O princípio do discurso e seu nível de abstração são explicados por Habermas:

Esse princípio, como o próprio nível pós-convencional de fundamentação no qual a eticidade substancial se dissolve em seus componentes – tem, certamente, um conteúdo normativo, uma vez que explicita o sentido da imparcialidade de juízos práticos. Porém ele se encontra num nível de abstração, o qual, apesar desse conteúdo moral, *ainda é neutro* em relação ao direito e à moral; pois ele refere-se a normas de ação em geral:

D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.²²²

Habermas afirma que na formulação supracitada existem conceitos carentes de explicação “válidas”, que diz respeito a normas de ação e expressa um sentido não especificado de validade normativa; “normas de ação” são expectativas de comportamento; “atingido” tem a ver com interesses que serão afetados por prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas; e “discurso racional” é a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas e se refere também a negociações.²²³

O princípio “D” engloba discursos racionais e discursos práticos, que têm objetivo de tomar decisões racionalmente motivadas, baseada na resolução discursiva da pretensão de validade, podendo elas ser aceitas ou recusadas.²²⁴ Sendo assim, o princípio “D” é neutro e sem conteúdo, já que é possível fundamentar imparcialmente normas de ação, podendo-se escolher o melhor motivo para validar uma norma por meio do discurso racional.²²⁵ Das especificações do princípio “D” deduz-se o princípio moral que é denominado por Habermas princípio “U”.

²²² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 142.

²²³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 142.

²²⁴ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 97.

²²⁵ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 98.

A discussão argumentada é o caminho para se filtrar os pontos de vistas, preferências e valores sociais, dessa forma, os dois princípios citados devem definir os critérios para distinção de normas válidas e normas inválidas.²²⁶

O princípio “U” é uma regra de argumentação, que se refere a normas de ação e busca o que é igual para todos, trata-se de um princípio de universalização e nele a pretensão levantada deve ser passível de ser aceita por todos em qualquer lugar e em qualquer tempo.²²⁷ Habermas se baseia no imperativo categórico de Kant para criar esse princípio, contudo, de uma forma diferente, senão veja-se:

O que exprime a validade deontica na leitura habermasiana é a autoridade de uma vontade universal, compartilhada por todos os envolvidos, no aspecto moral e não no imperativo, porque existe o apelo de que o interesse universal seja passível de ser constatado discursivamente, apreendido cognitivamente e discernido na ótica subjetiva do envolvido.²²⁸

Os discursos morais fundamentam a norma moral, daí surgem deveres que a prática correspondente é considerada justa.²²⁹ Entretanto, o direito não se fundamenta nesse princípio moral, por que é preciso uma justificação mais específica do que por um princípio de universalização.

Entretanto, o direito que se complementa com a moral, mas se baseia no princípio da democracia e não no princípio moral, fundamenta-se também no princípio do discurso, do qual depende a legitimidade das leis. As palavras diretas de Habermas esclarecem bem o tema sobre a distinção entre princípio moral e princípio da democracia:

A fim de obter critérios precisos para a distinção entre princípio da democracia e princípio moral, parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente

²²⁶ DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2002, pp. 56-57.

²²⁷ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 99.

²²⁸ CARNEIRO, João Luiz. **Ética como extensão do diálogo: Contribuição de Habermas para a ética do discurso**. 1. ed. São Paulo: Arché Editora, 2012, p. 72.

²²⁹ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 100.

como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. Por isso, o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral.²³⁰

Além dessa distinção, Habermas entende que o princípio moral atua internamente enquanto o princípio da democracia refere-se ao nível de institucionalização externa, que se realiza por meio de uma comunicação garantida pelo direito.²³¹ Nesse diapasão, fortalece-se a ideia de institucionalização da ética por meio de normas jurídicas, já que o princípio moral não atuaria externamente.

Alexy sofreu grandes influências de Habermas na construção de sua teoria sobre direito, embora não concordasse totalmente com o método habermasiano, ele afirma que “uma teoria adequada do direito pode somente dar bom resultado como teoria do sistema jurídico ampla”.²³² Alexy aduz que “o discurso jurídico é um caso especial, caracterizado por vinculações institucionais, do discurso prático geral. As vinculações institucionais são feitas valer por argumentos linguísticos, genéticos e sistemáticos”.²³³

E na discussão entre Alexy e Habermas, o primeiro sugere:

A solução correta deveria ser que os argumentos práticos gerais empregados no discurso jurídico, por um lado, permanecem o que são, que, porém, por outro, o discurso jurídico, como todo, expressa o ‘sentido limitado especificamente’ do direito e sua ‘dimensão de validade mais complexa. A tese do caso especial aponta para ambos os aspectos. Ela expressa, com isso, a unidade da razão prática realizada e realizável no direito.’²³⁴

Percebe-se a importância da teoria habermasiana para se explicar a relação entre o direito e a moral, já que esta não foi resolvida por Kant que entendia haver uma subordinação do primeiro a segunda. Habermas resolve esse problema quando afirma a necessidade de se interpretar a autonomia de forma mais generalizada, partindo do princípio do discurso para se deduzir o princípio da democracia.²³⁵ Outrossim, Habermas substitui o paradigma da razão prática pela razão comunicativa, sem deixar de lado a relação complementar entre a moral e o direito.

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 145.

²³¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 146.

²³² ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 128.

²³³ ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 134.

²³⁴ ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 135.

²³⁵ Cf. REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 103.

Os conceitos ‘princípio moral’ e ‘princípio da democracia’ estão interligados; tal circunstância é encoberta pela arquitetônica da doutrina do direito. Se isso for correto, o princípio do direito não constitui um membro intermediário entre princípio moral e princípio da democracia, e sim, o verso da medalha do próprio princípio da democracia. No meu entender, a falta de clareza sobre a relação entre esses três princípios deve ser lançada na conta de Kant e de Rousseau, pois, em ambos, existe uma não-confessada reação *de concorrência entre os direitos humanos*, fundamentados moralmente, e o *princípio da soberania do povo*.²³⁶

Habermas traz a ideia de interligação entre o princípio moral e o princípio democrático, já que ambos decorrem do princípio do discurso, para explicar que o direito não é intermediário entre os dois, sendo parte do princípio da democracia. Segundo Gomes, Habermas busca explicar a legitimação do direito no Estado Democrático, por meio da linguagem, além de defender a distinção entre direito e moral fundada na coerção.²³⁷

Todavia, como já analisado acima, não parece ter sentido a utilização da coerção para diferenciar direito e moral, já que tanto o direito como a moral são dotados de coerção. O que os diferencia é a possibilidade de utilização da força estatal legítima para se forçar o cumprimento da sanção jurídica. Talvez seja esse o sentido dado à coerção por Habermas e tantos outros.

Buscar-se-á mais a frente, após se explicar a relação complementar entre moral e direito, demonstrar a conexão entre os direitos fundamentais e a soberania popular, baseada num sistema de direitos fundamentados no princípio da democracia.

4.3. A VALIDADE DO DIREITO EM HABERMAS.

Habermas resgata do conceito kantiano de direito uma relação necessária entre coerção e liberdade, sendo a validade da norma jurídica baseada em procedimentos juridicamente válidos, o que é uma tautologia, bem como na força de imposição possuída por esta norma.²³⁸

Consequentemente, o direito tem como coerção, baseada no monopólio estatal, a força necessária para tolher o uso abusivo da liberdade quando esta implicar em limitação contra a liberdade do outro. Dessa forma, percebe-se que o direito tem no Estado a força de se garantir a liberdade.

²³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 128.

²³⁷ GOMES, Alexandre Travessoni. Ética, direito e paz perpétua. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 298-308, São Paulo: Landy, 2003, p. 302.

²³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 50.

A legitimidade do direito em Habermas, segundo Cruz, adviria da seguinte relação: “a faticidade da imposição coercitiva do Direito pelo Estado deveria estar conectada a um *processo de normatização racional do direito*, pois a coerção e a liberdade são componentes essenciais à dupla dimensão da validade jurídica”.²³⁹

Segundo Habermas:

Basta que os destinatários percebam que as ‘condições do uso da força’ configuram apenas uma *ocasião* para um comportamento conforme a normas; pois razões analíticas impedem que um agir por dever, isto é, a obediência ao direito por motivos morais, possa ser imposto com o uso da coerção. De outro lado, porém, a integração social, ou seja, a ‘associação’ do arbítrio de cada um com o arbítrio de todos os outros, só é possível sob o ponto de vista moral e na base de regras normativamente válidas, *merecedoras* do reconhecimento não coagido e racionalmente motivado de seus destinatários – ‘segundo uma lei geral da liberdade’.²⁴⁰

A ideia de legalidade atribuída por Habermas implica em duas possibilidades, isto é, uma ligada à autorização de coerção e a outra pelo simples fato de respeito à lei, ambas importadas da visão kantiana sobre o direito, ou se respeita a lei por dever ou por ela ser lei. Habermas vai explicar pela teoria da ação esse aspecto de coerção e de liberdade.

A coerção e a liberdade, que são os dois componentes da validade do direito, põem à disposição dos destinatários a escolha da perspectiva do ator. Para um modo de ver empírico, a validade do direito positivo é determinada, antes de tudo e tautologicamente, pelo fato de que só vale como direito aquilo que obtém força de direito através de procedimentos juridicamente válidos - e que provisoriamente mantêm força de direito, apesar da possibilidade de derrogação, dada no direito.²⁴¹

Ademais, deduz-se a existência de características no direito com mais força para resolução de conflitos sociais do que na moral, acarretando nessa relação de complementaridade, da qual se quer demonstrar ao longo desse trabalho e que se dá por meio do procedimentalismo habermasiano, no qual os elementos morais são frágeis e sua fragilidade é compensada pela força do direito.

Sendo assim, Habermas busca a legitimidade do direito positivo nos procedimentos juridicamente válidos – que deve ser a validade social ou fática e a legitimidade.

Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco

²³⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2 ed. Editora Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 140.

²⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 49.

²⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 50.

dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que ‘a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos’. As leis morais preenchem esta condição *per se*; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social.²⁴²

Infere-se do trecho supracitado, a evidência da *cooriginalidade* dos direitos cívicos de proteção do indivíduo e dos direitos políticos de comunicação e de participação.²⁴³ Observa-se, também, a importância dada ao processo de legislação, como integrador social, no sistema jurídico.

Além dessa união de coerção fática e validade da legitimidade, exige-se o processo legislativo, do qual o cidadão pode participar, chegando a um conceito de direito que absorve o pensamento democrático desenvolvido por Kant e Rousseau, no qual a pretensão de legitimidade da ordem jurídica deve ser resgatada pela força socialmente integradora da vontade dos cidadãos livres e iguais.²⁴⁴

Além disso, a sociedade atual repugna a ideia do fundamento religioso/metafísico do direito jusnaturalista, bem como a legalidade/discrecionalidade positivista, como mecanismos de legitimação do direito.²⁴⁵ Sendo a complementação do direito com a moral, com base na teoria discursiva procedimentalista de Habermas, um bom caminho a ser trilhado para se alcançar a legitimidade do direito na contemporaneidade.

4.4. A DIFERENÇA ENTRE ÉTICA E MORAL NA VISÃO DE HABERMAS.

Ética e moral podem ser consideradas uma coisa só, não se equivoca quem utiliza indistintamente os termos ética e moral. Pode-se afirmar, também, que a moral é o objeto da ética, sendo ética um dos capítulos da teoria da conduta e moral como fato cultural, e a relação entre a ética e a

²⁴² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 52.

²⁴³ DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2002, p. 144.

²⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 53.

²⁴⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2 ed. Editora Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 139.

moralidade positiva é a mesma entre uma doutrina científica e seu objeto.²⁴⁶ A moral está para a ética assim como a conduta e a norma jurídica está para o direito.

Não se deve, todavia, entender a ética ou a moral como ideia vazia de conteúdo que possa ser preenchida com quaisquer opções subjetivas. Destarte, necessário se faz encontrar um núcleo consensual comum, ou seja, exigível e inafastável para todos, permitindo o mínimo de previsibilidade no convívio social, deve-se, assim, admitir a possibilidade de justificar racionalmente princípios morais.²⁴⁷

Entrementes, percebe-se, pela análise da ética do discurso, a limitação dada ao conceito de moral por Habermas, já que ele foi moldado com base no discurso. Habermas se baseia na razão prática, cujo objetivo é orientar a ação para se alcançar determinados fins e com base em certas regras. Além disso, divide o uso da razão prática em: pragmático, ético e moral.

Dessa forma, a razão pragmática afasta os problemas morais, possui certos fins previamente determinados e busca meios mais adequados para realizá-los no mundo; o uso ético tem uma perspectiva do primeiro sujeito, seja ele no singular ou no plural, trata-se de autocompreensão e autoprojeção para o futuro e para a vida; e o uso moral tem a ver com o outro, trata-se dos deveres que os seres-humanos têm um em relação ao outro e isto independe da perspectiva na primeira pessoa.

São nas máximas onde encontramos o plano de intersecção da ética e da moral. Se avaliarmos uma máxima no sentido de ser ‘boa’ para mim trata-se de ética, se for observada por todos como uma lei geral é moral. O imperativo categórico só postula uma máxima como justa apenas quando todos podem desejar que esta seja cumprida em situações em que ela se faça necessária e contextualizada. A questão ‘o que devo fazer’ é respondida pelo ponto de vista moral sobre aquilo que se deve fazer.²⁴⁸

Dessa forma, Habermas diferencia a ética e a moral, sendo a primeira responsável pela perspectiva na primeira pessoa, isto é, o “eu” ou o “nós”, e a segunda tem a ver com o outro e o respeito à liberdade, já que consiste no que eu devo fazer ou nós devemos fazer. “Ao contrário das considerações éticas, que estão orientadas pelo *telos* de minha e/ou nossa vida boa ou não-

²⁴⁶ NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 131-132.

²⁴⁷ Cf. NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 31-32.

²⁴⁸ CARNEIRO, João Luiz. **Ética como extensão do diálogo: Contribuição de Habermas para a ética do discurso**. 1. ed. São Paulo: Arché Editora, 2012, p. 40.

fracassada, as considerações morais exigem uma perspectiva distanciada de todo ego ou etnocentrismo”.²⁴⁹

Entretanto, Habermas, embora nomeie sua teoria de ética discursiva, na verdade trata de uma moral discursiva, já que sua teoria não se baseia nos valores pessoais, mas numa teoria para todos, que busca na razão discursiva um fundamento universal.

Qual seria a resposta moral para a questão ética fundamental sobre o sentido da vida em conjunto? “Pues la desesperación moral exige una respuesta a la cuestión ética básica acerca del sentido de la vida en conjunto, a la cuestión ética básica acerca de mi identidad o nuestra identidad”.²⁵⁰ Para Habermas, a moral tem prioridade e atua como limite da ética, mas os filósofos não teriam como responder essa pergunta, sendo a melhor resposta encontrada pela sociedade com as experiências vividas, resposta esta com obrigação de ser mais completa do que os argumentos.

Uma teoria discursiva do direito que parta de uma ética discursiva, no sentido defendido por Habermas, atenderá ao modelo procedimentalista do discurso. Essa teoria discursiva do direito explica a diferença entre pretensão de validade normativa das regras morais e pretensão de legitimidade das normas jurídicas, apelando para uma formação da política do legislador, o que pode ser considerado como presumivelmente racional, de qualquer forma entram apenas por razões morais (e éticas), mas acima de todos os programas e objetivos, que resultem de compromissos mais ou menos equitativos, assim como informações e previsões que surjam de discussões especializadas.

Uma formação da vontade coletiva levaria em seu favor a presunção de racionalidade na medida em que, em geral, poderia ser feito em formas discursivas. A ideia de Estado Democrático de Direito pode, então, ser entendida a partir da intenção de institucionalizar juridicamente os orçamentos e procedimentos de uma rede de argumentações e negociações diferenciadas de acordo com as classes de problemas.²⁵¹

²⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 131.

²⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **Aclaraciones a la Ética del Discurso**, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Psicolibro, 2000, p. 127.

²⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Aclaraciones a la Ética del Discurso**, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Psicolibro, 2000, p. 137.

Destarte, os objetivos coletivos devem ser analisados a partir da vontade alheia e tenta-se pacificar os interesses individuais com os interesses coletivos, que será o bom e o justo. Percebe-se, também, que a vontade coletiva passa a ter uma consistência institucional através do direito, numa transferência da moral para o direito, que será responsável, por meio do melhor argumento, de sanar as divergências entre os indivíduos.

4.5. A EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MORAIS NO CONCEITO DE DIREITO.

A ética na pós-modernidade enveredou por um caminho no qual o direito e a política tornaram-se as únicas instâncias legítimas para resolução de problemas e busca do sentido da vida humana.²⁵² A sociedade pós-moderna versa por uma visão filosófica da ética, que tenta através desta filosofia dar uma análise libertadora, isto é, antidogmática.

Segundo Cortina, “ética consiste na dimensão da filosofia que reflete sobre a moralidade, isto é, na forma de reflexão e linguagem acerca da reflexão e da linguagem moral, no que se refere ao que guarda a relação entre toda metalinguagem e a linguagem objeto”.²⁵³ A referida autora afirma que a moral prescreve a conduta de forma imediata e a ética proporciona um cânon mediato para a ação por meio de um processo de fundamentação moral. Dessa forma, a ética não pode confundir-se com o conjunto de normas e avaliações geradas no mundo social.²⁵⁴

Habermas entende a ética como uma ciência reconstrutiva, que implica numa ética discursiva como filosofia moral, decorrente do processo de fundamentação mediante argumentos reflexivos, encarregado de reconstruir os pressupostos fáticos da argumentação.²⁵⁵

Em relação ao conceito de direito, resgatam-se as palavras de Ferraz Júnior:

O direito, assim, de um lado, protege-nos do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, salva-nos da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados

²⁵² Cf. CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁵³ CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 27.

²⁵⁴ CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 27.

²⁵⁵ MARZÁ, Domingo García. **Ética de La Justicia**. J. Habermas y la ética discursiva. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível a uns poucos especialistas.²⁵⁶

Da ideia supracitada, constata-se que o direito embora proteja a sociedade do poder arbitrário também a torna refém dos especialistas, quando é um instrumento manipulável que implica em frustrações às aspirações dos menos favorecidos e permite dominação por uns mais privilegiados. Essa característica atribuída ao direito na segunda parte da citação afasta a justiça do conceito de direito, além de parecer ilegítimo.

Segundo Alexy: “quien quiera demostrar una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral desde esta perspectiva puede tratar de mostrar que en los procesos de creación y aplicación del derecho los participantes tienen, necesariamente, una pretensión de corrección moral”.²⁵⁷

Ou seja, na visão de Alexy, para haver conexão entre direito e moral, necessário se faz incluir no conceito de direito algum elemento da moral, posição a qual parece mais acertada. Ademais, no processo de criação e aplicação do direito é preciso que haja uma pretensão de correção moral.

El punto decisivo es que una pretensión de corrección está enraizada en la práctica del sistema de reglas y ésta se sostiene contra cualquiera. La pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho. La conexión entre derecho y moral se establece mediante allá. Ahora esto debe ser justificado. Si la justificación tiene éxito, entonces el positivismo fracasa en lo que favorable para ello, esto es, aquella compuesta por los conceptos de norma, observador y definición.²⁵⁸

Nesse sentido, Alexy conclui que o positivismo fracassa porque o conceito de direito trazido nesta ideologia exclui qualquer elemento que faça parte da moral. E a pretensão de correção é elemento necessário do conceito de direito, decorrendo daí uma conexão necessária entre o direito e a moral.

Cortina parte de uma classificação da ética em seis grandes gêneros: éticas normativas e descritivas; naturalistas e não naturalistas; cognitivistas e não cognitivistas. E, utilizando-se de

²⁵⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 09-10.

²⁵⁷ ALEXY, Robert. **Sobre las relaciones necesarias entre derecho y la moral**, p. 115 a 137. In: *Derecho y Moral*; Rodolfo Vásquez comp. Barcelona, Ed. Gedisa, 1998, p. 122.

²⁵⁸ ALEXY, Robert. **Sobre las relaciones necesarias entre derecho y la moral**, p. 115 a 137. In: *Derecho y Moral*; Rodolfo Vásquez comp. Barcelona, Ed. Gedisa, 1998, p. 127.

Kant, conclui que o cognitivismo “não é uma questão de verdade ou falsidade, mas de argumentação racional acerca da correção e da validade”.²⁵⁹

Para restringir o conceito de ética, necessário se faz conhecer o seu objeto e tratar não só da teoria, mas também da prática. Observe-se a afirmação de Cortina:

O objeto da ética são as normas, das quais, não se pode dizer que sejam verdadeiras ou falsas, mas sim se são corretas ou incorretas. E cabe argumentar racionalmente acerca de sua correção ou incorreção: se há um discurso teórico, também se faz necessário um discurso prático, que nos permite distinguir entre as normas válidas e as meramente vigentes.²⁶⁰

Trata-se de uma argumentação racional acerca da correção ou validade própria do cognitivismo, que é uma constante na ética discursiva. Da ética decorreram o direito e a moral, ao longo da história, desde a Grécia Antiga, tentou-se distinguir o direito da moral, como já tratado em capítulo anterior.

Segundo Machado Neto:

De um ângulo sociológico, poderíamos estabelecer ainda uma relação genética entre moral e direito, considerando que uma sociedade passa a conferir a nota de exigibilidade e a conseqüente imposição inexorável através da sanção organizada a toda exigência moral que se tenha tornado essencial à vida e ao equilíbrio do grupo.²⁶¹

Destarte, o supracitado autor conclui que o direito tutela o considerado pela sociedade como o mínimo moral imprescindível à sua sobrevivência, isto é, quando um costume deixa de ser apenas uma exigência moral e passa a ser considerado algo essencial para a vida do grupo, sendo a sanção garantia do seu cumprimento.

Deduz-se desse raciocínio que o direito e a moral se complementam na resolução de conflitos sociais. “Uma moral pós-convencional precisa de complementação jurídica porque não pode exigir o cumprimento das normas válidas, se os destinatários não têm garantia jurídica de que essas normas serão universalmente cumpridas”.²⁶² Ademais, o direito, por outro lado, também

²⁵⁹ CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010, p 45.

²⁶⁰ CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010, p 45.

²⁶¹ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Sociologia Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p.177.

²⁶² CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010. p. 170.

precisa de uma fundamentação ética, que, segundo Adela Cortina: “expressa em seu seio a ideia de imparcialidade instrumental”.²⁶³

Outrossim, tendo a ética no sentido clássico de uma doutrina da vida correta, no dizer de Habermas, uma dissonância das teorias da justiça e da moral em relação à ética não é aceitável. “As teorias da justiça desatreladas da ética, só podem esperar pela ‘transigência’ de processos de socialização e formas políticas de vida”.²⁶⁴ Destarte, para Habermas, isto não responde o porquê devemos nos orientar pelo bem-estar.

Ética, direito e moral influenciam diretamente na sociedade. O hábito das pessoas reflete nas regras jurídicas e morais. Ao tratar de ciências que interferem na sociedade, como é o caso da ética e do direito, afirma Durkheim:

[...]O hábito coletivo não existe apenas em estado de imanência nos atos sucessivos que ele determina, mas se exprime de uma vez por todas, por um privilégio cujo exemplo não encontramos no reino biológico, numa fórmula que se repete de boca em boca, que se transmite pela educação, que se fixa através da escrita. Tais são a origem e a natureza das regras jurídicas, morais, dos aforismos e dos ditos populares, dos artigos de fé em que as seitas religiosas ou políticas condensam suas crenças, dos códigos de gosto que as escolas literárias estabelecem, etc. Nenhuma dessas maneiras de agir ou de pensar se acha por inteiro nas aplicações que os particulares fazem delas, já que elas podem inclusive existir sem serem atualmente aplicadas.²⁶⁵

Nesse mesmo sentido, qualquer norma jurídica ou moral pode existir, mas não ser atualmente aplicada. Apesar disso, espera-se o cumprimento dessas normas para manter a harmonia na sociedade. Da mesma forma, a sociedade busca, no cumprimento dessas normas, ampliar a segurança, tendo o máximo de previsibilidade possível, ou melhor, esperável.

Durkheim também trata da relação entre moral e direito:

[...]No que concerne ao detalhe das regras jurídicas e morais, elas não teriam, por assim dizer, existência por si mesmas, mas seriam apenas essa noção fundamental aplicada às circunstâncias particulares da vida e diversificada conforme os casos. Portanto, o objeto da moral não poderia ser esse sistema de preceitos sem realidade, mas a idéia da qual decorrem e da qual não são mais que aplicações variadas. Assim, todas as questões que a ética se coloca ordinariamente se referem, não a coisas, mas a idéias; o que se trata de

²⁶³ CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.170.

²⁶⁴ HABERMAS, Juergen. **O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução de Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 7.

²⁶⁵ DURKHEIM, Emile. **As Regras do Método Sociológico**. [S.M.], [S.I.]. Disponível na Internet: < http://www.4shared.com/dir/KV1sUjaA/_online.htmlr>. Acesso em 09 de maio de 2012.

saber é em que consiste a idéia do direito, a idéia da moral, e não qual a natureza da moral e do direito considerados em si mesmos [...].²⁶⁶

Quando se trata de ideias éticas, verifica-se não haver preocupação com a coisa, mas sim, com a ideia do que a coisa consiste. A relação do direito com a moral é complementar e, muitas vezes, eles são confundidos ao longo da história. Entrementes, há estudos distinguindo o direito e a moral, dentro do espírito kantiano, conforme afirma Perelman: “o direito rege o comportamento exterior, a moral enfatiza a intenção, o direito estabelece uma correlação entre os direitos e as obrigações, a moral prescreve deveres que não dão origem a direitos subjetivos, o direito estabelece obrigações sancionadas pelo Poder, a moral escapa as sanções organizadas”.²⁶⁷

Contudo, Kant não conseguiu explicar a autonomia do direito, aduzindo uma subordinação deste em relação à moral. Por outro lado, Habermas, por meio do princípio democrático, consegue afastar essa ideia de subordinação do direito à moral sem, contudo, deixar de lado a relação complementar entre eles.

Embora sejam exploradas as diferenças entre o direito e a moral, percebe-se que são diferentes, mas não excludentes. Conforme se observa na explicação de Perelman, “[...] é normal que as regras jurídicas difiram das regras morais, mas tal divergência não se presume: é necessário explicá-las”.²⁶⁸ Acredita-se que esta diferença não exclua a complementaridade entre o direito e a moral. Até porque o normal é ter regras jurídicas conformes às regras morais. É o que se infere do aduzido por Perelman: “Mas a regra geral, ou pelo menos a presunção, é a conformidade entre as regras morais e as regras jurídicas”.²⁶⁹

Cortina aduz, ainda, ser a obediência ao direito um dever ético indireto.²⁷⁰ Na medida em que a relação entre direito e moral é complementar, é possível justificar moralmente a atuação (complementar) do direito, sempre que a moral se revelar insuficiente para disciplinar uma determinada conduta.

Ao tratar da teoria de Habermas, Cortina aduz que:

²⁶⁶ DURKHEIM, Emile. **As Regras do Método Sociológico**. [S.M.], [S.I.] Disponível na Internet: <http://www.4shared.com/dir/KV1sUjaA/_online.htmlr>. Acesso em 09 de maio de 2012.

²⁶⁷ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 298-299.

²⁶⁸ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 300.

²⁶⁹ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 305.

²⁷⁰ CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

[...] as éticas de bens e valores caracterizam em cada caso conteúdos normativos particulares. Suas premissas são demasiado fortes para fundamentar decisões universalmente vinculantes em uma sociedade moderna, caracterizada pelo pluralismo de crenças. Só as teorias da justiça e da moral construídas instrumentalmente prometem um procedimento imparcial para fundamentar e ponderar princípios.²⁷¹

Observa-se a importância da instrumentalidade das teorias da justiça e da moral, bem como a noção de ética procedimental, para se entender a complementaridade entre o direito e a moral na resolução de conflitos sociais, sem olvidar das autonomias de cada uma. A ética procedimental, na visão de Cortina, pretende se ocupar do *universalizável* no fenômeno moral. Além disso, “a ética procedimental, então, pode contar não apenas com procedimentos, mas também com *atitudes, disposições e virtudes*, motivadas pela percepção de um *valor*, em suma com um *éthos universalizável*”.²⁷²

Segundo Habermas, o papel do direito é perfeitamente compreensível como compensação dos déficits da realidade que capta necessariamente o critério moral.²⁷³ Portanto, percebe-se que há uma conexão entre o direito e a moral. Segundo Alexy: a base é formada pela pretensão de correção, sendo o sistema jurídico visto como um sistema de procedimentos, do ponto de vista a partir do seu participante. A explicação para esta afirmação no âmbito da teoria do discurso deixa claro que o direito tem uma dimensão ideal, conceitualmente necessária, incluindo o direito com uma moral procedimental universalista.²⁷⁴

Kelsen trata da relação entre direito e moral, concluindo pela possibilidade de muitas vezes a moral ser mais eficiente do que o direito na resolução de conflitos sociais, já que as censuras dos nossos pares são mais graves do que a sanção trazida pela norma jurídica, todavia ele não admite elemento moral no conceito de direito. Entretanto, essa censura e a sanção moral não parecem ser suficientes, nas sociedades complexas, na tarefa de resolução dos conflitos sociais, remetendo-se ao direito e à política esse mister.

Não precisa ter mais de uma pessoa para acontecer uma ordem moral, a regra moral esta ligada a um sentimento interno. É uma força de dentro para fora, não sendo superior a pessoa. Não pode impor com o uso da força a conduta moral, além de não ter uma

²⁷¹ CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 174.

²⁷² CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 223.

²⁷³ MARZÁ, Domingo García. **Ética de La Justicia**. J. Habermas y la ética discursiva. Madrid: Editorial Tecnos, 1992, p. 185.

²⁷⁴ ALEXY, Robert. **Sobre las relaciones necesarias entre derecho y la moral**, p. 115 a 137. In: *Derecho y Moral*; Rodolfo Vásquez comp. Barcelona: Gedisa, 1998, p. 133.

sanção para tal conduta, o comportamento ou a conduta imoral, deve ser, desaprovada, pelo próprio indivíduo. Apesar da provação ou desaprovação dos pares serem recebidas como recompensa ou castigos, representando por muitas vezes sanções, até mais duras e eficazes, com relação à norma.²⁷⁵

Kelsen exclui do conceito de direito qualquer outro elemento estranho a esta ciência. Logo, não há elemento ético ou político no seu conceito de direito. Trata-se, segundo Kelsen, de uma teoria positivista pura que sustenta a tese da separação entre direito e moral.

Radbruch também traz um conceito positivista de direito, segundo ele o direito é “um complexo de normas gerais, visando a vida de relação que é a vida dos homens”.²⁷⁶ Na sua distinção entre moral e direito, o autor citado aduz que a moral diz respeito à conduta interior e o direito exterior.

Por conseguinte, há que reconhecer que tanto a conduta exterior é susceptível de ser objecto de valorações morais, como a interior de ser objecto de valorações jurídicas. Não há, pode dizer-se, um único domínio da conduta humana, quer interior, quer exterior, que não seja susceptível de ser ao mesmo tempo objecto de apreciações morais e jurídicas.²⁷⁷

Destarte, concebe-se que até mesmo no positivismo, seja ele kelseniano ou não, pode haver a relação complementar entre moral e direito, isto é, mesmo se excluindo os elementos morais do conceito de direito, há essa complementaridade.

Como já havia dito acima, segundo Alexy, o positivismo falha ao não incluir a pretensão de correção no conceito de direito.²⁷⁸ Juristas não satisfeitos com a concepção positivista, estatística e formalista do direito, advogam a importância do elemento moral no funcionamento do direito, em especial nas noções cujo aspecto ético não pode ser desprezado.²⁷⁹ Logo, conclui-se como Calmon de Passos que “inexiste *pureza* no Direito”,²⁸⁰ seja por haver elementos ideológicos, políticos ou econômicos que coabitam com o jurídico ou pelo elemento moral.

Na verdade, o que se tem é uma relação complementar entre moral e direito. E onde a moral não seja suficiente para tutelar determinadas condutas, o direito deve atuar como forma de

²⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Justiça e Direito, p. 29.

²⁷⁶ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Armenio Amado, 1997, p. 93.

²⁷⁷ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Armenio Amado, 1997, p. 99.

²⁷⁸ ALEXY, Robert. **Sobre las relaciones necesarias entre derecho y la moral**, p. 115 a 137. In: Derecho y Moral; Rodolfo Vásquez comp. Barcelona, Ed. Gedisa, 1998.

²⁷⁹ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 299.

²⁸⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 66.

manutenção da harmonia social. Isto não exclui o fato de em determinados casos os fundamentos das regras morais divergirem dos fundamentos do direito e vice-versa. Mesmo em havendo sustentação de um conceito de direito destituído de elemento moral, é possível se manter essa complementaridade entre direito e moral. Porém, é preferível um conceito de direito que englobe elemento moral.

O resgate da ética kantiana, onde a autonomia e a autolegislação demonstram o caráter peculiar do homem, além de ter na boa vontade o fundamento para o realmente bom, mostrou-se fundamental para se demonstrar as diferenças, bem como a relação complementar entre moral e direito, apesar de não conseguir explicar a independência do direito em relação a moral, tarefa esta realizada por Habermas com base na ética discursiva.

Segundo Murgueza, apesar disso, a boa vontade não basta por si só como garantia de acertos morais, que, ademais, dependem dos nossos atos e suas consequências e não só de nossas intenções.²⁸¹ Todavia, sem a boa vontade kantiana não existiria a voz da consciência, que não se pode prescindir, sob pena de tornarmos inumanos. Todo homem é dotado de razão e deve recorrer a ela com o objetivo de iluminar sua vida.

A lei moral é intrínseca ao homem, contudo, nem sempre é suficiente na resolução de conflitos sociais. Nesse momento, deve o direito atuar para resolver esses conflitos e manter o equilíbrio na sociedade. Da mesma forma, ocorrerão casos em que a moral poderá ser mais eficiente do que o próprio direito na resolução de conflitos sociais, não sendo necessária a força própria do direito para coagir. Daí um dos aspectos da relação complementar entre o direito e a moral.

A teoria discursiva é o caminho para se alcançar a pretensão de igualdade e universalidade, que é base de uma ética procedimental. Verifica-se, então, a inevitável relação entre direito e moral, na qual há uma complementação de um com o outro na resolução dos conflitos sociais. Portanto, um conceito de direito que exclui elementos morais, afasta este da ética, devendo ser superado, já que essa é uma das falhas do positivismo. Sendo, dessa forma, o conceito de direito, composto por elemento moral no seu conteúdo, o mais adequado a ser adotado, apesar da independência do direito em relação à moral. Todavia, até mesmo nas teorias que apostam em conceitos puros do

²⁸¹ MURGUEZA, Javier. **El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal**, p. 208. In: Derecho y Moral; Rodolfo Vásquez comp. Barcelona: Gedisa, 1998.

direito, excluindo os elementos morais, há possibilidade de se inferir a complementaridade entre moral e direito.

4.6. RELAÇÃO COMPLEMENTAR ENTRE MORAL E DIREITO NA VISÃO DE HABERMAS.

Tratando da relação complementar entre moral e direito, Habermas aduz que “em conformidade com isso, o conceito de autonomia precisa ser delineado abstratamente para que possa assumir, não somente a figura do princípio moral, mas também a do princípio da democracia.”²⁸² Segundo ele, o conceito de autonomia servirá para esclarecer aspectos sob os quais as regras do direito distinguem-se das regras morais. “A partir daí os direitos humanos, inscritos na prática de autodeterminação democrática dos cidadãos, têm de ser interpretados *a limine* como direitos jurídicos, não obstante o seu conteúdo moral”.²⁸³

Na ideia supracitada, percebe-se que Habermas reafirma a relação complementar entre direito e moral, informando, inclusive, a existência de conteúdo moral no direito. Entretanto, a interpretação do direito não pode ser a mesma dada a moral, já que o direito possui independência em relação à moral, ou seja, possui outro fundamento.

Assim, o direito emerge como um mecanismo de compensação para a moral, a fim de compensar as deficiências que surgem hoje com a derrocada da eticidade tradicional. Neste contexto, a moral autônoma só se funda em motivos racionais e, com a passagem para níveis pós-convencionais de fundamentação, dá-se a separação entre a consciência moral e a práxis tradicional habitual.²⁸⁴

A relação entre o direito e a moral não é de subordinação do primeiro ao segundo, não existe tal hierarquia entre normas jurídicas e normas morais. “A idéia de que existe uma hierarquia de leis

²⁸² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.139.

²⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.140.

²⁸⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. Moral, Direito e Democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática. In MOREIRA, Luiz (org.) **Com Habermas, Contra Habermas**, pp. 145-176, São Paulo: Landy, 2004, pp. 160-161.

faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa *relação de complementação recíproca*”.²⁸⁵

Habermas insiste no contraste entre a capacidade mínima de eficiência na ação de uma moral racional pós-convencional, entendida cognitivamente, e as tarefas complexas de institucionalização discursiva do sistema do direito. Nesta situação, o direito pode desobrigar o indivíduo dos problemas da fundamentação racional de normas morais e de sua aplicação adequada às situações, ou seja, o direito complementa, na perspectiva da eficiência da ação, a moral racional radicada no saber, porque o direito estabelece igualmente no nível cultural e da sociedade, como tal, ele assume, em nossas sociedades, a função da integração social, antes exercida pela moral.²⁸⁶

O direito e a moral possuem distinções *prima facie*, embora tenham pontos em comum, isto acontece porque a moral não possui a obrigatoriedade institucional do direito, sendo o direito um sistema de ação e não apenas de símbolos.²⁸⁷ Segundo Habermas, as ordens jurídicas, embora complementem uma moral que se tornou autônoma, não suportariam o fato de haver uma relação de cópia entre o direito e a moral, isto é, não se podem interpretar os direitos fundamentais positivados na constituição como simples cópias de direitos morais. “Sob os pontos de vista normativos, isso equivale a dizer que a autonomia moral e política são co-originárias, podendo ser analisadas com o auxílio de um parcimonioso princípio do discurso”.²⁸⁸ Esse princípio deduz a possibilidade de se decidir racionalmente e imparcialmente questões práticas, sendo operacionalizados por regras de comunicação.

Ao tratar de regras jurídicas e morais afirma Descartes:

No que concerne ao detalhe das regras jurídicas e morais, elas não teriam, por assim dizer, existência por si mesmas, mas seriam apenas essa noção fundamental aplicada às circunstâncias particulares da vida e diversificada conforme os casos. Portanto, o objeto da moral não poderia ser esse sistema de preceitos sem realidade, mas a idéia da qual decorrem e da qual não são mais que aplicações variadas. Assim, todas as questões que a ética se coloca ordinariamente se referem, não a coisas, mas a idéias; o que se trata de saber é em que consiste a idéia do direito, a idéia da moral, e não qual a natureza da moral e do direito considerados em si mesmos.²⁸⁹

²⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.141.

²⁸⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. Moral, Direito e Democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática. In MOREIRA, Luiz (org.) **Com Habermas, Contra Habermas**, pp. 145-176, São Paulo: Landy, 2004, pp. 160-161.

²⁸⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.141.

²⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 142.

²⁸⁹ DESCARTES. René. **Regras para direção do espírito**. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 20.

A aplicação das regras jurídicas e morais implica existência de circunstâncias reais da vida. O que há é a ideia de direito e da moral, mas elas não devem ser consideradas em si mesmas.

“Em sociedades complexas, a moral só obtém efetividade em domínios vizinhos, quando é traduzida para o código do direito.”²⁹⁰ Dessa forma, constata-se a importância do direito, que se baseia no princípio da democracia, na efetivação de aspectos morais, o que gera um esvaziamento da ética, já que é preciso a força do direito para haver a efetividade da norma moral.

Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada - através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantido em seus pressupostos comunicativos. Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição *interna* de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização *externa* e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.²⁹¹

Das ideias acima descritas, percebe-se que o princípio da democracia é o responsável por afirmar se é possível ou não a institucionalização de uma política racional da opinião através de um sistema jurídico, que deve garantir igualdade aos seus participantes. Já o princípio moral diz respeito ao nível interno de argumentação. Logo, o princípio democrático está para o direito, assim como o princípio moral está para os costumes e a moral.

A legitimidade é discutida e explicada por Habermas, como motivos racionais que levam à obediência do direito. Dessa forma, conforme aduzido por Repolês, o princípio do discurso, ao somar-se com a forma do direito, implica no surgimento do princípio da democracia, este surge como o núcleo do sistema de direitos.²⁹²

Enquanto as normas morais regulam relações interpessoais de indivíduos insubstituíveis que se reconhecem numa comunidade concreta, as normas jurídicas regulam relações interpessoais e conflitos entre atores que se reconhecem como membros de uma comunidade abstrata, isto é, criada pelo direito.²⁹³

²⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 145.

²⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 146.

²⁹² Cf. REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 123.

²⁹³ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 147.

Habermas distingue a moral do direito e ratifica seu entendimento de complementaridade baseado nas constatações abaixo, senão veja-se:

Podemos constatar, pois, que o direito possui uma estrutura mais complexa que a da moral, porque: 1) desencadeia e, ao mesmo tempo, circunscreve liberdades de ação subjetivas (e a respectiva orientação por valores e interesses); 2) integra objetivos coletivos e regulamentações concretas, o que impede uma justificação apenas sob pontos de vista morais. Como alternativa para a subordinação do direito ao direito natural, recomenda-se abordar o direito positivo exigível como um complemento funcional da moral, pois ele *alivia* as pessoas que devem agir e julgar, tomando-lhes o fardo das exigências cognitivas, motivacionais e organizatórias de uma moral ligada à consciência subjetiva. O direito compensa, de certa forma, as fraquezas funcionais de uma moral que, encarada na perspectiva do observador, proporciona muitas vezes resultados indeterminados do ponto de vista cognitivo e inseguros do ponto de vista motivacional. A relação *complementar*, no entanto, não significa uma neutralidade moral do direito. Pois o processo legislativo permite que razões morais fluam para o direito. E a política e o direito têm que estar afinados com a moral – numa base comum de fundamentação pós-metafísica – mesmo que os pontos de vista morais não sejam suficientemente seletivos para a legitimação de programas do direito.²⁹⁴

Depreende-se do trecho acima transcrito que os elementos formadores da moral são frágeis e, por si só, não são capazes de manter certa segurança social esperada. Dessa forma, razões morais podem fazer parte do direito. O direito proporciona motivação e segurança à sociedade, pelas suas próprias características, das quais se destaca, em especial, a força estatal, responsável pelo cumprimento da lei, pelo medo de uma eventual sanção jurídica, bem como o procedimento que lhe garante segurança e imparcialidade. Apesar disso, não se exclui, também, o respeito ao direito por uma razão moral.

“As leis devem refletir não somente uma ordem legal, mas também uma ordem legítima, isto é, aceita por boas razões – isto é, ainda, para Habermas, razões que têm a ver com a razão prática, resultantes de processo de deliberação argumentada.”²⁹⁵ A legalidade e a legitimidade decorrem da facticidade e da validade, isto é, as sanções operacionalizadas pelo Estado implicam a legalidade, enquanto a legitimidade se fundamenta na validade normativa intersubjetivamente reconhecida.

O direito terá na teoria do agir comunicativo, baseado no princípio do discurso, em razão da modernidade, a solução dos problemas de dissenso, sendo a força estatal responsável pela coerção, que implicará no cumprimento das normas jurídicas. Nesse enfoque, o direito apresenta

²⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 313, posfácio.

²⁹⁵ DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2002, p. 141.

maior dinamismo do que a moral, por esta ser estática, contudo, é condição essencial à comprovação da legitimidade da norma jurídica faticamente.

A realização paradoxal do direito consiste, pois, em domesticar o potencial de conflito embutido em liberdades subjetivas desencadeadas, utilizando normas cuja força coercitiva só sobrevive durante o tempo em que forem reconhecidas como legítimas na corda bamba das liberdades comunicativas desencadeadas.²⁹⁶

Habermas substitui a razão prática pela razão comunicativa, dessa forma, o fundamento de validade do direito passa a ser a legitimidade, desenvolvida pela possibilidade, através do discurso, de viabilizar a democracia.

Ora, o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade. No entanto, é preciso saber de onde ele tira sua força legitimadora. A teoria do discurso fornece uma resposta simples, porém inverossímil à primeira vista: o processo democrático, que possibilita a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos, assegura um caráter discursivo à formação política da vontade, fundamentando, deste modo, a suposição falibilista de que os resultados obtidos de acordo com esse procedimento são mais ou menos racionais.²⁹⁷

O processo democrático, desenvolvido em processos legislativos, é responsável pela legitimação do direito. Já que ele aduz a possibilidade de utilização do discurso e argumentos para formação da vontade.

Quanto à relação entre direito e moral em Habermas, Dultra chega a seguinte conclusão:

Os processos jurídico e moral são separados, sendo que os produtos resultantes de ambos são relacionados como se a moral fizesse exigências conteudísticas àquilo que deveria resultar do procedimento jurídico. Ademais, os próprios produtos morais podem já entrar diretamente no procedimento jurídico, juntamente com outros argumentos. Esse é o sentido da complementaridade como explicitamente tratado em FG [1991], pois aí a moral exige positivação. Pode-se afirmar que se trata de uma complementaridade do ponto de vista do observador, segundo a qual o direito parece cumprir um papel funcional de suprir os déficits funcionais da moral.²⁹⁸

O direito é uma consequência da complexidade social, que deve se complementar com a moral, não sendo necessário eliminá-la do seu conceito. Devendo, inclusive, os elementos morais fazerem parte do conceito de direito. Isso implica num esvaziamento da ética, já que a moral, quando institucionalizada juridicamente, intenta ser tutelada pelo direito em busca da utilização das ferramentas jurídicas para solução dos problemas na sociedade.

²⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade.** V. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 325, posfácio.

²⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade.** V. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 308, posfácio.

²⁹⁸ DUTRA, Delamar José Volpato. Habermas e Weber: o modelo processual de moralização do direito ou como respeitar a autonomia da legitimidade do direito em relação à moral. In: Cadernos da EMARF, **Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.2, n.1, pp.1-120, abr./set.2009, p. 41.

Nesse contexto, questiona-se sobre: a legitimidade do direito implicar num procedimentalismo que não se importa com os possíveis conteúdos éticos do direito, bem como se não há mais importância da relação entre moral e direito?

4.7. O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE NO DIREITO CONTEMPORÂNEO.

O Estado moderno dispõe do monopólio da força, é estruturado pela burocracia e pelo formalismo jurídico, caracterizado por ser laico, todavia, não se pode designar uma ordem sem preocupação com critérios de justiça, destarte, cabe ao ordenamento jurídico prescrever condutas, mas, ao mesmo tempo, resolver os problemas de integração social de forma justa.²⁹⁹

Na visão de Habermas a legitimidade decorre do processo democrático e não simplesmente da legalidade e da coerção, como queria Weber.

O processo democrático carrega o fardo da legitimação. Pois tem que assegurar simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos de direito; e para formular adequadamente os direitos privados subjetivos ou para impô-los politicamente, é necessário que os afetados tenham esclarecido antes, em discussões públicas, os pontos de vista relevantes para o tratamento igual ou não-igual de casos típicos e tenham mobilizado o poder comunicativo para a consideração de suas necessidades interpretadas de modo novo. Por conseguinte, a compreensão procedimentalista do direito tenta mostrar que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação.³⁰⁰

Na ordem jurídica e estatal, a legitimidade deve ser entendida como consentimento e como obediência a princípios de justiça, não se prescindindo do Estado coercitivo nem da vinculação a princípios de justiça. “Dessa maneira, o caráter de juridicidade significa que embora prescreva condutas, o Direito torna-se mais legítimo na medida em que essas prescrições abram-se à revogabilidade toda vez que não puderem justificar-se”.³⁰¹ Infere-se desta ideia, a impossibilidade de haver uma ordem jurídica absolutamente legítima, isto é, um sistema incontestável de princípios de justiça, com cumprimento por parte dos cidadãos e consentimento unânime.

²⁹⁹ Cf. MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe. Introdução. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 10-17, São Paulo: Landy, 2003, p. 10.

³⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 310, posfácio.

³⁰¹ MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe. Introdução. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 10-17, São Paulo: Landy, 2003, p. 11.

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos têm como característica a positivação das normas, o que implica num direito codificado e obrigatório, que regulamenta o poder político. Esse ordenamento jurídico é formado por direitos subjetivos, no qual se inclui os direitos fundamentais. Na visão de Habermas, os direitos subjetivos reservam espaços legais abertos para atuação orientada pelas preferências dos sujeitos de direito, dessa forma, as pessoas são desobrigadas aos mandamentos morais.³⁰² Percebe-se, então, um minimalismo da ética em prol da razão, com forte base em Weber.

Weber aduz ser a legitimidade uma crença no dever-ser da norma, no caso do direito, ele está legitimado pela legalidade e pela probabilidade da coação, que gera a coerção. Destarte, infere-se que Weber advoga o procedimentalismo sem conteúdo, unificando poder e direito, sendo a coerção utilizada como sucedâneo do poder. Dessa forma, a legitimidade jurídica, nesse sentido, seria privada de conteúdo, por ser formal, remetendo ao procedimento de sua criação e à crença de que esse procedimento é legítimo.³⁰³

Todavia, os conteúdos éticos são importantes no momento de legitimação para o direito, não bastam meros procedimentos formais para legitimá-lo. Com efeito, embora Habermas adote o procedimentalismo e desvincule a moral da fundamentação dos direitos, ele não abandona a relação complementar entre a moral e o direito, nem advoga a prescindibilidade dos conteúdos morais no direito.

Daí a importância prática de os direitos fundamentais terem ou não fulcro na moral. Esses direitos não são meros mandamentos morais, mas direitos intersubjetivos, dotados de coerção e da legitimidade próprias do direito. “Enquanto direitos morais derivam de deveres recíprocos, as obrigações jurídicas derivam da limitação legal de liberdades subjetivas.”³⁰⁴

Segundo Ferraz Júnior,

O fundamento da legitimidade é sempre momento de força, *que procura justificar*, estando, pois, pelo menos implicitamente, referido a uma fundamentabilidade discursiva, isto é, possibilidade de que a posição normativa (definição da relação como autoridade/sujeito) seja justificável e defensável quando criticada, devendo-se notar,

³⁰² HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. Tradução de Claudio Molz. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 67-82, São Paulo: Landy, 2003, p. 68.

³⁰³ DUTRA, Delamar José Volpato. Habermas e Weber: o modelo processual de moralização do direito ou como respeitar a autonomia da legitimidade do direito em relação à moral. In: Cadernos da EMARF, **Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.2, n.1, pp.1-120, abr./set.2009, p. 23.

³⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. Tradução de Claudio Molz. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 67-82, São Paulo: Landy, 2003, p. 68.

porém, que essa referência implícita, por sua vez, não é consequência de si própria, mas de uma cosmovisão garantidora da dominação, numa palavra, ideologia.³⁰⁵

Destarte, percebe-se a busca pela força da autoridade de cunho interno e não externo, isto é, não seja a força reduzida a sanção, mas no nível de relato das normas. Assim, o discurso normativo não se fundaria na força, já que o uso justificado ideologicamente desta faria parte dele, como relato, sob a forma de sanção, ou seja, o discurso normativo legítimo tem o poder de violência referenciado implicitamente na cosmovisão ideológica.³⁰⁶

O procedimentalismo habermasiano implica num direito válido pela facticidade de promulgação deste direito pelo Estado, bem como pela legitimidade da posituação jurídica que se dá pelo procedimento racional. A subordinação do direito à moral não tem como se sustentar nas sociedades pluralistas, já que nelas houve um esvaziamento da ética.

A comunicação é base de toda a teoria habermasiana e nela se funda a legitimidade por meio da institucionalização jurídica da comunicação, senão observe-se:

A pressuposição de resultados legítimos precisa apoiar-se, em última instância, em um arranjo comunicativo, sendo, pois, tais discursos (e negociações) o lugar em que se pode formar uma vontade política racional. Por sua vez, como são necessárias para construir de modo racional a vontade do legislador político, a fim de que se possa garantir legitimidade, as formas de comunicação devem ser institucionalizadas juridicamente.³⁰⁷

A legitimidade do direito é hoje um dos temas mais discutidos no meio acadêmico jurídico-filosófico, busca-se alcançá-las por meio do próprio direito, evitando-se uma dependência dele com a moral. Nesse contexto, o procedimentalismo implica num conjunto de regras democráticas para se alcançar imparcialidade. Dessa forma, a racionalidade do discurso depende de regras exigidas pela situação comunicativa, isto se dá pelo compromisso de toda a comunicação, que se expressa na regra do dever de provar.³⁰⁸

Segundo Ferraz Júnior:

Isto explica a possibilidade de estruturas dialógicas, onde o comportamento questionador do ouvinte é ilimitadamente garantido e, ao mesmo tempo, para que a relação comunicativa não se rompa, é limitado pelas regras que asseguram o estabelecimento das

³⁰⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 288-297, São Paulo: Landy, 2003, p. 295.

³⁰⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 288-297, São Paulo: Landy, 2003, p. 295.

³⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. Tradução de Claudio Molz. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 67-82, São Paulo: Landy, 2003, p. 71.

³⁰⁸ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 288-297, São Paulo: Landy, 2003, pp. 289- 290.

ações linguísticas primárias, aquelas que, em virtude de um diálogo preliminar (que pode ser explícito ou implícito) foram admitidas como inatacáveis.³⁰⁹

Na teoria do discurso de Habermas, essas regras não implicam em exaurimento da dimensão de validade, tendo em vista que “o Direito seria uma instituição que dançaria entre a facticidade dos procedimentos, normas e decisões jurídicas e a idealidade presente em sua pretensão de aceitabilidade pelos sujeitos de Direito, co-autores livres e iguais do ordenamento jurídico”.³¹⁰

Essa legitimidade pelo procedimento provoca a autoridade das instituições jurídicas, que, embora sem conteúdo, gera uma aceitabilidade por parte da sociedade, isto é, uma aceitabilidade do direito e o cumprimento de suas normas. Na visão habermasiana, para haver legitimação é essencial a *cooriginariedade* entre os direitos individuais fundamentais e os direitos políticos fundamentais.³¹¹

Entrementes,

a única forma de garantia da legitimidade do Direito assenta-se em um princípio da democracia que integre a autonomia pública e privada dos sujeitos e a forma do Direito mediatizadas pelo princípio do discurso, que é o que pode garantir, em uma relação de complementaridade, iguais liberdades de ação subjetivas (autonomia privada) e o processo legislativo racional democrático-discursivo de formação intersubjetiva da opinião e da vontade (autonomia pública legítima).³¹²

Conclui-se, com Habermas, pela relação complementar entre moral e direito, bem como pela relação necessária entre o princípio do discurso e o princípio da democracia, sendo essencial a juridificação da liberdade comunicativa para se legitimar o direito. Destarte, o direito se condensa num ordenamento normativo, do qual todos os cidadãos livres e iguais podem participar do seu processo de construção, tendo suas normas baseadas no reconhecimento racional de suas prescrições, respeitando-se o direito não só por temor à lei, mas também em virtude da sua legitimação racional.

³⁰⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 288-297, São Paulo: Landy, 2003, p. 290.

³¹⁰ MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe. Introdução. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 10-17, São Paulo: Landy, 2003, p. 10.

³¹¹ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. Tradução de Claudio Molz. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 67-82, São Paulo: Landy, 2003, p. 72.

³¹² COSTA, Reginaldo da. Discurso, Direito e Democracia em Habermas. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 37-52, São Paulo: Landy, 2003, pp. 51-52.

5. IMPOSSIBILIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO MORAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONCEPÇÃO HABERMASIANA.

Diante da teoria discursiva de Habermas desenvolvida acima, seria a moral pilar para os direitos fundamentais? O objetivo deste capítulo é trazer uma reflexão sobre a possibilidade ou não de a moral servir de sustentáculo dos direitos fundamentais, bem como observar as características dos direitos fundamentais.

Tratar-se-á no tópico seguinte da definição dos direitos fundamentais e serão explicados alguns de seus conceitos para se chegar a uma definição de direitos fundamentais. No ponto posterior serão vistas as características dos direitos fundamentais e de como eles passaram de meros conselhos morais a normas constitucionais. *A posteriori*, será respondido se a moral é ou não fundamento para os direitos fundamentais e qual a consequência disto.

O direito e a moral se completam na resolução dos conflitos sociais, a moral atua no jogo interno de argumentação não precisando institucionalizar as decisões tomadas, já o direito necessita dessa institucionalização. Todavia, seria a moral esteio para os direitos fundamentais? Esse questionamento será respondido ao longo do texto, por meio de fundamento na teoria procedimentalista de Habermas e na sua obra “Direito e democracia: entre facticidade e validade”.

5.1. DEFINIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU CONTEÚDO ÉTICO.

Os direitos fundamentais estão em ascensão desde o fim do absolutismo e, em especial, após o declínio dos regimes nazifascistas, quando o positivismo jurídico resultou em descrédito do direito, em virtude das atrocidades ocorridas em nome da lei. O direito positivo entrou em crise e surgiu uma nova corrente

[...] jusfilosófica que está sendo chamada de pós-positivismo, que poderia muito bem ser chamado de positivismo ético, já que seu propósito principal é inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana. Percebeu-se que,

se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei.³¹³

Observa-se que os valores éticos voltam a impregnar o direito. Entretanto, embora o direito possa existir independentemente da moral, não é recomendável haver um direito afastado dela. Os direitos fundamentais possuem conteúdo ético e estão ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder.

“Além do conteúdo ético (aspecto material), os direitos fundamentais também possuem um conteúdo normativo (aspecto formal)”.³¹⁴ Segundo Habermas, “O conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica pelo fato de que *os conteúdos* das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam”.³¹⁵

No início do desenvolvimento dos direitos fundamentais, o papel de limitação da disponibilidade do poder do legislador era de extrema importância para que, ao longo desse desenvolvimento, as outras características se afluassem. A característica principal do conteúdo dos direitos fundamentais reside na dignidade da pessoa humana, que decorre da ética.

O conteúdo dos direitos fundamentais concentra-se na dignidade da pessoa humana. Essa dignidade, segundo Ingo Sarlet, consiste na

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os seres humanos.³¹⁶

Para se chegar a este conceito de dignidade da pessoa humana, Sarlet pesquisou suas origens desde Pico della Mirandola, que parte da racionalidade como qualidade do ser humano,

³¹³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 11.

³¹⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 19-20.

³¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade**. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 256.

³¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed.. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2006, p. 60.

responsável pela liberdade e independência para se traçar o destino, bem como em Kant, responsável pela guinada do pensamento filosófico e jurídico sobre esse tema.³¹⁷

A dignidade da pessoa humana é derivada do conceito de moralidade kantiana.³¹⁸ Com seu conceito lógico-filosófico ético, Kant foi responsável por retirar o caráter religioso da dignidade da pessoa humana e deu os fundamentos para os conceitos modernos. Sendo o contorno racional dado ao homem o que implica na dignidade da pessoa humana, já que o homem é um fim em si mesmo e não um meio.

Segundo Kant, a moralidade é a única condição capaz de fazer que um ser racional seja um fim em si, porque só mediante ela é possível ser um membro legislador no reino dos fins, isto é, autolegisador. Dessa forma, a moralidade e a humanidade, enquanto capaz de moralidade, são as únicas possuidoras de dignidade.³¹⁹

A dignidade da pessoa humana foi consagrada na modernidade em 1948, no artigo primeiro da Declaração Universal da ONU, segundo a qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.³²⁰ A dignidade da pessoa humana está prevista como fundamento da República Federativa do Brasil na Constituição de 1988.

Para Alexy, o conceito de dignidade humana é indeterminado e pode ser expresso por um feixe de condições concretas, que devem estar presentes ou não podem estar presentes para se garantir a dignidade da pessoa humana.³²¹ Ele aduz, ainda, que o Tribunal Constitucional Federal Alemão utiliza uma fórmula sobre a natureza humana, que implica na dignidade humana se basear na compreensão do ser humano como ser intelectual e moral, capaz de determinar e de se desenvolver em liberdade.³²²

³¹⁷ Cf. SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed.. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2006, pp. 30-43.

³¹⁸ Já explicado no ponto 2.3.

³¹⁹ Kant, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução, introdução e notas de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

³²⁰ Cf. SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed.. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2006, p. 44.

³²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.355.

³²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.356.

Diante do exposto, não há como se negar o conteúdo ético dos direitos fundamentais. Percebe-se a dignidade da pessoa humana como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, o conteúdo ético, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais estão, em regra, positivados na Constituição. Outrossim, os direitos fundamentais são normas, podendo ser direitos objetivos, subjetivos ou princípios.

Em tema de direitos fundamentais, considerados como normas, os efeitos jurídicos relevantes defluem diretamente das próprias normas que os consagram, havendo indisponibilidade tanto ativa quanto passiva em relação às situações jurídicas que se entendam constituídas a partir da interpretação das normas.³²³

Sendo o legislador ordinário o responsável por disciplinar o conteúdo dos direitos fundamentais. “A declaração de um conteúdo essencial destina-se, sim, ao legislador ordinário, pois é esse que, em sua tarefa de concretizador dos direitos fundamentais, deve atentar àquilo que a constituição chama ‘conteúdo essencial’”.³²⁴

Pode-se deduzir das diversas características inerentes aos direitos fundamentais o seguinte conceito:

[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam o ordenamento jurídico.³²⁵

Do conceito supracitado, entende-se que uma das características dos direitos fundamentais é ser direito positivado na Constituição, todavia, infere-se ser possível existir direitos fundamentais fora do texto constitucional (implícitos), desde que eles sejam considerados, por força da Constituição, isto é, normas dotadas de juridicidade potencializada. Além disso, os direitos fundamentais possuem dois aspectos: aspecto ético, limitação do poder e proteção da dignidade da pessoa humana; aspecto normativo, institucionalização e constitucionalização.

Para Robert Alexy, as “normas de direitos fundamentais são aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são enunciados

³²³ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 10.

³²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 24.

³²⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 20.

presentes no texto da Constituição [...]”³²⁶. A primeira vista parece que Alexy não se preocupa com a ideia de direitos fundamentais não previstos na Constituição, entretanto, ele questiona essa restrição e afirma ser possível a existência de direitos fundamentais ausentes das normas expressas na Constituição.

Alexy aduz que o conceito supracitado seria muito estreito e, para ampliar essa ideia, ele sustenta a possibilidade de existirem normas de direitos fundamentais atribuídas, para saber se uma norma de direito atribuída é norma de direito fundamental é preciso analisar a argumentação referida aos direitos fundamentais que essa norma sustenta.³²⁷

Alexy não advoga a tese de um sistema de direitos fundamentais fechado, ao contrário, “defende a existência de normas não diretamente enunciadas pela Constituição com conteúdo fundamental, que nomeia como ‘normas de direito fundamental atribuídas’”³²⁸. Dessa forma, percebe-se que Alexy busca ampliar a ideia de direitos fundamentais, não se restringindo ao catálogo constitucional. Pamplona, Barros e Branco explicam a diferença entre o catálogo constitucional de direitos fundamentais para Sarlet e para Alexy:

Tal, para Ingo Wolfgang Sarlet, corresponde à idéia de um catálogo constitucional de direitos fundamentais. O que varia, entre Sarlet e Alexy, é o grau de abertura conferida ao catálogo: mais amplo para o primeiro (Sarlet), mais restrito para o segundo (Alexy). Na realidade, o pensamento de Alexy pode ser elucidado a partir da concepção de que estes direitos podem ser divididos em dois grandes conjuntos, organizados de acordo com sua fonte jurídica, ou seja, tendo por fundamento os mecanismos e os meios pelos quais estas normas surgem ou se afirmam. O grupo inicial corresponde aos direitos “formalmente” fundamentais, estabelecidos a partir de opção legislativa, e o derradeiro aos direitos “materialmente” fundamentais, identificados como portadores de conteúdo que conecta a um valor fundamental.³²⁹

O conceito de direitos fundamentais utilizado por Ingo Sarlet é o seguinte:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da

³²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 65.

³²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 69-75.

³²⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARROS, Renato da C. L. de Góes; BRANCO, Mauricio de M. T. . **Fundamentação Material dos Direitos Fundamentais na Contemporaneidade**. Disponível na internet: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/fundamenta%C3%A7%C3%A3o-material-dos-direitos-fundamentais-na-contemporaneidade>>, acessado em 25 de setembro de 2013.

³²⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARROS, Renato da C. L. de Góes; BRANCO, Mauricio de M. T. . **Fundamentação Material dos Direitos Fundamentais na Contemporaneidade**. Disponível na internet: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/fundamenta%C3%A7%C3%A3o-material-dos-direitos-fundamentais-na-contemporaneidade>>, acessado em 25 de setembro de 2013.

Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).³³⁰

Trata-se de um conceito amplo, por outro lado, ele restringe a atuação do legislador infraconstitucional, no momento em que se afirma a retirada da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos. Entretanto, é preciso se ater ao fato de que não existem direitos absolutos. Ademais, a Constituição brasileira não disciplina a possibilidade de restrições e regulamentações a direitos fundamentais, como bem observa Virgílio da Silva.³³¹ Todavia, isso não implica na possibilidade de o legislador ter um cheque em branco para fazer o que deseja na regulamentação de direitos fundamentais.

Entretanto, não se pode esquecer o momento histórico em que se desenvolveram as primeiras noções de direitos fundamentais, isto é, no auge das revoluções burguesas, no século XVIII, quando o absolutismo estava sendo combatido. Dessa forma, “[...] a noção dos direitos fundamentais como normas jurídicas limitadoras do poder estatal surge justamente como reação ao Estado absoluto, representando o oposto do pensamento maquiavélico e hobesiano.”³³²

O Estado absoluto não permitia participação de todos nas tomadas de decisões políticas, cobrava tributos com carga elevadas para os súditos, privilegiava a nobreza e o clero. Consequentemente, surgiram as revoltas liberais e o movimento iluminista, que deram origem ao desmontamento do Estado democrático de direito. Os burgueses que detinham o poder econômico passaram a buscar o poder político. Os direitos de primeira geração ganham força, como o direito de liberdade e os direitos políticos.

Havia uma forte necessidade de proteção do povo contra os abusos do Estado. “[...] Um país verdadeiramente democrático deve possuir um mecanismo de controle do poder estatal para proteger os cidadãos contra o abuso e a opressão”.³³³ Do temor a esse Estado decorrem posições

³³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2010, p. 77.

³³¹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 25.

³³² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 37.

³³³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 39.

jurídicas afirmando que os direitos fundamentais retiram do legislador ordinário a disponibilidade absoluta sobre esses direitos.³³⁴

Habermas aduz a importância dos direitos fundamentais como “‘ordem estatutária’ que preveja para cada futuro societário um *status* de portador de ‘direitos subjetivos’”.³³⁵ A perspectiva de representação é internalizada pelo sistema de direitos, sendo essencial que este sistema possua precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, para se legitimar a convivência.³³⁶

Dessa forma, Habermas afirma a necessidade, para a obtenção do código jurídico, de três categorias de direitos fundamentais, que decorrem da aplicação do princípio do discurso:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*. Esses direitos exigem como correlatos necessários:
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.³³⁷

Observe-se que esses direitos não possuem conteúdo, mas condições de juridicidade de socialização horizontal, garantida aos participantes numa autonomia privada, sendo primados para a existência do próprio direito. Daí decorre um quarto direito fundamental, que possibilita participação como autor do direito e não só como destinatário.³³⁸

“(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo”.³³⁹ Esse quarto tipo de direito fundamental permite a participação dos autores na criação dos conteúdos concretos do direito.

³³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2010, p. 92.

³³⁵ DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2002, p. 138.

³³⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. V. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.158.

³³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. V. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.159.

³³⁸ Cf. DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2002, p. 138.

³³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. V. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.159.

Nesse sentido, os direitos políticos são a base para a liberdade e igualdade dos cidadãos, sendo considerados como “absolutamente fundados”, possibilitando a autonomia pública e privada, bem como a possibilidade de modificação da posição material com relação ao direito pelo cidadão.

Desses quatro direitos fundamentais, surge um quinto tipo, qualificado como “relativamente fundado”: “(5) Direitos fundamentais a condição de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”.³⁴⁰

Observa-se da teoria de Habermas que os direitos subjetivos e os direitos políticos de participação não precedem uns pelos outros, ou seja, são cooriginários, dessa forma, os direitos de participação e os direitos políticos propriamente ditos não são prioritários em relação aos direitos referentes à proteção das liberdades individuais.³⁴¹

Destarte, chega-se a seguinte definição sobre direitos fundamentais: são direitos de categoria constitucional, reflexos da dignidade da pessoa humana, logo, com conteúdo ético, que limitam a atuação estatal, bem como dos particulares e servem como parâmetro para o ordenamento jurídico pátrio.

A análise de Habermas dos direitos fundamentais tem como objetivo explicar a legitimidade do direito. Destarte, constata-se que o código jurídico é estabelecido pelos direitos a iguais liberdades subjetivas de ação, os direitos correlatos à associação e as garantias do caminho do direito.³⁴²

Os direitos fundamentais possuem características inerentes à sua categoria de direito constitucional. É o que se passa a analisar.

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. V. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.160.

³⁴¹ DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2002, p. 139.

³⁴² Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. V. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.162.

5.2. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Nó século XVIII as declarações de direitos eram ideais, todavia a partir do momento em que as normas constitucionais são dotadas de superioridade, os direitos fundamentais passam a ter eficácia de normas constitucionais e esses ideais passam a ser observados como obrigações a serem cumpridas.

“[...] Os direitos fundamentais eram muito mais orientações éticas do que propriamente imperativos de conduta”.³⁴³ Entretanto, com as ideias de rigidez constitucional, de supremacia da Constituição e de controle de constitucionalidade, o direito constitucional e os direitos fundamentais passaram a ser vistos como normas jurídicas e deixaram de ser meros conselhos morais facultativos.

O reconhecimento da supremacia formal e material dos direitos fundamentais gera três consequências práticas extremamente relevantes na aplicação do direito: em primeiro lugar, gera a inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais incompatíveis com os direitos fundamentais; do mesmo modo, provoca a não recepção das normas infraconstitucionais anteriores à promulgação da Constituição que não sejam compatíveis com o espírito dos direitos fundamentais; por fim, impõem a necessidade de reinterpretar as leis anteriores à Constituição, de modo a adequá-las aos novos parâmetros axiológicos estabelecidos pelo constituinte.³⁴⁴

Com efeito, os direitos fundamentais tornam-se balizadores do ordenamento jurídico, isto é, “qualquer ato de poder que seja incompatível com a ordem de valores imposta pelos direitos fundamentais poderá ser anulado, por inconstitucionalidade material, pelo órgão responsável pela jurisdição constitucional.”³⁴⁵

São direitos dotados de materialidade constitucional, além de serem cláusulas pétreas – núcleo imutável da Constituição Federal –, isto implica na impossibilidade de abolição dos direitos fundamentais pelo legislador, que pode regulamentar ou ampliar esses direitos, mas, jamais extingui-los.

Outra característica dos direitos fundamentais é a de serem direitos subjetivos.

³⁴³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 268.

³⁴⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 271-272.

³⁴⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 284.

Na verdade, não existe nenhuma realidade a que se refira o conceito de direito subjetivo. Cuida-se de uma figura conceitual dotada de historicidade, ou seja, não existe nenhuma essência a que ele deva necessariamente referir-se. É um conceito construído a partir das necessidades dos operadores do direito.³⁴⁶

Apesar de não haver a obrigatoriedade de se referir a alguma essência, é de se observar o caráter ético dos conteúdos dos direitos subjetivos. A necessidade dos operadores do direito não pode ser diferente das necessidades aclamas pela sociedade.

Sendo assim,

Pode-se então, provisoriamente, compreender os direitos fundamentais como direitos subjetivos, representando situações valoradas positivamente pelo ordenamento – aí entendido também e principalmente o momento de aplicação do Direito – dotadas de exigibilidade em face do Estado, a fim de que este conforme a realidade ao dever-ser jurídico, tutelando pretensões, faculdades, e imunidades dos indivíduos.³⁴⁷

Como direitos subjetivos, as pessoas podem exigir uma atitude por parte do Estado, o qual, dentre as possibilidades reais, tem o dever jurídico de atender as demandas referentes aos direitos fundamentais, além deles passarem a ser obrigatórios para a coletividade.

Esses direitos são dotados de eficácia e, logo, devem ser aplicados direta e imediatamente, isto é, mesmo que não haja lei regulamentando. “A atuação judicial pró-direitos fundamentais tem-se mostrado de suma importância para que esses direitos saiam do papel e alcancem alguma efetividade, pois o Parlamento e o Governo, por diversas razões, são incapazes de cumprir a contento os objetivos traçados na Constituição”.³⁴⁸ O cidadão não pode ficar a mercê do legislador, devendo o judiciário, na omissão deste e, desde que provocado, supra essa lacuna legislativa.

E a atuação do Judiciário se baseia na missão de analisar as possibilidades existentes. Segundo Saulo Casali Bahia:

O Judiciário possui a missão de distinguir, na ordem constitucional de um Estado, entre os conteúdos necessários, os conteúdos possíveis e os conteúdos impossíveis. Ao atuar no plano da possibilidade, faculta o possível, exclui o impossível, exige o necessário. A compreensão do que possa ser exigido, ou seja, do que seja necessário, é um campo aberto. Pode-se pensar que este campo ganha chance de ser preenchido ou definido pelo

³⁴⁶ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.132.

³⁴⁷ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p 146.

³⁴⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 346.

recurso ao princípio da eficiência, hoje colocado ao lado da legalidade, da moralidade, da publicidade e da impessoalidade como passível de controle pelo Judiciário.³⁴⁹

Outra característica dos direitos fundamentais é a sua eficácia horizontal, isto é, sua aplicação e extensão nas relações privadas. “[...] Os direitos fundamentais, por representarem um ‘sistema de valores’, possuem a capacidade de se irradiar por todo o sistema normativo, influenciando a interpretação jurídica nos diversos ramos do direito, inclusive nas relações privadas (entre particulares)”.³⁵⁰

Sendo assim, infere-se que os direitos fundamentais possuem como características: a supremacia por serem direitos constitucionais, a impossibilidade de extinção por serem cláusulas pétreas, a aplicabilidade imediata a toda a coletividade – por serem direitos subjetivos –, eficácia horizontal – aplicação entre particulares –, bem como a relatividade (já que não há direitos absolutos), além disso, possuem conteúdo moral.

Os direitos fundamentais evoluíram e ao longo da história passaram por gerações, sendo a primeira geração dos direitos fundamentais, reconhecida por evitar as opressões dos monarcas, isto é, marcada pelo direito à liberdade. Este direito era pleno e não exigia necessidade de atuação do Estado e sim de uma não atuação, um *non facere*.

Já a segunda geração, baseada nos direitos sociais, implicava numa atuação do Estado para se efetivar. O Estado precisaria de leis e orçamento para efetivá-los, daí denominarem-se direitos positivos, por supor um *facere*.

O ideal de justiça, no sentido de postulado da igualdade, *suum cuique tribuere*, isto é, daí a cada um o que lhe pertence, deve ser analisado sempre observando-se o todo, quando se trata de direitos fundamentais, que exigem recursos escassos do Estado. Tendo em vista o fato dos direitos constitucionais não se interpretarem em tiras, como dito por Eros Grau.³⁵¹

Escolhas trágicas que implicam em negação de direitos e podem redundar em grande sofrimento, são tomadas a todo o tempo, por juízes e gestores públicos em virtude da escassez de recursos. Para Habermas, “nem todos os direitos subjetivos valem de forma absoluta, porém cada direito

³⁴⁹ BAHIA, Saulo José Casali. **O Poder Judiciário e os Direitos Humanos**. Disponível na internet: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/aft_PODER%20JUDICIARIO%20E%20DIREITOS%20HUMANOS.pdf> Acessado em 04 de março de 2013.

³⁵⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 363.

³⁵¹ Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

coloca barreiras ao cálculo do proveito e dos custos na realização de fins coletivos, os quais se justificam, em última instância, a partir do princípio do igual respeito por cada um”.³⁵²

Não se deve esquecer que a ética é envolvida nos momentos das escolhas trágicas, não se levando em conta apenas os aspectos econômicos. Nesse mesmo sentido, Veljanoski afirma: “as opções também envolvem dimensões éticas e consequências políticas”.³⁵³ Por decorrência da influência da moral no direito, não se deve tomar essas decisões sem avaliar a ética. No capítulo seguinte, serão analisadas as ideias sobre a possibilidade de a moral ser fundamento dos direitos fundamentais.

5.3. A MORAL É ESTEIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

A moral e o direito complementam-se, onde a moral não seja suficiente para se evitar determinadas condutas, o direito deve atuar como forma de manutenção da harmonia social, todavia, não há subordinação do direito à moral. Mesmo em havendo sustentação de um conceito de direito destituído de elemento moral, é possível se manter essa complementaridade entre eles. Porém, é preferível um conceito de direito que englobe elemento moral, isto não afetaria a independência do direito.

Os direitos fundamentais diferem dos direitos humanos no que se refere ao âmbito de atuação, enquanto os primeiros estão previstos no ordenamento jurídico de um determinado país, em suas Constituições, os direitos humanos são de âmbito internacional e são previstos, em regra, em tratados e convenções internacionais, ou podem ser considerados como os direitos inerentes ao ser humano pelo simples fato de ser homem.

Cortina esboça a teoria dos direitos humanos, *racionalmente* fundada na ética discursiva, como uma das propostas iluministas atuais. Segundo Cortina, toda teoria dos direitos humanos leva a um trilema: “ 1) ou se trata de direitos imutáveis, derivados da natureza ou da razão; 2) ou podem identificar-se com exigências éticas originárias do conceito de dignidade humana; 3) ou são

³⁵² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 253.

³⁵³ VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do direito e da lei: uma introdução**; tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro. Instituto Liberal, 1994, p. 43.

estabelecidos no decorrer da história por desígnio do legislador”.³⁵⁴ A solução estaria no dualismo, base ética e mediação entre transcendentalidade e história.

A ética discursiva pode resolver o trilema se apresentado como: “ética procedimental, que pode mediar condições transcendentais e acordos fáticos, condições ideais e decisões reais. O positivismo jurídico estaria, assim, superado, sem se cair por isso em jusnaturalismo com conteúdo.”³⁵⁵ A ética procedimental, conforme se infere das ideias supracitadas, conseguiria resolver o problema dos direitos humanos superando o positivismo e o jusnaturalismo.

Segundo Habermas:

No entanto, quando pretendemos falar do direito apenas no sentido do direito positivo, temos que fazer uma distinção entre direitos *humanos* enquanto normas de ação justificadas moralmente e *direitos* humanos enquanto normas constitucionais positivamente válidas. O *status* de tais direitos fundamentais não é o mesmo que o das normas morais – que possivelmente têm o mesmo significado. Na forma de direitos constitucionais normatizados e de reclamações, eles encontram abrigo no campo de validade de determinada comunidade política. Todavia, esse *status* não contradiz o sentido universalista dos direitos de liberdade clássicos, que incluem todas as pessoas em geral e não somente todos os que pertencem a um Estado. Enquanto direitos fundamentais, eles se estendem a todas as pessoas, na medida em que se detêm no campo de validade da ordem do direito; nesta medida, todos gozam de proteção da constituição.³⁵⁶

A teoria discursiva do direito é procedimentalista e visa explicar as pretensões de validade do processo de entendimento do direito, baseada no princípio do discurso, que implica na necessidade de aprovação de todos os indivíduos envolvidos, para que se possa imprimir validade às normas.

Os discursos sugerem a possibilidade de se formar uma vontade racional,

a legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente³⁵⁷.

³⁵⁴ CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.243.

³⁵⁵ CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.245.

³⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 316-317.

³⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.138.

Ou seja, só por meio da comunicação se consegue legitimar o direito e, para isto, é preciso que haja institucionalização jurídica da comunicação. Sendo assim, a legitimidade do direito fundamenta-se na opinião dos pares por meio da comunicação e não simplesmente nas leis gerais.

O surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal, a não ser para os que partem da premissa de que o sistema do direito tem que ser representado como um processo circular que se fecha recursivamente, legitimando-se *a si mesmo*. A isso opõe-se a evidência de que instituições jurídicas da liberdade decompõem-se quando inexistem iniciativas de uma população acostumada à liberdade. Sua espontaneidade não pode ser forçada através do direito; ele se regenera através das tradições libertárias e se mantém nas condições associacionais de uma cultura política liberal. Regulações jurídicas podem, todavia, estabelecer medidas para que os custos das virtudes cidadãs pretendidas não sejam muito altos. A compreensão discursiva do sistema dos direitos conduz o olhar para dois lados: De um lado, a carga de legitimação da normatização jurídica das qualificações dos cidadãos desloca-se para os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente. De outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor.³⁵⁸

Habermas critica o sistema autopoietico de direito, tendo em vista a legitimidade não ser feita por ele (direito) mesmo num processo fechado. A liberdade é uma instituição jurídica fundamental na sociedade, já que a espontaneidade não pode ser forçada. E a legitimidade do direito se dá por meio da institucionalização dos procedimentos responsáveis pela formação do discurso da opinião e da vontade, que deve ser legitimado por uma liberdade comunicativa.

O conceito de direitos fundamentais tem, também, elemento moral, mas este não é suficiente, por si só, para basilar os direitos fundamentais, já que a moral e o direito são independentes. Para Habermas os direitos fundamentais são espécies de direito subjetivo, a existência de conteúdo moral não retira a sua qualidade jurídica e nem faz deles normas morais, já que as normas jurídicas possuem características que são conservadas independentemente da natureza das razões que fundamentem sua pretensão de legitimidade, pois elas devem esse caráter à sua própria estrutura e não ao seu conteúdo.³⁵⁹

Percebe-se que Habermas busca demonstrar uma nova justificativa para os direitos fundamentais. Trata-se da busca por um fundamento específico, isto é, que não seja baseado na moral. Ele consegue em sua teoria superar a ideia kantiana de que o direito fundamental se baseia na moral.

³⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.168.

³⁵⁹ Cf. JOSÉ, Caroline Lorenzon. **Aspectos Necessários e Relevantes para a Consolidação do Paradigma da Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas**. (dissertação de mestrado em Direito UNIVALI, apresentada em Itajaí em 2009). Disponível na internet: http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=719. Acessado em 22 de julho de 2013, p. 116.

Partindo de fundamentação pós-metafísica, Habermas vai além da redução do conceito de autonomia baseado na moral, decaindo, dessa forma, a função mediadora do princípio do direito kantiano, destarte, o conceito de autonomia esclarece aspectos que distinguem as regras do direito e da moral.³⁶⁰

Isso gera consequências na aplicação e interpretação das normas de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais devem ser interpretados, desde a origem, como direitos jurídicos intersubjetivos, independentemente de possuírem conteúdos morais. Destarte, os direitos fundamentais não são subordinados à moral, trata-se de decorrência da relação complementar entre direito e moral, que implica numa relação cooriginária e não de subordinação entre direito e moral.

Mas onde está a legitimidade de um direito fundamental positivo? Para Habermas, “certamente a fonte de toda legitimidade está no processo democrático da legiferação; e esta apela, por seu turno, para o princípio da soberania do povo”.³⁶¹ Destarte, constata-se uma conexão entre direitos fundamentais e a soberania popular.

Essa conexão interna entre soberania popular e direitos fundamentais surge de uma redefinição da autonomia, nesse sentido, os direitos fundamentais possuem a moral como parte de seu conteúdo, entretanto, a sua justificação não decorre da moral, mas sim do processo democrático institucionalizado juridicamente.

Como explicado ao longo deste trabalho, existe uma relação complementar entre o direito e a moral, no conceito de direito deve conter elemento moral. Entretanto, os direitos fundamentais não são meros conselhos morais e, embora eles possuam conteúdo ético, eles têm como seu fundamento específico, segundo Habermas, o princípio democrático. Com efeito, é preciso haver legitimidade na formação desses direitos fundamentais, logo, essa legitimidade deve ser embasada por meio da institucionalização jurídica.

³⁶⁰ COSTA, Reginaldo da. Discurso, Direito e Democracia em Habermas. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 37-52, São Paulo: Landy, 2003, p. 39.

³⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.122.

Sendo assim, necessária se faz com que haja impossibilidade do legislador agir contra os direitos fundamentais, já que eles garantem a manutenção da soberania popular e do exercício da autonomia política entre os cidadãos, e, por conseguinte, haja a legitimidade do direito.³⁶²

Habermas trata desse nexos interno concluindo o seguinte:

Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação - necessárias para uma legislação política autônoma - podem ser institucionalizadas juridicamente. O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política. As instituições normativas, que unimos aos direitos humanos e a soberania do povo, podem impor-se *de forma não-reduzida* no sistema dos direitos, se tomarmos como ponto de partida que o direito as mesmas liberdades de ação subjetivas, enquanto direito moral, não pode ser simplesmente imposto ao legislador soberano como barreira exterior, nem instrumentalizado como requisito funcional para seus objetivos.³⁶³

Destarte, é preciso haver uma institucionalização, por meio do direito, que garanta um cumprimento de determinadas regras, forçando o legislador a segui-las, independentemente de uma imposição moral. E isto ocorre em virtude do direito não ser uma mera interpretação moral ou da ética do povo, podendo impor-se pela sua legitimidade.

O direito é o responsável pela segurança que não é característica da moral. Para tanto, é preciso haver a institucionalização jurídica, condição formal para formação discursiva da opinião e da vontade na qual a soberania do povo assume a figura jurídica, substancializando, destarte, os direitos fundamentais.³⁶⁴

Quanto a moral ser esteio dos direitos fundamentais, infere-se que, embora ela faça parte do conceito de direito fundamental, inclusive, sendo um de seus conteúdos, o fundamento específico dos direitos fundamentais está no princípio da democracia e não no princípio moral. Ou seja, a moral não é o fundamento dos direitos fundamentais e sim parte de seu conteúdo.

A consequência disso é que os direitos fundamentais não podem ser vistos como meros conselhos morais, isto é, dentro da possibilidade de faculdade lícita de descumprimento, mas sim como direitos jurídicos subjetivos. Isso implica em outros questionamentos: os direitos fundamentais

³⁶² REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 112.

³⁶³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.138.

³⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.139.

limitam a Administração Pública? O Estado é obrigado a atuar segundo os direitos fundamentais? O Estado pode ser titular de direitos fundamentais?

5.4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Os direitos fundamentais, *a priori*, servem como limitadores do Estado, isto é, são proteção do cidadão contra o Estado, além de serem limitadores do poder.³⁶⁵ Dessa forma, os direitos fundamentais limitam a Administração Pública, bem como devem orientar a sua atuação. O que não exclui a legitimidade do Estado como titular de direitos fundamentais, nos casos em que sejam compatíveis, a exemplo das garantias processuais constitucionais.

Dessa forma, “[...] o Estado é obrigado a assegurar aos cidadãos pelo menos as condições mínimas para uma existência digna. É a chamada ‘teoria do mínimo existencial’”³⁶⁶. Todas as teorias que adotam a ideia de um núcleo essencial e absoluto advogam a tese da existência de um núcleo intransponível, que não pode ser reduzido em hipótese alguma.³⁶⁷

Nesse ponto é importante destacar a regulação e restrição de direitos fundamentais.³⁶⁸ A regulação pelo Estado é possível, desde que não haja restrições vedadas aos direitos fundamentais. Mas essa restrição implica em grande influência dos direitos fundamentais na Administração Pública, já que eles limitam a atuação estatal e a orientam.

Um dos deveres do Estado decorrentes dos direitos fundamentais é o de legislar. O legislador está obrigado aos limites dos direitos fundamentais, devendo regulamentá-los, mas só deve haver restrição quando esta não contrariar a essência dos direitos fundamentais regulados. Caso eles hajam contra os direitos fundamentais, decorrerá daí inconstitucionalidade material.

Já os que adotam uma teoria relativa, negam a existência de um mínimo existencial com contornos fixos e intransponíveis.

³⁶⁵ Sobre os direitos fundamentais das pessoas jurídicas de direito público. Cf. MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 253.

³⁶⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 348.

³⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 187.

³⁶⁸ Cf. Sobre a regulação e restrição dos direitos fundamentais. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 100.

Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.³⁶⁹

Destarte, o que é mínimo existencial varia de caso a caso não podendo haver uma definição prévia, já que todo direito é relativo, mas as prestações relacionadas ao mínimo existencial devem receber tratamento preferencial em relação às que não ostentem esse caráter.³⁷⁰

No que se refere à exigibilidade dos direitos fundamentais há:

Três grandes correntes: a dos que entendem serem exigíveis todos os direitos classificados pela constituição como fundamentais, a dos que entendem serem exigíveis apenas os direitos negativos, já que os positivos, por demandarem recursos, vigeriam sob a *reserva do possível*, a depender de mediação legislativa e a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao *mínimo existencial* que seria sempre exigível, quedando os demais direitos positivos sob a reserva do possível.³⁷¹

Observa-se que dois conceitos precisam ser esclarecidos para continuar a explicação, o de mínimo existencial e o da reserva do possível. “[...] o Estado é obrigado a assegurar aos cidadãos pelo menos as condições mínimas para uma existência digna. É a chamada ‘teoria do mínimo existencial’”³⁷². Já “a reserva do possível é uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afinal, sem dinheiro não há como realizar diversos direitos”³⁷³.

A obra *The Cost of Rights* demonstra que todos os direitos são positivos, que não existem direitos ou liberdades puramente privados, isto é, todo direito depende das instituições públicas e são custosos.³⁷⁴ Ou seja, do ponto de vista do Direito Econômico não existem direitos absolutos nem tem sentido a classificação em direitos positivos e negativos.

³⁶⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 196.

³⁷⁰ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 196.

³⁷¹ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez**. 2. ed. Editora Lumen Juris, 2010, p.35.

³⁷² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 348.

³⁷³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 356.

³⁷⁴ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.200.

Infere-se que “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”.³⁷⁵ Dessa forma, o Estado precisa atuar, por exemplo, na fiscalização, na manutenção da máquina administrativa ou na manutenção do judiciário.

Diante do exposto, infere-se que os direitos fundamentais limitam a atuação da Administração Pública, tendo em vista servirem como proteção do cidadão contra o Estado, bem como servem para balizar a sua atuação. Nesse sentido, os gestores da Administração Pública devem atuar em observância aos direitos fundamentais, bem como ao princípio da moralidade administrativa.

Neves alerta para o fato da ausência dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade implicarem na impossibilidade de existir uma esfera pública pluralista e sem condições de emergência de dissensos, sendo eles as regras preliminares ao jogo. “Sem se limitar à legislação, pode-se afirmar que os direitos fundamentais não relacionados imediatamente à organização e aos procedimentos (eleitoral, legislativo, jurisdicional e político-administrativo) são requisitos de legitimação procedimental no Estado Democrático de Direito.”³⁷⁶

A relação complementar entre direito e moral é bastante forte ao tratar dos direitos fundamentais. Nesse sentido, segundo afirmado por Silva, há argumento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de se vedar a utilização de direitos fundamentais para proteção de condutas ilícitas ou imorais.³⁷⁷

A institucionalização da ética no âmbito da Administração Pública decorre da relação complementar entre a moral e o direito, bem como pelo clamor da observância dos direitos fundamentais pelo Estado. Nesse panorama, desenvolveu-se o princípio da moralidade administrativa, na tentativa do legislador constitucional de ter uma administração baseada na ética.

Sendo assim, qual o papel dos códigos de ética? Eles reforçam o princípio da moralidade administrativa? Quando da aplicação de sanções decorrentes do descumprimento de normas morais há necessidade de observância do devido processo legal? Esses questionamentos fazem parte da análise do próximo capítulo.

³⁷⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez.** 2ª Ed. Editora Lumen Juris, 2010, p.39.

³⁷⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** 3. ed. Martin Fontes: São Paulo, 2012, p. 154.

³⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 99.

6. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Os princípios são normas de importância singular para a consagração de uma sociedade baseada no Estado Democrático de Direito. Outrossim, o princípio da moralidade é um dos meios utilizados pelo Estado para que o administrador público seja compelido ao dever de bem administrar.

A imagem mostrada pelas propagandas políticas nem sempre condiz com a realidade. A maioria das instituições mostra uma aparência ética, com frases, ideias, intenções, publicações, entrevistas, mas, na realidade, a ética serve mais como fachada publicitária. E isto é percebido pela atuação imoral vista nos atos dos gestores públicos, bem como pela revolta do povo brasileiro com o descaso e a impunidade.

A institucionalização da ética é um assunto que está na ordem do dia, mas é preciso empenho para que se concretize a contento. A positivação da ética por meio de códigos de ética não parece ser suficiente para o respeito à moral no âmbito público, mesmo se utilizando o direito para reforçar o seu cumprimento. Por outro lado, tem se percebido mais pontos positivos do que negativos na institucionalização da ética pelos códigos de ética.

A institucionalização da ética na Administração Pública brasileira é recente, surgiu no governo de Fernando Henrique com a criação da Comissão de Ética Pública em 1999 por decreto da presidência da república. Desde 2000 todos os nomeados a cargos de chefia e funções de confiança do poder executivo federal deveriam aderir ao código de ética no ato da nomeação. Isso ocorre pelo processo de democratização e pelo clamor público em ver a moralização da Administração Pública.

Sendo assim, questiona-se: para que servem os códigos de ética na Administração Pública? Nesse sentido, quais os aspectos marcantes da problemática da não aplicação do princípio da moralidade à Administração Pública? Códigos de ética resolvem e são suficientes para se respeitar à moral? Eles devem obedecer às regras constitucionais? É necessário haver tipicidade para se concluir pelo respeito à ética? Essas são algumas das questões que se pretende enfrentar neste capítulo.

Tratar-se-á na primeira parte do princípio da moralidade administrativa e sua relação com a institucionalização da ética na Administração Pública, abordando pontos essenciais sobre os princípios e sobre institucionalização da ética na Administração Pública.

A problemática aqui enfrentada é de grande importância social, sua resolução um desafio que se tenta instigar neste último capítulo. A relação da moral com o direito e a Administração Pública não pode ser esquecida, cumpre-se, dessa forma, um papel social ao trazer a baila esses temas.

6.1. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA.

O Brasil passa por uma crise em suas instituições, o povo tem ido às ruas para protestar, demonstrando sua indignação com o descaso e a impunidade. Levantam-se bandeiras com o objetivo de melhora nos diversos setores sociais negligenciados pelos políticos e gestores públicos. Nesse panorama se desenvolvem discussões acaloradas sobre a ética e sua falta na gestão pública.

A juridificação de normas morais é uma realidade no mundo moderno, objetiva-se, com isso, utilizar o direito para reforçar o cumprimento dessas normas, mas não deixa de ser uma tentativa de se fundamentar a ação do homem no direito.

O que seria institucionalizar? Vêm a calhar, neste momento, as ideias de Luhmann sobre institucionalização:

A institucionalização de expectativas sobre expectativas só pode estar voltada para o melhor aproveitamento de um mínimo em experiências simultâneas e sinônimas, distribuindo-as igualmente entre os significados e os momentos socialmente relevantes, tornando o consenso expectável e ativável caso necessário, mas principalmente expandindo as predisposições ao consenso, de tal forma que o ‘consenso social geral’ só precise ser coberto pela experiência atual de algumas pessoas, em alguns sentidos e em alguns momentos. Dessa forma, a função das instituições reside menos na criação e mais na economia do consenso, que é atingida, principalmente, na medida em que o consenso é antecipado na expectativa sobre expectativas, ou seja, como pressuposto, não mais precisando, em geral, ser concretamente expresso.³⁷⁸

³⁷⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, p. 80.

A expectativa da expectativa é a tradução luhmanniana para o imperativo categórico kantiano. E, através das normas jurídicas, as expectativas são estabilizadas e o sistema se mantém em virtude da sanção forçosa. Destarte, no momento em que a norma moral é transformada em norma jurídica, ela passa a ser, também, direito e com as características inerentes a este, sem deixar de ser norma moral.

Percebe-se que a moral e o direito são responsáveis por ações de correção das distorções que coloquem em risco as expectativas comportamentais institucionalizadas.

Esse sistema de comunidade abrange todos os domínios de ação especializados em realizações de integração – de um lado, práticas simbólicas que garantem solidariedade social (ritos, culto religioso, cerimônias nacionais, etc); de outro lado, instituições do segundo nível, que regulam conflitos de ação típicos (como a moral e o direito), entrando, pois, em ação no caso de distorções que colocam em risco a estabilidade das expectativas de comportamento institucionalizadas no primeiro nível. A moral e o direito representam assim uma espécie de seguro contra perdas (*Ausfallbürgschaft*) para as realizações de integração social de todas as demais ordens institucionais.³⁷⁹

A institucionalização tem o papel de permitir uma maior segurança, um consenso esperado pela sociedade. Segundo Luhmann, a institucionalização possui uma característica especial, “sua função reside em uma distribuição tangível de encargos e riscos comportamentais, que tornam provável a manutenção de uma redução social vivenciada e que dão chances previsivelmente melhores a certas projeções normativas”.³⁸⁰

Caso haja a institucionalização jurídica da ética por meio de uma norma de Direito Constitucional, essa norma passa a se tornar obrigatória como direito, com as garantias que lhes são inerentes. A lei moral é intrínseca ao homem, mas nem sempre é observada pelo direito, devido à independência deste em relação àquela.

Às vezes será necessário acrescentar determinados princípios éticos no catálogo dos direitos, sendo importante a positivação jurídica em virtude do interesse público. É o caso do princípio da moralidade administrativa. Segundo Alexy:

A transformação dos direitos do homem em direito positivo é somente então necessária, quando, no fundo, é necessário ter direito positivo. São três problemas que levam à

³⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 102-103.

³⁸⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, p. 81.

necessidade do direito: o problema do conhecimento, o problema da imposição e o problema da organização.³⁸¹

Na visão de Machado Neto, a moral faz parte do que está juridicamente facultado, ou seja, o descumprimento da norma moral não é um ilícito do ponto de vista do direito, todavia, como o direito é conduta e é cultural, nada impede que ele venha a regular matéria sujeita à moral, ou seja, haja uma conduta que, devido ao seu grau de relevância social, seja regulamentada tanto pelo direito quanto pela moral.³⁸²

A criação de uma lei em sentido lato, que preveja a possibilidade de punição de autoridades políticas que ajam de encontro à moral juridificada, tenta aproximar – o que para muitos parece ser impossível – a ética da política de uma forma positivada. Todavia, quando não há punição e impera a impunidade, parte dessa lei perde seu sentido, daí a importância de compreender a legitimidade do direito.

Através das normas jurídicas, as expectativas são estabilizadas, o sistema se mantém em virtude da sanção e da legitimidade do direito. Utilizando-se do raciocínio de Luhmann, as normas jurídicas são expectativas estabilizadas em termos contrafásicos que podem ou não ser cumpridas. A sanção moral nem sempre é suficiente na resolução de determinados conflitos sociais, sendo o direito legitimado para tanto.

Habermas aduz, “o direito é uma ordem legítima que se tornou reflexiva com relação ao processo de institucionalização. Enquanto tal ele forma o núcleo de um sistema de comunidade, que, por sua vez, é a estrutura nuclear da sociedade em geral”.³⁸³ O direito se tornou a forma mais legítima e eficaz na resolução dos conflitos sociais.

Dessa forma, a institucionalização jurídica da ética é consequência inevitável dessa relação complementar entre moral e direito. O esvaziamento da ética implicou na esperança da resolução dos conflitos morais por meio da política e do direito, únicos que parecem ter legitimidade para tanto na contemporaneidade. Sendo a institucionalização uma ferramenta para se buscar maior segurança na resolução desses conflitos, isto é, por meio da antecipação de consenso. Dessa

³⁸¹ ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 113.

³⁸² Cf. MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp.87-88.

³⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 103.

forma, o legislador constitucional incluiu no artigo 37 da Constituição Federal o princípio da moralidade.

Primeiramente, para tratar de princípios, necessário se faz a sua distinção entre as regras. No momento da aplicação percebe-se melhor essa distinção: as regras não precisam ser objeto de ponderação, os princípios precisam e devem ser ponderados. Ademais, as regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas, os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas. Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, aplica-se a regra do tudo ou nada.³⁸⁴ Quando dois princípios colidem os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso no caso concreto.

Ao tratar da diferença entre regras e princípios, Virgílio da Silva afirma: “no caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.”³⁸⁵ E Ávila advoga o seguinte: “o critério distintivo dos princípios em relação a regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão”.³⁸⁶

Essas normas têm aplicação e fundamentação que são distintas. Segundo Alexy:

Na fundamentação de uma norma trata-se de sua validade, e somente de sua validade, na sua aplicação, de sua conveniência, e somente de sua conveniência. A conveniência de uma norma somente pode ser determinada com vista a uma situação de aplicação determinada. Para comprovar se uma norma, em uma situação determinada, é conveniente, é necessário apreciá-la com vista a todas as características dessa situação e com vista a todas as normas que, alternativamente, entram em questão.³⁸⁷

No momento da aplicação pode haver um conflito normativo: “[...] um conflito normativo nada mais é que a possibilidade de aplicação, a um mesmo caso concreto, de duas ou mais normas cujas conseqüências jurídicas se mostrem, pelo menos para aquele caso, total ou parcialmente incompatíveis”.³⁸⁸ Esses conflitos são resolvidos de acordo com o tipo das normas conflitantes.

³⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

³⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 45.

³⁸⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 34-35.

³⁸⁷ ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 46.

³⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 47.

No caso de conflito normativo, este é “solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles”³⁸⁹.

Ávila defende a existência de uma terceira espécie normativa, isto é, os postulados, e os diferencia dos princípios com a seguinte explicação:

Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.

Outra característica importante é a normatividade, sem a qual os princípios possuiriam função meramente decorativa, caráter declaratório, desprovidos de eficácia ou efetividade. Os princípios são normas vinculantes, dotadas de efetiva juridicidade, como quaisquer outros preceitos na ordem jurídica. Os princípios e regras são espécies de normas e quando previstos numa constituição federal passam a ser *norma normarum*.

O princípio da moralidade administrativa é uma norma constitucional, prevista em seu artigo 37, que deve ser aplicado em conjunto com os outros princípios constitucionais. Ao ser previsto na Constituição Federal de 1988, esse princípio demonstra uma forte ligação entre o direito e a moral. Todavia, a exegese da norma contida no artigo 37 da Constituição Federal – que traz em seu caput o princípio da moralidade administrativa – nem sempre é observada pelo administrador público.

Nesse sentido, diante da necessidade de se efetivar o princípio da moralidade, intenta-se que se aja de forma a respeitar a ética na Administração Pública, embora a utilização da positivação da ética não seja a única solução, no Brasil, onde é preciso haver leis e duras sanções para se cumprir o óbvio, é importante a criação desses códigos de conduta para amenizar a situação atual de desrespeito à moral no âmbito da Administração Pública, até que a sociedade brasileira evolua ao ponto de se prescindir de leis para se cumprir o óbvio.

³⁸⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 51.

Destarte, os códigos de ética implantados no âmbito da Administração Pública brasileira são importantes para o fortalecimento do princípio da moralidade na gestão pública. O papel do princípio da moralidade na Administração Pública é a busca pelo resgate de uma segurança perdida na modernidade e garantir uma gestão pública mais ética. “O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes na sua conduta”.³⁹⁰

Entretantes, não se pode regredir quanto às conquistas constitucionais, nem ignorar o artigo 37 da Constituição Federal que previu expressamente o princípio da moralidade como um dos regentes da Administração Pública brasileira. Logo, é preciso encontrar uma forma de se atender aos novos anseios da sociedade e fazer valer na prática o princípio da moralidade, que não se confunde com a legalidade.

Com efeito, não se pode ignorar as discussões e a produção jurídica sobre o princípio da moralidade, muito menos sobre a institucionalização da ética na Administração Pública brasileira. A abordagem mais sistemática para estimular um comportamento ético é desenvolver uma cultura administrativa que crie uma ligação entre os padrões éticos e as práticas na gestão pública. Essa institucionalização dos padrões éticos começa com a compreensão da filosofia moral e é sustentada por mecanismos como a estrutura, códigos, programas de treinamento e comissões de ética.

Sendo assim, é preciso refletir se essas medidas são o caminho certo para se alcançar uma materialização da ética, convertendo as teorias filosóficas ligadas à moral em prática. Na visão de Habermas, ao se institucionalizar busca-se a segurança advinda do direito pela coerção jurídica.

Hodiernamente, não se concebe a salvaguarda de direitos sem uma interpretação hermenêutica compatível com os novos paradigmas axiológicos, apoiados, sobretudo, na constitucionalização do direito, presentes no esforço de reconstrução dos institutos peculiares ao direito público. Sendo os códigos éticos instrumentos para fortalecer o princípio da moralidade na Administração Pública.

Marília Muricy ao tratar do princípio da moralidade na Administração Pública afirma:

³⁹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 18.

Ao incluir o princípio da moralidade administrativa ao lado dos demais que integram o artigo 37 da Constituição Federal, o legislador constituinte grifou a íntima convivência entre o direito e a moral. Tal convivência mostrou-se resistente a todas as investidas do chamado positivismo jurídico, repelindo, desde o positivismo estreito dos comentaristas do código de Napoleão até a leitura arrevesada que alguns insistem em fazer da obra de Kelsen, afirmando ter ele negado qualquer ligação entre o direito e o mundo dos valores, o que constitui uma absoluta imprecisão.³⁹¹

Infere-se que essa relação entre o direito e a moral está longe de ser divorciada. Embora não haja subordinação de um ao outro, é inegável a relação complementar entre a moral e o direito. Além disso, ratifica-se o fracasso do positivismo em tentar afastar o direito da moral.

No que se refere ao princípio da moralidade é necessário esclarecer alguns pontos. Inicialmente, cumpre explicar que o princípio da moralidade não se confunde com o da legalidade, nesse sentido Hely Lopes de Meirelles se utilizando da arrematação de Hauriou afirma:

[...] E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos – non omne quod licet honestum est. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.³⁹²

Conforme se infere das palavras citadas acima, o princípio da moralidade é independente ao da legalidade. Nas palavras de Delgado, “enquanto o princípio da legalidade exige ação administrativa de acordo com a lei, o da moralidade prega um comportamento do administrador que demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria idéia do dever de exercer uma boa administração”.³⁹³

O princípio da moralidade é uma forma de responsabilização ética do administrador público para salvaguardar a superioridade da coerência material do sistema por meio do direito. Trata-se de uma positivação constitucional da moral, isto é, uma tentativa do legislador constitucional de inserir a ética na Administração Pública por meio de uma norma de direito, ou seja, pela

³⁹¹MURICY, Marília. **O Princípio da Moralidade Administrativa**. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/principio+da+moralidade+administrativa.html>> Acesso em: 19 out 2011.

³⁹²MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 79.

³⁹³DELGADO, José Augusto. **O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988**. BDjur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9917>>. Acesso em: 17 outubro 2011.

institucionalização jurídica da ética, com o objetivo de ampliar a segurança no cumprimento deste dever em razão do interesse público.

Outrossim, não se pode confundir o princípio da moralidade administrativa com o princípio moral, analisado no capítulo quarto. O princípio da moralidade do direito não se confunde com o princípio da moralidade da ética discursiva de Habermas, nem do princípio moral aduzido por Kant.

A valorização da ética como instrumento de gestão pública insere-se, por inteiro, no esforço de revitalização e modernização da Administração Pública. Ademais, este é um dos aspectos que falta para torná-la não só eficiente quanto aos resultados, mas também democrática no que se refere ao modo pelo qual esses resultados são alcançados.

Pela institucionalização da ética na Administração Pública busca-se reverter o crescente ceticismo da sociedade a respeito da moralidade da Administração Pública, além de resgatar e atualizar a noção de serviço público, o que abrange, inclusive, o dever de prestar contas do conteúdo ético do desempenho dos servidores, em particular os que têm responsabilidade de decisão.

6.2. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Percebe-se que devido ao histórico na Administração Pública “a idéia de moralidade administrativa nasceu vinculada a de desvio de poder”³⁹⁴, sendo este classificado em excesso de poder e desvio de finalidade.

Desvio de poder é o uso indevido que a autoridade administrativa, dentro de seu campo de discricionariedade, faz da potestas que lhe é conferida para atingir finalidade pública ou privada, diversa daquela que a lei preceituara. Desvio de Poder é o desvio do poder discricionário, é o afastamento da finalidade do ato. É a ‘aberratio finis legis’.³⁹⁵

Já o desvio de finalidade na lição de Hely Lopes Meirelles:

[...] os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a

³⁹⁴ LOPES, MAURICIO Antonio Ribeiro. **Ética e Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 36.

³⁹⁵ JÚNIOR, José Cretella. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2000. pp.176-177.

comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade.³⁹⁶

A Administração Pública, por meio de seus gestores, deve sempre respeitar as leis, os princípios e a Constituição Federal, não sendo a discricionariedade um cheque em branco assinado pelo povo para o gestor fazer o que bem entende do erário.

A discricionariedade não implica – e bem o diz Diogo Figueiredo de Moreira Neto – em transportar para o direito público o princípio da autonomia da vontade da Administração. Trata-se, com ela, de bem gerir as necessidades de integração da lei, buscando, entre as várias possibilidades, nela contidas, de individualização da decisão administrativa, a alternativa mais consonante com o interesse público.³⁹⁷

O gestor não está acima do ordenamento jurídico nem dos princípios que regem a Administração Pública, muito menos da moral. Não se pode conceber uma boa Administração Pública regida com excesso de poder e desvio de finalidade.

Segundo o Supremo Tribunal Federal:

O princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.³⁹⁸

Igualmente, percebe-se que a influência da positivação da norma para se institucionalizar a ética não parece ser suficiente para resolver esse problema social. Cossio, ao afirmar que o direito não é só a norma mas também conduta, aduz a ineficiência da norma, por si só, na resolução dos problemas sociais, quando afirma que se as determinações criadas pelo legislador fossem o direito positivo, bastaria se proibir o homicídio para acabar com ele.³⁹⁹

A criação de leis em seu sentido lato é ou não suficiente para se fortalecer a atuação moral na Administração Pública? Não parece ser suficiente a criação de norma, em seu sentido lato, para se resolver os problemas sociais éticos. No caso das leis, estas podem até funcionar como reflexo

³⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed. atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p.81.

³⁹⁷ MURICY, Marília. **O Procurador do Estado e a ética profissional**. Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado. Ano 1, nº 1 Set. 2001 Porto Alegre: Metrópole. p, 135.

³⁹⁸ Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.661-MC**, Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 5-6-2002, Plenário, DJ de 23-8-2002.

³⁹⁹ Cf. COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954, pp. 77-78.

da vontade da maioria, mas não servem para efetivar as políticas públicas, se não houver fiscalização, não se garantir seus cumprimentos e não houver sanções aos descumpridores.

Sobre a realidade brasileira no contexto de normatização e formalização, adverte Marília Muricy:

Vivemos, no Brasil, uma maré de escândalos, que não poupa nenhum dos poderes da República. Que nos ajudem todos os deuses a vencê-la, pelo caminho da solidificação da prática democrática. Que o bom senso prevaleça. O peso da normatização, hoje tão expressivo no Brasil, não pode gerar em nós a falsa impressão de que é o recurso às instâncias formais o responsável único e privilegiado pela solução de nossos problemas. Não obstante a indiscutível relevância do direito como modo de ação social, não façamos dele um instrumento de nossa dor acumulada, tentando usá-lo como arma cada vez mais letal e de longo alcance.⁴⁰⁰

Embora não pareça ser suficiente, os códigos de ética demonstram a preocupação do político em reforçar o princípio da moralidade administrativa, sendo instrumento útil para se demonstrar que há, pelo menos em tese, a busca de uma gestão pública mais próxima da moral, preservando, dessa forma, o interesse público. Destarte, questiona-se: pode se obrigar a agir moralmente?

A institucionalização da ética na Administração Pública tem ocorrido por meio de decretos, mas isto não implicará, necessariamente, na resolução dos problemas morais na Administração Pública, por outro lado, a moral não tem se mostrado suficiente na resolução desses conflitos. Daí a importância do direito, na sua relação complementar com a moral, tutelar a moralidade no âmbito da Administração Pública.

Nesse sentido, a não observância da moral, prevista no código de ética instituído por decreto ou por lei, pode ser cobrada e é possível até previsão de sanções jurídicas pelo seu descumprimento. Não se pode obrigar as pessoas a agir moralmente, mas pode obrigá-las a deixar o cargo que exerce no âmbito da Administração Pública, seja por atendimento ao clamor público, seja por processo administrativo por descumprimento de um dever moral que passou a ser dever jurídico.

Já que não é possível se obrigar a agir moralmente, qual a função do código de ética institucionalizado no âmbito da Administração Pública? Além disso, questiona-se, deve haver obediência à Constituição por parte desses códigos de ética, bem como deve se obedecer ao princípio da tipicidade, que é próprio dos direitos sancionadores? Antes de responder esse questionamento, percebe-se a importância de criar uma classificação da institucionalização da ética.

⁴⁰⁰ MURICY, Marília. **O Princípio da Moralidade Administrativa**. Disponível em: < <http://terramagazine.terra.com.br/interna/principio+da+moralidade+administrativa.html>.> Acesso em 19 out 2011.

Existe a possibilidade de institucionalização da ética forte ou fraca. Explica-se: a institucionalização fraca é aquela na qual a norma ética não passa a ser norma de direito, é apenas norma moral institucionalizada; já a institucionalização forte seria a que a norma moral é transformada em norma de direito sancionador, por exemplo, Direito Administrativo ou Direito Penal. Essa classificação implica em uma série de fatores quanto ao respeito ou não às normas constitucionais.

Quanto à obediência à Constituição Federal pelos códigos de ética institucionalizados, entende-se que deve haver, no que for pertinente e compatível, até porque o princípio da moralidade administrativa decorre dela, sendo ela, inclusive, impregnada de valores éticos, como se infere da dignidade da pessoa humana erigida pelo constituinte a seu fundamento.

A Constituição permite decisões coletivamente obrigatórias, por instituir um código de poder, sendo o direito o *médium* por meio do qual o poder comunicativo se torna poder administrativo.⁴⁰¹ Habermas quer mostrar com isso a importância do discurso para se alcançar uma aceitabilidade racional no Estado democrático de direito.

No momento em que há a institucionalização jurídica da ética, é preciso se respeitar o devido processo legal? Esse questionamento parece ser de fácil solução, mas não o é, a primeira vista, pensar-se-ia que a resposta correta seria sim, todavia, é preciso levar em conta alguns aspectos relevantes.

Há casos em que deverá haver respeito ao devido processo legal, quando se tratar de institucionalização forte, isto é, se a sanção decorrente tiver cunho jurídico, ou seja, penal, civil ou administrativo. Não só porque determinadas as sanções decorrentes do desrespeito à moral institucionalizada passam a ser sanções jurídicas, mas, também, pela necessidade de se ouvir a versão do interessado, bem como para manter a legitimidade do procedimento.

Todavia, quando a sanção tiver apenas cunho moral, no caso da institucionalização fraca, não se faz obrigatório o formalismo jurídico. Há, nesse sentido, possibilidade de flexibilizar o devido processo legal quando não houver aplicação de sanção jurídica. Em geral as comissões de ética apenas sugerem determinadas sanções, não sendo elas responsáveis pela sua aplicação.

⁴⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 190.

Destarte, quando houver aplicação de sanção apenas moral não deve haver a rigorosidade do devido processo legal no procedimento que conclui pela sanção dessa natureza. Afinal de contas, viu-se que é impossível se obrigar uma pessoa a agir moralmente, todavia, o mesmo não acontece quanto ao direito que pode se utilizar da força do Estado para se obrigar a cumprir determinada conduta para restabelecer ao *status quo ante*.

Exemplifica-se: determinado servidor público foi denunciado por fazer chacota do seu chefe em público, por meio de entrevista num telejornal, em decorrência desse fato foi aberto procedimento de investigação da sua conduta no âmbito da comissão de ética do órgão no qual trabalha, a comissão após ouvir o servidor, concluiu que ele descumpriu norma moral. Todavia, o servidor sentiu-se prejudicado por entender que não houve devido processo legal, por falta da formalidade de uma audiência para oitiva de testemunhas a qual ele requereu. Nesse caso, percebe-se que o devido processo legal pode ser flexibilizado, já que houve apenas sanção de cunho moral por parte da comissão de ética e não houve sanção jurídica. Além de o fato ter sido transmitido em cadeia nacional, sendo fato público e notório.

O objetivo da comissão de ética não é punir, mas sim educar e prevenir. Quando houver uma ação apurada não só como antiética, mas também como ilícito jurídico, a comissão de ética tem o dever de informar às autoridades competentes para apurá-las. Destarte, não tem sentido o poder judiciário anular alguma decisão de sanção moral por desrespeito ao devido processo legal no caso acima citado.

Entretanto, caso a sanção seja, por exemplo, a demissão a bem do serviço público, deve-se sim haver devido processo legal, bem como a observância de toda a Constituição Federal, já que nesse caso houve uma institucionalização forte da ética e além de haver um descumprimento de dever moral, também houve descumprimento de dever de Direito Administrativo.

Destarte, não tem sentido a aplicação rígida dos limites próprios do direito para sanções simplesmente morais. Há mais flexibilidade, inclusive na aplicação da Constituição Federal, em especial, quanto ao devido processo legal, nos procedimentos éticos de averiguação de descumprimento de suas normas, quando se tratar de institucionalização fraca da ética. A influência da Constituição Federal nos códigos de ética é diferente da influência dela nas leis jurídicas, tendo em vista a própria diferença das normas e sanções jurídicas e das normas e sanções morais, já que as últimas não possuem mecanismos para forçar o seu cumprimento.

Quanto à tipicidade, parece ser complicado tipificar o que é moral ou imoral, destarte, não se deve obedecer a este princípio próprio do direito sancionador, tendo em vista a possível inviabilidade do código de ética, isto no caso da institucionalização fraca.⁴⁰² Todavia, nada impede que o código de ética explique determinadas situações como sendo éticas ou antiéticas, a título de exemplo. Ao exemplificar o que é ético ou antiético não quer dizer que o que não esteja previsto no código seja permitido moralmente.

No caso da institucionalização forte, em que a conduta implicar descumprimento à norma moral e à norma jurídica sancionadora, deve sim haver a tipicidade. Já que está a se falar de um direito sancionador e não de descumprimento simples de normas morais, isto é, ingressa-se no âmbito do ilícito jurídico, do que não está juridicamente facultado, mas sim proibido.

Ao se institucionalizar a ética no âmbito da Administração Pública, há um propósito muito maior do que simplesmente tipificar condutas como morais ou imorais. Não se nega a possibilidade de aumento da contenciosidade, mas a codificação implica numa série de vantagens enumeradas por R. Danovi⁴⁰³, a título de exemplo: a possibilidade de introdução de normas de salvaguarda final para eliminar possíveis lacunas; a possibilidade das normas deontológicas serem vistas como normas jurídicas; a eficácia preventiva; a garantia da certeza das normas e afirmação da existência do poder disciplinar.

Além disso, a adoção de um código de ética para a Administração Pública reflete o atendimento ao clamor social, decorrente do processo democrático, bem como traduz um compromisso institucional com a excelência do serviço público, servindo como mecanismo de fortalecimento da legitimidade do Estado.

A sociedade deposita no Estado a sua legitimidade para regulamentar o que é mais importante para os cidadãos. A institucionalização da ética implica a importância do princípio do discurso para a aceitabilidade racional das normas, Habermas explica:

⁴⁰² Em sentido contrário, Nalini, ao tratar da implantação de códigos de ética para empresas, afirma que ao se elencar condutas antiéticas em um código há um risco de que tudo que não estiver exatamente tipificado passar a ser eticamente permitido. (Cf. NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 309). Todavia, não há como se esgotar as condutas éticas e antiéticas, além do mais, o código de ética não serviria apenas como um tipificador de condutas. O fato do código de ética não permitir a entrada numa repartição pública trajando roupas de praia não implica em permissão a se ingressar de sunga ou biquíni.

⁴⁰³ R. Danovi, *Saggi sulla deontologia e professione forense*, Milano, 1987, pp. 47-48, apud Cf. NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 442-443.

O princípio do discurso tem inicialmente o *sentido cognitivo* de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho tem a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o *sentido prático* de produzir relações de entendimento, as quais são "isentas de violência", no sentido de H. Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas da intersubjetividade intacta. E esse cruzamento entre *normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder* é possível, em última instância, porque no agir comunicativo os argumentos também formam motivos. Tal cruzamento se faz necessário, porque comunidades concretas que desejam regular sua convivência com os meios do direito não conseguem separar as questões de regulamentação de expectativas de comportamento das questões referentes á colocação de fins comuns, o que seria possível numa comunidade idealizada de pessoas moralmente responsáveis. As questões políticas distinguem-se das morais.⁴⁰⁴

As normas jurídicas são expectativas estabilizadas em termos contrafáticos que podem ou não ser cumpridas. Destarte, o tratamento de normas morais pelo direito não implica necessariamente no seu cumprimento. Entretanto, espera-se o seu cumprimento, precisando haver fiscalização e punição dos infratores para fortalecer o sistema jurídico.

6.3. DEMONSTRAÇÃO CASUÍSTICA: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA NO MUNICÍPIO DE SALVADOR, COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE ÉTICA DA ALTA ADMINISTRAÇÃO.

A institucionalização da ética é assunto fundamental na Administração Pública brasileira, o Município de Salvador atendendo aos princípios que regem a Administração Pública, em especial a moralidade, instituiu o Código de Conduta da Alta Administração Municipal, Decreto 23.738/2013, publicado no Diário Oficial do Município em 03 de janeiro de 2013, logo no início da gestão do prefeito eleito para o mandato de 2013 a 2016.

O direito e a moral se complementam conforme já foi afirmado, embora não se confundam e não haja subordinação de um ao outro. Eles corroboram para a resolução de conflitos sociais. Dessa forma, ao confeccionar um código de ética, o gestor intenciona a observância da moral no âmbito da Administração Pública municipal em razão do interesse público.

⁴⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.191.

Tratar-se-á ao longo deste tópico de comentar os dispositivos do Código de Conduta da Alta Administração Municipal, Decreto 23.738/2013, que nada mais é do que um código de ética para o alto escalão da Administração Pública do Município de Salvador.

A relação da moral com o direito e a Administração Pública não pode ser banalizada, destarte, ao se instituir um código de ética, demonstra-se, ao menos em tese, a preocupação por essa temática no seio da cúpula da gestão pública municipal de Salvador.

6.3.1 A ementa do Decreto 23.738/2013 e o princípio da moralidade.

Antes de ingressar nos comentários aos dispositivos do Decreto 23.738/2013, cumpre analisar a sua ementa:

O PREFEITO DO MUNICÍPIO DO SALVADOR, CAPITAL DO ESTADO DA BAHIA, no uso de suas atribuições, tendo em vista os princípios constitucionais que informam a Administração Pública e considerando que o exercício dos cargos, empregos e funções públicas, especialmente daqueles componentes do alto escalão, deve ser pautado na ética da honestidade, decoro e compromisso com o interesse público, corolário do bem comum.

O que é uma ementa e qual o seu objetivo num decreto? Ementa vem do latim *ementum*, quer dizer pensamento ou ideia, no caso em tela é um termo aplicado para indicar o fim a que se objetiva o decreto, para que se faça e se execute o ato nela lembrado. Trata-se de um resumo das intenções do subscritor.

Destarte, percebe-se que a ementa traz um resumo das ideias inseridas ao longo dos dispositivos do decreto. Primeiramente, tem-se a autoridade competente, o prefeito do Município do Salvador, em seguida o fundamento do ato, “os princípios constitucionais que informam a Administração Pública”.

Esses princípios estão elencados no artigo 37 da Constituição Federal: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Embora haja vários princípios contidos no dispositivo supracitado, destaca-se o princípio da moralidade, intenta-se com ele respeitar a moral na Administração Pública, conforme já explicitado acima. Percebe-se, destarte, que o Decreto em comento visa à aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa no âmbito da Administração Pública do Município, bem como uma resposta ao clamor do povo pela observância da ética e pela democratização.

A abordagem mais sistemática para estimular um comportamento moral é desenvolver uma cultura administrativa que crie uma ligação entre os padrões éticos e as práticas na gestão pública. Essa institucionalização dos padrões éticos começa com a compreensão da filosofia moral e é sustentada por mecanismos como a estrutura, códigos, programas de treinamento e comissões de ética.

A valorização da ética como instrumento de gestão pública insere-se, por inteiro, no esforço de revitalização e modernização da Administração Pública. Ademais, este é um dos aspectos que falta para torná-la não só eficiente quanto aos resultados, mas também democrática no que se refere ao modo pelo qual esses resultados são alcançados.

Outro termo que merece explicação é o decoro. O decoro, neste caso, é a expectativa que se tem em relação aos servidores públicos do alto escalão de uma atuação individual exemplar. Seguem alguns exemplos de condutas contrárias ao decoro: o uso de expressões que configuram crime contra a honra ou que incentivam sua prática; abuso de poder; recebimento de vantagens indevidas; prática de ato irregular grave quando no desempenho de suas funções; revelação do conteúdo de debates considerados secretos.

Com este Decreto, observa-se a institucionalização da ética na Administração Pública municipal, com o objetivo de tentar reverter o crescente ceticismo da sociedade a respeito da moralidade na Administração Pública, além de resgatar e atualizar a noção de serviço público, o que abrange inclusive o dever de prestar contas do conteúdo ético do desempenho dos servidores, em particular os que têm responsabilidade de decisão.

6.3.2 Artigos comentados do Decreto 23.738/2013.

O artigo primeiro estabelece as finalidades do supracitado código de ética e aduz:

“Art. 1º Fica instituído o Código de Conduta da Alta Administração Municipal com as seguintes finalidades”, serão explicadas uma a uma as finalidades dispostas nos incisos deste artigo.

O inciso primeiro afirma: “I – tornar claras as regras éticas de conduta das autoridades da alta Administração Pública Municipal, como forma de demonstrar a integridade e a lisura do processo decisório da Administração Municipal”. A ideia transmitida por esse dispositivo é a de que se objetiva tornar público e de fácil entendimento as regras éticas das condutas das autoridades da gestão municipal.

Inciso “II – demonstrar, a partir das autoridades de nível hierárquico superior, os padrões éticos a que se submete a Administração Pública Municipal”. Trata-se da utilização do exemplo das condutas realizadas pelas autoridades, que devem ser seguidos pelo restante dos servidores públicos. O exemplo é uma boa forma de se cobrar atitudes morais por parte dos subordinados.

Inciso “III – preservar e promover a imagem e a reputação do administrador público”. Ao preservar a imagem e a reputação do administrador público, está, ao mesmo tempo, fortalecendo a instituição Município.

Inciso “IV – estabelecer regras básicas sobre conflitos de interesses públicos e privados e limitações às atividades profissionais posteriores ao exercício do cargo público”. Não se devem tratar os bens públicos como bens privados, a repartição pública não é uma extensão da casa do administrador, com efeito, ele não deve se utilizar das facilidades que tem como gestor para enriquecimento pessoal ao deixar o cargo. Além disso, havendo conflito entre interesse público e o privado, neste caso, deve prevalecer o interesse público. Trata-se de tentativa de combater o neopatrimonialismo.

Inciso “V- apresentar um conjunto de conceitos que servem de base para dirimir conflitos entre o interesse privado e o dever funcional das autoridades públicas da Administração Pública Municipal”. Deve-se evitar que o neopatrimonialismo se institua na administração pública municipal, é preciso ter consciência de que os bens públicos utilizados pelos gestores na Administração Pública são do Município e devem assim ser utilizados e não como extensão do patrimônio particular de quem usa. O dever funcional em conflito com o interesse particular, quando o gestor estiver a serviço do Município, deve ater-se aos conceitos pré-estabelecidos pelo código de ética na resolução desse entrave.

A seguir será analisado o parágrafo único, ele traz os sujeitos que devem obedecer às normas do Código de Ética em comento.

Parágrafo único. As normas deste Código aplicam-se às seguintes autoridades públicas: I – Secretários do Município de Salvador e Subsecretários; II – diretores, titulares de cargos em comissão; III – superintendentes, presidentes e diretores de agências, autarquias, fundações mantidas pelo Poder Público, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Observa-se que este Código de Ética não se aplica a todos os servidores públicos, mas, especificamente, às autoridades do Município do Salvador. Todos os cargos e funções acima descritas são de livre nomeação e exoneração pelo prefeito de Salvador, isto é, são cargos que decorrem da confiança do chefe do executivo municipal, envolve discricionariedade na sua escolha.

Outrossim, infere-se do dispositivo acima descrito que se objetivou abranger tanto a administração direta quanto a administração indireta. A administração direta é o núcleo da Administração Pública municipal, corresponde à própria pessoa jurídica política do Município do Salvador e seus órgãos despersonalizados. A administração indireta, por outro lado, é formada por entes personalizados, vinculados, em regra, a um órgão da administração direta, isto é, uma secretaria, por exemplo: as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Destarte, abarcou-se com o parágrafo único do artigo primeiro toda a cúpula da gestão administrativa do Município do Salvador, que é escolhida pelo prefeito, devendo-se submeter ao código de ética em comento.

O artigo segundo trata de como devem ser exercidos os cargos elencados no parágrafo único do artigo primeiro, observe-se:

Art. 2º O exercício dos cargos mencionados no parágrafo único do art. 1º é condicionado ao atendimento dos requisitos gerais e específicos para provimento dos cargos, empregos e funções públicas, e à rigorosa observância aos deveres de honestidade, boa-fé, transparência, probidade, decoro e compromisso com o interesse público.

Os requisitos gerais para ingresso no serviço público do Município do Salvador estão previstos no artigo 6º da Lei Complementar Municipal nº 01/91, que aduz:

Art. 6º - São requisitos para ingresso no serviço público do Município:

I - nacionalidade brasileira ou equiparada; II - gozo dos direitos políticos; III - quitação com as obrigações militares; IV - nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo; V - idade mínima de 18 (dezoito) anos completos; VI - habilitação legal para o

exercício do cargo; VII - boa saúde física e mental; VIII - não estar incompatibilizado para o serviço público em razão de penalidade sofrida.

Dessa forma, percebe-se que além de observar a ética, os escolhidos para os cargos do alto escalão deverão observar os requisitos comuns a todos os servidores para investidura nos cargos, empregos e funções públicas do Município de Salvador.

O artigo 2º traz um parágrafo único que aduz mais alguns requisitos obrigatórios para a investidura em cargos, empregos e funções públicas do Município:

Parágrafo único. Para cumprimento do disposto neste artigo, em até 30 dias após a nomeação, além da declaração de bens e rendas, na forma exigida pela legislação pertinente, a autoridade pública municipal deverá apresentar ao Conselho Municipal de Ética Pública, instituído por este decreto, informações sobre sua situação patrimonial que, a seu juízo, possa suscitar conflito com o interesse público, e informações acerca de eventuais ações judiciais a que responda, ressalvadas as hipóteses de segredo de justiça.

A declaração de bens e rendas tem como propósito demonstrar se houve acréscimo desproporcional ao patrimônio da autoridade ao deixar o cargo, isto é, serve para demonstrar se houve indício ou não de enriquecimento ilícito por parte do gestor durante a sua atuação como autoridade pública municipal.

As informações sobre eventuais ações judiciais servem como parâmetro de análise da conduta do indivíduo, bem como para conhecimento se essa pessoa responde ação criminal ou de improbidade administrativa.

Mais uma vez a Administração Pública do Município demonstra preocupação com as alterações patrimoniais das suas autoridades, exigindo que se informe as relevantes mudanças patrimoniais ocorridas durante a gestão.

Art. 3º A autoridade pública municipal deverá comunicar, imediatamente, ao Conselho Municipal de Ética Pública, as alterações patrimoniais relevantes no seu patrimônio, em especial quando se referir:

I – a atos de gestão patrimonial que envolvam transferência de bens a cônjuge, ascendentes, descendentes ou parentes na linha colateral, aquisição, direta ou indireta, de controle de empresas;

II – a atos de gestão de bens, cujo valor possa ser substancialmente afetado por decisão ou política do Governo Municipal, da qual tenha prévio conhecimento ou acesso a informações privilegiadas em razão cargo de que é titular.

O inciso primeiro visa proteger o patrimônio público, bem como fiscalizar por via indireta o enriquecimento do gestor por meio de familiares, enriquecimento decorrente de atos de gestão

patrimonial por meio de transferência de bens a parentes próximos. Tenta-se evitar a utilização dos popularmente denominados “laranjas”, que servem para burlar não só as leis, como também a fiscalização.

Já o inciso segundo tem como objetivo evitar o uso de informações privilegiadas por parte do gestor para obtenção de acréscimo patrimonial, em virtude desses conhecimentos decorrentes do cargo que ele exerce.

Além desses incisos, existem mais dois parágrafos que demonstram a importância do Conselho Municipal de Ética Pública para dirimir dúvidas, bem como o seu dever de manter o sigilo das informações prestadas pela autoridade referentes à situação patrimonial, senão veja-se:

§1º Em caso de dúvida relacionada à situação patrimonial específica, a autoridade pública deverá dirigir consulta formal ao Conselho Municipal de Ética Pública.

§2º Conselho Municipal de Ética Pública assegurará o caráter sigiloso das informações pertinentes à situação patrimonial da autoridade pública.

Observa-se que em caso de dúvida relacionada à situação patrimonial a autoridade não deve se omitir nem ficar inerte, ao contrário, ela tem o dever informar ao Conselho Municipal de Ética Pública, este, por sua vez, deverá manter o sigilo das informações referentes à situação patrimonial da autoridade.

O art. 4º afirma o seguinte: “a autoridade pública municipal tem o dever de esclarecer a existência de eventual conflito de interesses, bem como comunicar qualquer circunstância ou fato impeditivo de sua participação em decisão coletiva ou em órgão colegiado”.

Trata-se de dispositivo que busca a exigência por parte da autoridade pública no esclarecimento sobre existência de conflito de interesses, nada mais é do que o respeito ao princípio constitucional da impessoalidade, bem como tentativa de evitar omissões e obscuridades quando houver conflitos entre interesses particulares e interesse público.

Na segunda parte do artigo, intenta-se evitar omissão por parte da autoridade quando houver circunstância que implique em suspeição ou impedimento da participação da autoridade em decisão coletiva ou de órgão colegiado. Ocorrendo casos em que haja esse tipo de circunstância que impeça a autoridade de participar, ela tem a obrigação de comunicar.

A norma contida no artigo abaixo transcrita busca a manutenção do interesse público, bem como se evitar favorecimento a terceiros por meio de prestações indevidas as autoridades.

“Art. 5º A autoridade pública municipal não poderá receber salário ou qualquer outra remuneração ou vantagem de fonte privada em desacordo com a lei.”

Além da proibição expressa de salários ou remuneração de fontes privadas, entende-se que é também proibida a aceitação de presentes dados por pessoa, empresa ou entidade que tenha interesse em decisão da autoridade ou do órgão a que esta pertença. O objetivo deste dispositivo é evitar decisões tendenciosas, mantendo-se a honestidade, a igualdade dos administrados e a imparcialidade da autoridade.

Poderia se suscitar a seguinte dúvida: quando se tratar de brindes a autoridade deve aceitá-los? Qual a diferença entre presente e brinde? Existe a possibilidade de recebimento de um presente em virtude do cargo?

Brinde é a lembrança distribuída a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos ou datas comemorativas que buscam a promoção de determinada pessoa. O brinde não deve ter valores altos, razoavelmente entende-se que seja algo em torno de R\$100,00 (cem reais). Ademais, sua distribuição deve ser generalizada, ou seja, não se destinar exclusivamente a uma determinada autoridade. Igualmente, não é sensato aceitar brindes distribuídos por determinada pessoa com muita frequência. Há casos decorrentes de relações diplomáticas que se permite o recebimento de presentes em virtude do cargo exercido.

Não é possível se prever todas as situações no que se refere às vantagens decorrentes de fontes privadas às autoridades. Dessa forma, é preciso analisar caso a caso e, em havendo dúvida, a autoridade municipal deve submeter o fato ao Conselho Municipal de Ética Pública. O que reforça o entendimento da impossibilidade de tipificar os ilícitos morais.

“Art. 6º É vedado o exercício simultâneo dos cargos mencionados nos incisos I, II e III, do parágrafo único, do art. 1º, deste Decreto, com o de presidente de partidos políticos ou órgãos de ação partidária.”

Quem estiver ocupando os cargos de secretário do Município de Salvador ou subsecretário; diretor; cargo em comissão; superintendente, presidente e diretor de agências, autarquias, fundações mantidas pelo Poder Público, empresas públicas e sociedades de economia mista, não podem ser presidentes de partidos políticos ou órgãos de ação partidária.

Intenta-se com essa norma evitar a influência direta de partidos políticos no âmbito da Administração Pública Municipal e, dessa forma, não permitir a confusão entre gestão municipal e política partidária.

Entende-se que há uma relação complementar entre moral e direito e desta relação decorre a necessidade de se utilizar a institucionalização e coação do direito para fazer com que determinadas normas sejam cumpridas. Daí a necessidade de se institucionalizar juridicamente a moral na Administração Pública, já que a ética não é suficiente para fundamentar a ação do homem.

Art.7º A inobservância das normas do presente Código de Conduta acarretará a aplicação de advertência à autoridade pública municipal, observando o devido processo legal, podendo, em caso de gravidade, o Conselho Municipal de Ética pública sugerir ao Chefe do poder executivo Municipal a exoneração do responsável.

A norma do dispositivo supracitado tem o mister de criar uma sanção para o descumprimento do Código de Conduta em comento. Dessa forma, a sanção visa coagir o indivíduo ao cumprimento das normas. Nesse caso, trata-se de sanção moral.

Quando se entender que a natureza do descumprimento do Código de Conduta é leve, aplica-se a advertência. Dependendo do grau e da relevância do descumprimento a Comissão de Ética Pública do Município do Salvador poderá sugerir ao Chefe do Poder Executivo Municipal a exoneração da autoridade.

Todavia, a exoneração é ato discricionário do Prefeito, que pode ou não acolher a sugestão da Comissão de Ética pública do Município do Salvador. Entende-se ser insustentável a manutenção de uma autoridade que descumpra o código de conduta em comento, apesar de não poder se obrigar ninguém a agir moralmente.

O gestor não está acima do ordenamento jurídico nem dos princípios que regem a administração pública. Não se pode conceber uma boa administração pública regida com excesso de poder e desvio de finalidade. Destarte, embora a exoneração da autoridade municipal seja um ato discricionário do chefe do executivo, o prefeito deve ater-se às recomendações do Conselho Municipal de Ética Pública, sob pena de se tratar de um órgão meramente formal e sem eficácia nas suas decisões. Por outro lado, os conselhos de ética continuam com seu papel fundamental na educação e prevenção.

Habermas afirma, inclusive, que o procedimento, próprio do direito, busca a legitimação das decisões, essa legitimação implica na manutenção da autoridade, isto é, na aceitabilidade e obediência às normas. Ademais, tanto a autoridade foi escolhida pelo prefeito quanto os membros do conselho, órgão analisado a seguir.

O Conselho Municipal de Ética Pública é o órgão colegiado responsável pelos julgamentos relacionados ao descumprimento do Código de Conduta da Alta Administração e é composto por cinco membros que devem ser cidadãos residentes em Salvador nomeados pelo prefeito para um mandato sem remuneração de dois anos, admitida uma recondução.

Art.8º Fica instituído o Conselho Municipal de Ética Pública, composto por cinco (5) membros e número igual de suplentes, nomeados pelo Prefeito, escolhidos entre cidadãos residentes em Salvador, de idoneidade moral e reputação ilibada, para o exercício de mandato de (2) dois anos, admitida uma recondução, não podendo a escolha recair em servidor público municipal da ativa.

Parágrafo único. Os membros do Conselho Municipal de Ética Pública não serão remunerados, sendo, porém, seu desempenho considerado prestação de serviço de relevante interesse público.

Duas observações devem ser realizadas: a primeira de que o membro do Conselho não pode ser servidor público municipal da ativa; e a segunda que o membro escolhido para ser conselheiro não terá remuneração, todavia, será reconhecido pelo seu desempenho sendo considerado prestação de serviço relevante para o interesse público.

A não utilização de servidores da ativa implica numa maior imparcialidade por partes dos membros do Conselho ao julgar os casos propostos à Comissão. Além disso, o fato de não ter remuneração reduz a utilização deste órgão como o popularmente denominado “cabide de emprego”.

As atribuições do Conselho estão elencadas no artigo nono que aduz o seguinte:

Art.9º Compete ao Conselho Municipal de Ética Pública:

I – zelar pela aplicação do presente Código de Conduta Pública;

II – receber e proceder a apuração de denúncias relativas a atos praticados por integrantes da Alta Administração pública Municipal que importem infração a este Código;

III – aplicar sanções que lhe tenham sido atribuídas por este código ou em legislação específica;

IV – decidir, originariamente, sobre questões relativas à aplicação deste código;

V – conhecer de consultas, *denúncias* ou representações relativas aos integrantes da Alta Administração Pública Municipal;

VI – dirimir dúvidas sobre a aplicação deste Código e deliberar sobre os casos omissos;

VII – elaborar normas e procedimentos necessários ao fiel cumprimento e aperfeiçoamento do presente Código de Conduta;

VIII – elaborar o seu Regimento Interno, no prazo de até 120 (cento e vinte) dias.

Parágrafo único. Caberá, ainda, ao Conselho, propor um Código de Ética para o Serviço Público Municipal.

O Conselho Municipal de Ética Pública deve zelar pela aplicação do Código de Conduta, logo seus membros devem atuar de forma a servir como exemplo às autoridades municipais. O Conselho é o órgão que recebe as denúncias relacionadas a descumprimento do Código em comento, devendo recebê-las e proceder à apuração delas, isto é, averiguar a veracidade dos fatos, por meio de uma instrução probatória, trazendo aos autos fundamentos que sirvam para concluir o processo com uma decisão justa.

A decisão do Conselho deve ser encaminhada ao Gabinete do Prefeito para análise e conhecimento, tendo em vista ser o chefe do executivo quem decidirá por uma possível exoneração da autoridade.

Igualmente, cabe a Comissão de Ética dirimir as dúvidas quanto à aplicação do Código de Ética em comento, bem como elaborar as normas para cumprimento do mesmo. Além disso, a Comissão deve elaborar seu próprio Regimento Interno, o que deve ser feito em 120 (cento em vinte) dias da publicação do Decreto nº 23.738/13, ou seja, a partir de 03 de janeiro de 2013.

O parágrafo único ainda criou uma última tarefa para o Conselho, a criação de um Código de Ética para o Serviço Público Municipal. Tarefa nada fácil, tendo em vista a dificuldade de se abarcar o máximo possível de atitudes que impliquem em descumprimento da moral no âmbito da Administração Pública, mas devem ser institucionalizadas.

A institucionalização da ética tornou-se frequente no âmbito da Administração Pública e isto tem sido percebido pela criação de Comissões de Éticas e de Códigos de Ética pelos diversos entes federativos, como é o caso deste ora comentado. O Município de Salvador se mostra inteirado do assunto dentro de um panorama nacional, por meio da criação de um Código de Conduta da Alta Administração e de um Conselho de Ética Municipal, que será responsável pela implantação do Código de Ética para o Serviço Público Municipal.

Daí a necessidade de, através do procedimentalismo, legitimar o Conselho de Ética, dando-lhe a autoridade merecida. Para haver a obediência às suas decisões, é preciso que o prefeito acolha as decisões dos conselheiros, fortalecendo, assim, essa instituição.

Espera-se dos gestores públicos municipais que ajam de forma ética e respeitando à Constituição Federal e à Lei Orgânica do Município do Salvador. Destarte, ao analisar a ética na Administração Pública municipal, percebe-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido, mas que já foi dado o primeiro passo.

7. CONCLUSÕES.

Ao se realizar todo esse estudo sobre a relação entre a moral e o direito, desde o desenvolvimento das teorias éticas, passando-se pela história entre o direito na Idade Antiga até a contemporaneidade, bem como pela institucionalização da ética na Administração Pública, constatou-se que houve teorias em diversos sentidos, desde a confusão entre direito e moral até o afastamento completo entre eles.

Uma das consequências do esvaziamento da ética na contemporaneidade foi a institucionalização da moral por meio do direito. A institucionalização jurídica da ética é uma tentativa de se transformar normas morais em normas jurídicas, tendo em vista a coerção e a legitimidade do direito implicarem mais eficácia na resolução dos conflitos sociais, em virtude da possibilidade de utilização da força estatal para se forçar o cumprimento das normas jurídicas, bem como tentar retornar ao estado anterior quando essas normas forem descumpridas.

A ética para Aristóteles consiste na busca pela felicidade como seu fim e o Estado deve assegurá-la para todos por meio da justiça, já que o homem é um ser social por natureza. Destarte, apenas o que for fim em si mesmo importa, isto é, as virtudes. O restante é meio para se alcançar o fim maior, ou seja, o sumo bem.

A ética kantiana foi de grande importância para as teorias modernas sobre a moral e o direito, em especial, por trazer a razão para explicá-las, afastando a religião e as idiossincrasias como fundamentos das ciências humanas. O imperativo categórico resume a ideia de ética como algo a ser almejado por todos os homens, isto é, o homem deve agir de forma que a sua lei se torne universal para todos. Habermas utilizou diversas tecnologias kantianas no desenvolvimento de suas teorias, contudo, o princípio da universalização foi desenvolvido para o âmbito do discurso. A razão foi o paradigma desenvolvido por Kant para fazer o homem ser o responsável pelo seu mundo.

Já Bauman desenvolveu a teoria da ética pós-moderna com críticas às ideias modernas kantianas, desde a racionalidade até a universalidade, por não acreditar que essas características fossem essenciais para a ética. Todavia, seus fundamentos não pareceram suficientes para derrubar o paradigma da razão. Apesar de Bauman afirmar ser impossível se ter uma previsão do agir moral,

acredita-se ser a institucionalização da ética uma forma adequada para se ter o mínimo de previsibilidade moral na sociedade contemporânea, em especial no Estado.

Entretanto, Habermas desenvolveu a teoria da ética discursiva com base nas ideias kantianas. Trata-se de teoria procedimentalista, todavia, não houve uma despreocupação com o seu conteúdo, como se observa da preocupação com os conteúdos éticos no direito. Habermas rompe tanto com o paradigma kantiano do subjetivismo – substituindo-o pelo discurso – quanto com a subordinação do direito à moral. Destarte, com base na teoria discursiva buscou-se outra fundamentação para o direito.

A relação entre direito e moral sempre existiu, ao longo da história já houve confusão entre os dois e diversas tentativas de dissociação. A partir do desenvolvimento das sociedades, que aumentaram sua complexidade ao longo da história, surge a necessidade de se individualizar e especializar as diversas áreas do conhecimento. Percebeu-se que na Idade Antiga não havia distinção entre direito e moral; na Idade Média começou sua dissociação; na Idade Moderna tentou-se separar totalmente o direito da moral, inclusive, houve a perda do caráter ético do direito.

Com efeito, a partir do século XIX, a positivação do direito implica no esvaziamento dos conteúdos éticos. Na visão Weber, o positivismo do direito decorreria da legalidade, sendo esta a forma de sua legitimidade em virtude da coerção, que ocorreria pela força e poder do Estado.

Entretanto, as normas jurídicas foram diferenciadas das normas morais, contudo, apesar dessas diferenças, elas se complementam. Essa distinção decorre da diferença das características da moral e do direito, enquanto o dever jurídico pode ser exigível, o dever moral não tem essa característica. Ademais, não havendo o cumprimento do dever jurídico, pode haver uma sanção forçosa para se restabelecer a ordem anterior, caso isto seja possível. Por outro lado, na moral não é possível se forçar o cumprimento de um dever, nem de se retornar ao *status quo ante*.

Tanto o direito como a moral são dotados das possibilidades de sanções, coações e coerções. Todavia, cada um possui as especificidades próprias da sua natureza. Destarte, não parece ser o melhor caminho para se diferenciar o direito e a moral, a afirmação de que a moral não possui coercibilidade, nem sanção, nem coação.

Apesar dessa observação, percebeu-se que diversos autores, inclusive Habermas, advogam a ideia da coercibilidade ser própria do direito. Compreendeu-se, entretanto, que ao defender essa tese,

na verdade está se diferenciando a coercibilidade dos fatos sociais da coercibilidade própria do direito, que é o fato social mais coercitivo de todos e que tem o Estado para legitimar o uso da força quando necessária para forçar o cumprimento da norma jurídica ou tentar reverter o dano causado.

Quanto ao esvaziamento ético do direito, buscou-se, com isso, evitar vinculações a costume e concepções de moral, próprias de pequenos grupos e transmitidas por tradição. Outrossim, tentou-se ampliar a perspectiva de segurança jurídica, calculada na forma confiável, possibilitando a organização de cadeias ramificadas, todavia, seguras contra falhas de seus elos individuais.

As sociedades complexas buscam, através dos procedimentos, ter a possibilidade de calcular abstratamente os seus riscos. Essa ideia de Luhmann demonstra uma despreocupação pelos problemas de legitimidade material do direito, bem como a desvinculação do sentido ético do direito. Na visão de Habermas, não se sustenta uma indiferença do sistema jurídico em relação aos outros sistemas funcionais da sociedade. Necessário haver uma comunicação entre os diversos sistemas interligados da sociedade.

Apesar da tentativa de afastar a moral do direito, como, por exemplo, no processo de positivação do direito, não foi assim que entenderam Habermas, Cossio e Alexy. Nesse sentido, percebe-se a falha do positivismo em querer se desvincular totalmente o direito e a moral. Concluiu-se, destarte, pela relação complementar entre eles.

A ética discursiva de Habermas se fundamenta na razão comunicativa, na possibilidade de se alcançar o consenso pelo discurso, no qual os argumentos sejam a garantia de imparcialidade e acarretem na possibilidade de se alcançar a justiça. “O universalismo moral e jurídico viabiliza a integração social em um contexto de pluralismo em torno de valores e interesses, possibilitando a construção do consenso”⁴⁰⁵.

Percebeu-se que Habermas criticava veementemente as ideias de Weber antes da chamada virada habermasiana, quando se defendia uma fundamentação do direito na moral, com base em Kant. Entretanto, após a virada, ele passa, depois de uma reconstrução, a adotar algumas ideias weberianas procedimentalistas e afastar a moral como fundamento do direito, contudo, ele

⁴⁰⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. Martin Fontes: São Paulo, 2012, p. 53.

continua a criticar uma dissociação completa entre direito e moral, mantendo a tese da relação complementar entre eles, bem como defendendo a possibilidade de existência de conteúdos éticos no direito. Ademais, a legitimidade do direito, para Habermas, estaria no fato de existir imposição coercitiva pelo Estado e pelo processo de normatização racional do direito.

Apesar de ética e moral poderem ser consideradas uma coisa só, ou a moral ser considerada o conteúdo da ética, Habermas diferencia a ética e a moral, sendo a primeira responsável pela perspectiva na primeira pessoa, isto é o “eu” ou o “nós”, e a segunda tem a ver com o outro e o respeito à liberdade, já que consiste no que eu devo fazer ou nós devemos fazer.

A teoria discursiva é o caminho para se alcançar a pretensão de igualdade e universalidade, que é base de uma ética procedimental. Verifica-se, então, a inevitável relação entre direito e moral, na qual há uma complementação de um com o outro na resolução dos conflitos sociais.

Conclui-se, também, no sentido do conceito conteudístico de direito possuir elementos morais, já que o afastamento deste da ética deve ser superado, por, inclusive, ter se verificado que essa é uma das falhas do positivismo. Sendo, dessa forma, o conceito de direito, composto por elemento moral no seu conteúdo, o mais adequado a ser adotado, apesar da independência do direito em relação à moral.

Advoga-se, com Habermas, pela relação complementar entre moral e direito, bem como pela relação necessária entre o princípio do discurso e o princípio da democracia, sendo essencial a juridificação da liberdade comunicativa para se legitimar o direito.

Observa-se que os valores éticos voltam a impregnar o direito. Entretanto, embora o direito possa existir independentemente da moral, não é recomendável haver um direito afastado dela. Os direitos fundamentais possuem conteúdo ético e estão ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder.

Destarte, chega-se a seguinte definição sobre direitos fundamentais: são direitos de categoria constitucional, reflexos da dignidade da pessoa humana, logo, com conteúdo ético, que limitam a atuação estatal, bem como dos particulares e servem como parâmetro para o ordenamento jurídico pátrio.

Quanto às características dos direitos fundamentais, são elas: a supremacia, por serem direitos constitucionais; a impossibilidade de extinção, por serem cláusulas pétreas; a aplicabilidade

imediatamente a toda a coletividade – por serem direitos subjetivos ; eficácia horizontal – aplicação entre particulares ; bem como a relatividade (já que não há direitos absolutos). Além disso, possuem conteúdo moral.

Quanto à possibilidade de a moral ser esteio dos direitos fundamentais, pela teoria habermasiana infere-se que, embora ela seja parte de seu conteúdo, o fundamento específico dos direitos fundamentais está no princípio da democracia e não no princípio moral. Ou seja, a moral não é o fundamento dos direitos fundamentais e sim parte de seu conteúdo.

Quando Habermas deixa de fundamentar o direito na moral, rompendo nesse aspecto com Kant, não há sentido em se fundamentar os direitos fundamentais pela moral, já que eles têm fundamento próprio e o direito não se subordina à moral, apesar disso não se nega sua relação complementar. Nesse sentido, tanto o direito quanto a moral são intersubjetivos na visão de Habermas, ao contrário do aduzido por Kant que adotava a moral como subjetiva. A consequência disso é que os direitos fundamentais não podem ser vistos como meros conselhos morais, isto é, dentro da possibilidade de faculdade lícita de descumprimento, mas sim como direitos jurídicos subjetivos.

Ademais, percebe-se a possibilidade de limitação da Administração Pública pelos direitos fundamentais, a qual ela está subordinada e implica em obrigações de fazer e de não fazer em relação aos cidadãos. Além disso, demonstrou-se que o Estado também é titular de direitos fundamentais, como, por exemplo, as garantias processuais constitucionais.

A institucionalização da ética no âmbito da Administração Pública decorre da relação complementar entre a moral e o direito, bem como pelo clamor da observância dos direitos fundamentais pelo do Estado. Nesse panorama, desenvolveu-se o princípio da moralidade administrativa, que é uma tentativa do legislador constitucional de se buscar uma administração pública ética.

A crise institucional que o Brasil passa, com o povo protestando e demonstrando sua indignação com o descaso e a impunidade, faz parte do processo democrático desenvolvido ao longo dos últimos anos. Nesse panorama, percebe-se o clamor social pela inserção da ética nas instituições públicas.

Pela institucionalização da ética na Administração Pública busca-se reverter o crescente ceticismo da sociedade a respeito da moralidade no Estado, além de resgatar e atualizar a noção

de serviço público, o que abrange, inclusive, o dever de prestar contas do conteúdo ético do desempenho dos servidores, em particular os que têm responsabilidade de decisão. Essa é uma das utilidades do código de ética, além do reforço do princípio da moralidade e das outras vantagens dessa posituação já exemplificadas acima.

Concluiu-se pela existência de pelo menos duas possibilidades de institucionalização da ética na Administração Pública: forte ou fraca. Destarte, a institucionalização fraca seria aquela na qual a norma ética não passa a ser norma de direito, é apenas norma moral institucionalizada por decreto; já a institucionalização forte, implicaria na transformação da norma moral em direito sancionador, por exemplo, Direito Administrativo ou Direito Penal, com previsão de sanções jurídicas passíveis de coerção estatal. Essa classificação foi feita para se explicar a influência da Constituição Federal nos códigos de ética institucionalizados na Administração Pública.

Quando houver institucionalização fraca da ética na Administração Pública, há respeito às normas constitucionais apenas no que for pertinente, não sendo necessário, por exemplo, haver estrito cumprimento ao devido processo legal, podendo se flexibilizar nesse sentido. Da mesma forma, não há necessidade de se obrigar a tipificar o que é ético ou antiético pelo código de ética, apesar de não haver impedimento de exemplos, o que não leva a interpretação de algo ser permitido eticamente por não estar previsto no código. Tudo isso ocorre em virtude da impossibilidade de se obrigar uma pessoa a ser ética.

Por outro lado, havendo institucionalização forte da ética, esta passa a ser também norma de direito sancionador. Destarte, deve seguir a risca à Constituição Federal em todos os seus aspectos formais e materiais. Inclusive, deve haver tipicidade, já que seus ilícitos serão de Direito Administrativo ou de Direito Penal, com penas previstas de acordo com a gravidade do fato.

A título de exemplo casuístico local, comentou-se o Código de Conduta da Alta Administração Municipal, Decreto 23.738/2013, publicado no Diário Oficial do Município em 03 de janeiro de 2013, no âmbito do Município de Salvador. A relação da moral com o direito e a Administração Pública não pode ser banalizada, destarte, ao se instituir um código de ética, demonstra-se, ao menos em tese, a preocupação por essa temática no seio da cúpula da gestão pública municipal de Salvador.

O presente estudo demonstrou a impossibilidade de a moral ser fundamento para os direitos fundamentais, com base na teoria do discurso habermasiana. Percebeu-se que Habermas mudou o

seu entendimento e passou a fundamentar o direito em princípio próprio da democracia, entendendo que a relação entre direito e moral não é de subordinação, mas sim de complementaridade.

Ao se perceber a impossibilidade de fundamentar os direitos fundamentais com base na moral, inferiu-se que, apesar de não haver essa relação de insubordinação, não se despreocupou com o conteúdo ético do direito. Além disso, percebeu-se que o clamor social por uma Administração Pública ética leva a uma preocupação com a institucionalização da ética na gestão pública estatal.

As pessoas morrem e as instituições permanecem. Destarte, a ética deve, sempre que possível, ser institucionalizada, porque, apesar da institucionalização da ética não ser a solução de todos os problemas morais na sociedade, ela se mostrou importante e melhor do que a sua ausência, com mais pontos positivos do que negativos. Dessa forma, a institucionalização da ética na Administração Pública fortalece a lembrança moral e serve para jamais se esquecer da importância da ética na gestão pública, independente de quem seja o gestor.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre derecho y la moral, p. 115-137. In: **Derecho y Moral**; Rodolfo Vásquez comp. Barcelona, Ed. Gedisa, 1998

_____, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez**. 2. ed. Editora Lumen Juris, 2010.

APEL, Karl-Otto; OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MOREIRA, Luiz. **Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia**. São Paulo: Landy, 2004.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BAHIA, Saulo José Casali. **O Poder Judiciário e os Direitos Humanos**. Disponível na internet: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/aft_PODER%20JUDICIARIO%20E%20DIREITOS%20HUMANOS.pdf>, acessado em 04 de março de 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-moderna**. Tradução Joao Rezende Costa. 5. ed. São Paulo: Paulus, 2011.

BETTI, Emilio. **Interpretação das leis e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. Tradução de Karina Jannini. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Sequência (UFSC), v. 52, pp. 131-152, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um Discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez Editora, 2006.

BRAGA, Felipe Fritz. **Introdução histórica ao conceito de sistema nas ciências jurídicas**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARNEIRO, João Luiz. **Ética como extensão do diálogo: Contribuição de Habermas para a ética do discurso**. 1. ed. São Paulo: Arché Editora, 2012.

CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

COSSIO, Carlos. **La teoría egológica y el concepto jurídico de La libertad**. Buenos Aires: Losada, 1944.

_____, Carlos. **La valoración jurídica y la ciência del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954.

COSTA, Reginaldo da. Discurso, Direito e Democracia em Habermas. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 37-52, São Paulo: Landy, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008.

DESCARTES, René. **Regras para direção do espírito**. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 1989.

_____. René. **Discurso do Método**. Tradução de Enrico Corvisieri: Acropoles. Disponível na Internet: <http://www.4shared.com/dir/KV1sUjaA/_online.html>. Acesso em 09 de maio de 2012.

DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2002.

DURKHEIM, Emile: **As regras do método sociológico**. [S.M.], [S.I.]. Disponível na Internet: <http://www.4shared.com/dir/KV1sUjaA/_online.html>. Acesso em 09 de maio de 2012.

DUTRA, Delamar José Volpato. Apel versus Habermas: como dissolver a ética discursiva para salvaguardá-la juridicamente. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, Junho 2010. Disponível na internet: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2010000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de agosto de 2013.

_____, Delamar José Volpato. Habermas e Weber: o modelo processual de moralização do direito ou como respeitar a autonomia da legitimidade do direito em relação à moral. In:

Cadernos da EMARF, **Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.2, n.1, pp.1-120, abr./set.2009.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer e revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1999.

GOMES, Alexandre Travessoni. **A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos**. Belo Horizonte: Mandamentos 2007.

_____, Alexandre Travessoni. Ética, direito e paz perpétua. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 298-308, São Paulo: Landy, 2003.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3ªed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRODIN, Jean. **Introdução à hermenêutica**. São Leopoldo-RS: Editora Unissinos, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____, Jürgen. **Aclaraciones a la Ética del Discurso**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Psicolibro, 2000.

_____, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

_____, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** v.II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução de Karina Jannini, revisão da tradução Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. Tradução de Claudio Molz. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 67-82, São Paulo: Landy, 2003.

HESSE, Conrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura.** Tradução de Márcio Suzuki. Editora Idéias & Letras, 2006.

INWOOD, Michael. **Hermenêutica.** Tradução de Rogério Bettoni Publicado em *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, org. Edward Craig (Londres: Routledge, 1998). Disponível na internet em <http://criticanarede.com/hermeneutica.html>, acessado em 12 de março de 2012

JOSÉ, Caroline Lorenzon. **Aspectos Necessários e Relevantes para a Consolidação do Paradigma da Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas.** (dissertação de mestrado em Direito UNIVALI, apresentada em Itajaí em 2009). Disponível na internet: http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=719. Acessado em 22 de julho de 2013.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** Tradução de Afonso Bertagnoli. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A. Versão para Ebook, 2004.

_____, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Tradução, introdução e notas de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LUHMANN, Niklas. El Derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). **Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación.** Granada: Editorial Comares, 2005, pp.69-85.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 11. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____, Antônio Luiz. **Sociologia Jurídica.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____, George. **Transformar Ética em Direito: O ativismo judiciário na perspectiva da filosofia moral.** Disponível na internet: < <http://pt.scribd.com/doc/14014706/Transformar-Etica-em-Direito>>, acessado em 26 de fevereiro de 2013.

MARTINS, Francisco; COSTA, Arilson Corrêa da; PORTO, Karime da Fonseca. O delírio à luz da teoria dos atos de fala. **Psicol. Reflex. Crit.**, Porto Alegre, v. 13, n. 1, 2000. Disponível na internet: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722000000100018&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 28 agosto de 2013.

MARZÁ, Domingo García. **Ética de La Justicia.** J. Habermas y la ética discursiva. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe. Introdução. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 10-17, São Paulo: Landy, 2003.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo, 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MURICY, Marília. **O Princípio da Moralidade Administrativa.** Disponível na internet: < <http://terramagazine.terra.com.br/interna/principio+da+moralidade+administrativa.html>.> Acesso em 19 de outubro de 2011.

_____, Marília. **O Procurador do Estado e a ética profissional.** Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado. Ano 1, nº 1 Set. 2001 Porto Alegre: Metrópole, 2001.

_____, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. **Hermenêutica Plural.** pp. 103-125. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MURGUEZA, Javier. **El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal**, p. 183-209. In: Derecho y Moral; Rodolfo Vásquez comp. Barcelona, Ed. Gedisa, 1998.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. Martin Fontes: São Paulo, 2012.

_____, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. Lua Nova: revista de cultura e política. Ed. 37, pp. 93-106. CEDEC: São Paulo, 1996, disponível na internet: <www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>, acessado em 19 de agosto de 2013.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e Jurisdição: A compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas**. Orientação de Dr. Sérgio Cademartori. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 2006.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo ; BARROS, Renato da C. L. de Góes ; BRANCO, Mauricio de M. T. . **Fundamentação Material dos Direitos Fundamentais na Contemporaneidade**. Disponível na internet: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/fundamenta%C3%A7%C3%A3o-material-dos-direitos-fundamentais-na-contemporaneidade>>, acessado em 25 de setembro de 2013.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Armenio Amado, 1997.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SANDEL, Michael J. **O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed.. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2006.

_____, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2010.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação**. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 9. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 13**. Disponível na internet: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=511>, acesso em 01 de novembro de 2013.

VALLS, Álvaro L.M.. **O Que é Ética?** Editora Brasiliense, 1994.

VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do direito e da lei: uma introdução**; tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro. Instituto Liberal, 1994.