

A&C
Revista de Direito
Administrativo & Constitucional

Ano 2 – N. 8



EDITORA AFILIADA

Visite nosso *site* na Internet

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISBN: 1516 – 3210



Matriz / Curitiba: Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê

CEP: 80.035-000 - Fone: (0--41) 352-1200 - Fax: 252-1311

Representação / Rio de Janeiro: Excelência Assessoria Editorial

Av. Rio Branco, 257 gr. 410/12 – CEP: 20040-009 - Fone: (0--21) 220-2096

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

R454 Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
Curitiba: Juruá, 2001.
266 p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00020

DIREITO E MORAL: QUAL O CONTEÚDO PARA A CONSTITUIÇÃO?

Paulo Roberto Ferreira Motta¹

Para analisar a questão fulcral entre direito e moral e buscar responder, ou ao menos tentar, qual o conteúdo para uma Constituição, parto do aporte teórico, entre outras leituras, de Jürgen Habermas, na obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, notadamente no capítulo III, do v. I, “Para a reconstrução do direito (I): o sistema dos direitos”.

Por primeiro, como é característico de sua obra, Habermas desconstrói e desnuda conceitos tradicionais, que muitas vezes, por terem sido incorporados às mais diversas ciências em épocas outras, não encontram mais legitimidade no atual estágio civilizatório, notadamente agora, em que se vive numa época plurifacetada, onde os princípios e sistemas vivem em crise e descumprem perspectivas imaginadas por seus idealizadores, o que se convencionou denominar, na falta de outra nomenclatura melhor, de pós-modernidade.

Assim, importa, pensando em termos pós-metafísicos (ou, de outro modo, pós-kantianos) invocar algumas colocações feitas por Habermas, sendo, a primeira, a de que as regras ditas morais (e materialmente o são) diferem das normas jurídicas, muito embora, para os fins propostos ao presente texto, andem “lado a lado”, se completando. Importa a distinção, nem sempre presente, eis que a

¹ Professor de Direito Administrativo e Processo Administrativo da Faculdade de Direito de Curitiba. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná. Professor de Direito Administrativo Econômico do IBEJ – Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos. Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná.

filosofia do direito tradicional, ao menos no nível de representação, entende que a moral engloba o direito, jamais representando os mesmos em dois corpos distintos, muito antes pelo contrário, simbolizando o direito como integrante do corpo moral.

Por esta razão, segundo Habermas, os direitos humanos alcançam sua perfeita conformatação jurídica, uma vez que são interpretados segundo o que são – direitos – e não por princípios morais, sem força coercitiva, muito embora eivados de conteúdos morais dos mais intensos. A superação da tradicional visão de Kant ocorre exatamente neste ponto, uma vez que parte do conceito de moral extraindo do mesmo as normas jurídicas, num processo que Habermas denomina de *redução*. Pois bem, essa redução não permite ver, segundo Habermas, que:

A teoria moral fornece os conceitos superiores: vontade e arbítrio, ação e mola impulsionadora, dever e inclinação, lei e legislação, que servem inicialmente para a determinação do agir e do julgar moral. Na doutrina do direito, esses conceitos fundamentais da moral são reduzidos a três dimensões. Segundo Kant, o conceito de direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao arbítrio dos destinatários; abrange a relação externa de uma pessoa com outra; e recebe a autorização para a coerção, que um está autorizado a usar contra o outro, em caso de abuso. O princípio do direito limita o princípio da moral sob esses três pontos de vista. A partir dessa limitação, a legislação moral reflete-se na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos etc...” (Op. cit. p. 139-140).

Nesta visão, eivada de platonismo, segundo Habermas, subjaz a idéia de que a ordem jurídica copia e, simultaneamente, concretiza no mundo dos fenômenos, a *ordem inteligível do reino dos fins*. Reside aqui, a primeira questão a ser desnudada, num processo de reconstrução da moral e do direito para saber-se qual o conteúdo moral de uma Constituição.

Sendo indubitoso que *uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais*, há de se crer também, num fácil exercício dialético, que a construção da *moral vigente* não nasce espontaneamente no seio de uma sociedade, sendo muito mais produto da vontade humana dirigida para tal fim.

E sendo assim, não há, e nem poderia haver, uma hierarquia normativa entre moral e normas jurídicas, no sentido de que haveria uma moral a qual o direito positivo não pudesse contrariar². Há, na linguagem habermasiana, uma *complementação*, jamais uma *subordinação*.

A questão torna-se, pois, cultural. Usos e costumes, valorizados na Idade Média, desvalorizados na contemporaneidade, e novamente valorizados na pós-modernidade, como, por exemplo, a *lex mercatoria*, são simples convenções, sem força, na ausência da vontade expressa do legislador, de suplantar princípios e comandos constitucionais e legais. Ou seja, *lex mercatoria*, *pacta sunt servanda* e outros institutos jurídico-culturais revalorizados pelo neoliberalismo não possuem força automática de adentrarem o ordenamento jurídico vigente (derrogando normas que dispõem em sentido contrário), sem que antes passem, através do devido processo legal legislativo, pela vontade do legislador. Isso porque, segundo Habermas, “*a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação*” (*Op. cit.* p. 141). Aprofundando a questão, Habermas coloca com maestria que:

A concepção empiricamente informada, segundo a qual as ordens jurídicas completam co-originariamente uma moral que se tornou autônoma, não suporta por muito tempo a representação platonizante, segundo a qual existe uma relação de cópia entre o direito e a moral – como se se tratasse de uma mesma figura geométrica que apenas é projetada em níveis diferentes. Por isso, não podemos interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias de

² Os exemplos podem ser colhidos às escâncaras. Não poderia alguém, nos países que não tipificam o uso de determinadas substâncias químicas, ser sancionado pelo uso das mesmas, porque a moral dominante da sociedade reprova, moralmente, a utilização de entorpecentes. Do mesmo modo, no Brasil, não poderia alguém ser sancionado por fumar tabaco em praça pública ou na sua residência, pelo simples fato de que fumar vem sendo, atualmente, comportamento reprovado, moralmente, pela maioria da sociedade.

direitos morais, nem a autonomia política como simples cópia da moral. Isso é devido ao fato de que normas de ação gerais se ramificam, em regras morais e jurídicas. Sob 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, o qual simplesmente coloca em relevo o sentido das exigências de uma fundamentação pós-convencional. (Op. cit. p.141-142)

Os aportes teóricos antes transcritos permitem as seguintes conclusões:

- a) a moral, ao contrário do direito, não é um sistema lógico e uno, mas sim, fruto assistemático do acúmulo cultural da humanidade;
- b) a moral, como discurso cultural, não nasce de forma espontânea, mas sim, pela ação deliberada e com aportes culturais dos grupos sociais;
- c) não há subordinação do direito à moral, mas sim, complementação, uma vez que a ordem jurídica, para legitimar-se, não copia platonicamente toda a ordem moral, mas busca na mesma alguns conteúdos;
- d) os conteúdos morais podem, e devem, sofrer depurações ao adentrarem a ordem jurídica;
- e) a depuração, fruto da autonomia política de determinada sociedade, pode até mesmo rechaçar parcelas significativas da ordem moral;
- f) a intensidade da necessária depuração não segue uma certa ordem natural, mas sim, é fruto do(s) discurso(s), que pode(m) colocar, ou não, em relevo determinados conteúdos morais, em detrimento de outros.

Portanto, é chegada a hora de tentar responder à questão colocada no subtítulo do presente texto: *qual o conteúdo para a Constituição: moral ou jurídico?* Evidente que a resposta já foi antes colocada: jurídico, com complementação, e não subordinação, da moral. A questão complexa, a exigir uma tentativa de resposta, agora é outra: qual, ou quais os conteúdos morais, trazidos pelos

diversos discursos, devem complementar os direitos previstos na Constituição?

Importa, assim, antes de adentrar a resposta, a lembrança de um último aporte habermasiano, qual seja, o de que o conteúdo normativo somente é imparcial no plano abstrato, eis que a neutralidade desaparece quando a norma jurídica, ou moral, é aplicada ao caso concreto. Deste modo, pode-se começar a construção das respostas ao que o presente texto se propõe.

A Constituição, como diploma de maior hierarquia de uma ordem jurídica, somente poderá ser legítima quando não contrariar princípios morais, mas corre o sério risco de perder legitimidade, e até mesmo deixar de ter qualquer importância normativa se não souber enfrentar os desafios presentes na atual ordem global, no sentido de depurar, entre as diversas e plurais tendências atuais, aquelas que podem complementar o *núcleo duro* de seu Texto, daquelas que podem destruir o citado núcleo.

Este é o desafio para o qual os publicistas deverão estar preparados. A pós-modernidade (vista aqui não como sinônimo de neoliberalismo mas também não antinômica do mesmo) coloca uma variedade imensa de discursos, entre os quais, não se lhe escapam, os direitos humanos. Importa, pois, demonstrar (e a demonstração aqui também é discursiva, eis que não poderia deixar de ser) que as propaladas vantagens trazidas nas *novas ondas* pós-modernas, tanto em nível cultural como material, só podem ser verificadas na virtualidade dos discursos, nas apologias de seus cultores, nas páginas dos seus defensores. A *praxis* demonstra, e aqui não discursivamente, que as colocações teóricas surgidas não encontram sucesso (ou *eficiência* para utilizar uma expressão juridicamente pós-moderna bastante em voga e, atualmente, com alçada constitucional) quando aplicadas concretamente.

Contudo, a simples denúncia discursiva, sem conseqüências normativas, cai no vazio, e não possui força simbólica suficiente para barrar a destruição (através, somente, de mera procedimentalização) dos direitos humanos (aqui considerados os individuais, sociais e difusos).

Deste modo, ganha força, na mentalização pós-moderna, a tendência, não nova, de que a Constituição não pode impedir que as gerações futuras venham a dispor livremente sobre seus

interesses, por força da petrealização da moral das gerações pretéritas.

Tal discurso, como todo discurso, tem duas faces, uma verdadeiramente concreta, outra meramente discursiva. Isso porque, se as gerações futuras possuem a possibilidade de disporem livremente sobre seus interesses (e isso deve ser reconhecido como potencialmente verdadeiro, e principalmente justo), é mero exercício de futurologia sustentar que essas mesmas gerações terão interesse em desprestigiar direitos presentes nos atuais Textos Constitucionais. Melhor deixar que o futuro se encarregue de mostrar quais serão as interpretações constitucionais que farão nossos sucessores.

Não sendo antinômica ao neoliberalismo, evidente que a pós-modernidade no jurídico e no econômico satisfaz os interesses do mesmo, quando trabalha no sentido de desprestigiar os princípios basilares do direito público, num discurso sobre a falência sistêmica destes mesmos princípios. Aqui, mais uma vez, os resultados também são virtuais, eis que a desconstrução principiológica (negativa da hierarquia normativa nascida da genealidade de Hans Kelsen, desvalorização da legalidade transformando o princípio em mero indicador exegetico sem maiores conseqüências, extirpação da reserva da lei em sentido formal etc..., tudo em nome da eficiência técnica) não trouxe resultados materialmente auferíveis que demonstrassem, na prática, que as sociedades melhoram seus indicadores sociais, econômicos e, sobretudo, culturais.

Nestes casos, fica patente que a tendência discursiva atual é a de transformar a *vontade livre do indivíduo* no único paradigma admitido, olvidando-se, por completo, da construção originariamente kantiana de que isso não é possível, eis que a possibilidade de se usar a coerção só é admitida com a concordância geral e abstrata de todos, através da lei em sentido formal.

Desnudada assim, a idéia pós-moderna (originariamente platônica, conforme antes visto) de que a ordem jurídica não pode prescindir de reproduzir a ordem moral, pode-se colocar (discursivamente) que a necessária depuração da ordem moral pela jurídica deve manter a principiologia existente, no sentido de defender os direitos previstos na Constituição.

Isso não implica que tais direitos não possam sofrer um processo (e não procedimentalização) interpretativo diferente, no sentido de adaptação às novas necessidades. Contudo, não se deve permitir que este processo de (re)interpretação venha no sentido de transformar tais direitos em meros procedimentos, axiologicamente neutros e destituídos de eficácia material.

A batalha é, pois, discursiva. Mas vai além. O discurso de manutenção da Constituição pela Constituição mostra-se fraco, débil e pouco vinculante, exatamente porque não aceita novas (re)interpretações. Ao defender acriticamente o velho, o discurso velho, neste sentido, só fortalece o discurso pós-moderno.

(Re)transformar o direito público, e também o privado, constitucionalizando a ambos, e até mesmo imaginando-se o fim da dicotomia até então existente (apenas e tão-somente como exercício de especulação), parece ser a porta de entrada para que se possa ir além do discurso, seja o velho ou o pós-moderno.

A dicotomia entre o público e o privado traz consigo a falsa idéia de que a existência de um Estado Social e Democrático de Direito³ seja antípoda da Dignidade da Pessoa Humana.

O verdadeiro discurso (sempre lembrando que a *verdade* de cada discurso só existe para quem o faz) passa exatamente pela idéia de que o Estado Social e Democrático de Direito existe para defender a Dignidade da Pessoa Humana, e, esta só encontra eficácia material no Estado Social e Democrático de Direito. Parece residir aqui o necessário critério para a depuração da ordem moral que deve ser necessariamente exercida pela ordem jurídica nas Instituições Políticas criadas pela experiência humana.

Assim, ao invés de se condenar antecipadamente os aportes pós-modernos, o que, a efeito inverso, só os fortalece, propõe-se a depuração discursiva. Para tanto, necessário se faz conhecer (cognitivamente, e a redundância aqui utilizada é proposital, no sentido de conhecer o discurso não apenas na sua forma e conteúdo, mas também, e principalmente, na sua essência) o novo aporte, qual paradigma o estriba e reconhecer nele um aliado ou um inimigo da

³ Evidente que o autor do presente não entende que o mesmo desapareceu, ou perdeu o sentido. Aliás, se assim entendesse, não escreveria estas linhas.

necessária simbiose entre Estado Social e Democrático de Direito e Dignidade da Pessoa Humana. No primeiro caso permitir que adentre o sistema normativo, no segundo a necessária repulsa.

Abandona-se, assim, a relação de cópia automática dos novos postulados morais pelo direito, mas não se nega que os mesmos possam complementá-lo, o que deve ser entendido como não repudiar aprioristicamente o novo discurso apenas porque ele é pós-moderno.

Talvez alguns coloquem, discursivamente, mais uma vez, que tal opção é ingênua, eis que, meramente, discursiva. Mas tal posição será, também, e principalmente, apenas um discurso. A posição significará, na prática, a *petrealização* de todo o Texto Constitucional. Tal pretensão, no plano teórico, poderia até ser aceitável se não conduzisse em seu bojo a constatação de que não haveria à pós-modernidade outra saída que não a *ruptura* do sistema constitucional vigente. Venceria assim a faceta bárbara da pós-modernidade, fracassando toda a modernidade civilizatória, eis que a *ruptura*, aqui, deve ser entendida como antônimo do conceito marxista de revolução, ou seja, etapa culminante do processo civilizatório.