



OS PRINCÍPIOS ENQUANTO NORMAS ÉTICAS E O MÍNIMO IRREDUTÍVEL DA CONSTITUIÇÃO

*Thais Novaes Cavalcanti**

Sumário: Introdução; 1. Princípios como normas jurídicas capazes de refletir valores; 2. Ética e normatividade constitucional; 3. A moralidade jurídica: dimensão moral dos princípios. Conclusões. Referências bibliográficas.

* Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da Universidade Católica de Salvador - UCSAL. E-mail: thais.cavalcanti@ucsal.br

INTRODUÇÃO

Princípios como *norma jurídica* dotados de imperatividade; princípios com eficácia jurídica, quer seja *derrogatória ou diretiva*, eficácia *plena*; princípios que são *mais do que programas ou diretrizes*, que são *pontes de ligação* entre a realidade social e a estrutura legal do sistema; princípios dotados de *generalidade* e, ao mesmo tempo, constituídos por um *núcleo básico determinado*; princípios como *cânone* do sistema, como *limite* de atuação, como forma de *controle*; princípios como *colunas-mestras* do edifício constitucional. Todas estas são características que, sem dúvida, constituem a grandiosidade deste instituto para o Direito Constitucional Contemporâneo. Pode-se dizer que os princípios constitucionais são a chave de sustentação do sistema jurídico, que fortalece o conceito de direito enquanto norma posta e, ao mesmo tempo, viabiliza o ideal de Justiça.

É necessário analisar a relação intrínseca dos princípios constitucionais com os valores, e, de forma mais ampla e filosófica, dos princípios enquanto **normas éticas do ordenamento jurídico constitucional**. Não como um resgate do subjetivismo, ou da indeterminação, ou do direito livre, mas como normas jurídicas, dotadas de coercibilidade, característica não inerente às normas morais. Tratar das normas éticas parece ser tema fundamental para a compreensão do atual conceito de Direito, bem como para definir a função que os princípios exercem no ordenamento jurídico.

1 PRINCÍPIOS COMO NORMAS JURÍDICAS CAPAZES DE REFLETIR VALORES

Francesco Carnelutti¹ quando trata do tema do direito e da ética, apresenta o **direito como o ‘*minimun*’ ético**:

As relações entre ética e o direito, que são, pouco mais ou menos, relações entre conteúdo e continente. Divergem, porém, os dois termos, ou, se assim quisermos exprimir-nos, os dois direitos, quanto à sua estrutura: pelo lado de conteúdo, porque a norma jurídica não pode realizar a ética integralmente, e pelo lado do continente, porque a norma jurídica tem necessidade de uma fórmula, e a regra ética não se presta a ser prisioneira de qualquer fórmula. Diz-se freqüentemente que o direito representa um “*minimum*” ético. (...) A verdade, porém, é que o progresso do direito se entende também no sentido de progressivamente se diminuir a diferença quantitativa entre ética e direito, ou seja, de se aumentar o que chamarei de receptividade ética do direito positivo. A norma jurídica deve ter, em suma um ‘*minimun*’ de rigidez enquanto a regra ética, pelo contrário, tem um ‘*maximum*’ de elasticidade.

¹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Coimbra: Ed. Armênio amado, 1942. p.114/118

A compreensão dos valores e da ética é feita dentro dos limites jurídicos, enquanto lei, norma posta, dentro dos parâmetros do ordenamento jurídico, sempre com referência a sua validade e efetividade jurídicas.

Note-se que os valores nem sempre possuem caráter ético (moral individual); muitas vezes, os valores destacados pela sociedade e positivados pelo constituinte como princípios fundamentais referem-se à organização do Estado, forma de governo, sendo valores políticos (moral social). Também os princípios podem representar valores morais, que interferem no agir dos homens de uma determinada comunidade, como o valor vida, o valor igualdade, o valor dignidade. No primeiro caso, os princípios representam valores históricos, relativos às circunstâncias históricas que são mutáveis; já no segundo, referem-se a valores éticos que sugerem maior atenção em sua análise, transgressão e no caráter de sua imutabilidade.

De qualquer forma, interessa analisar os valores enquanto relacionados aos princípios, ou seja, os princípios enquanto valores. Neste sentido, Robert Alexy desenvolve as relações entre a Teoria dos princípios e a Teoria dos Valores em seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Para ele, é necessário reconhecer o vínculo existente entre princípios e valores:

por um lado, da mesma maneira que pode falar-se de uma colisão de princípios e uma ponderação de princípios, pode também falar-se de uma colisão de valores e de uma ponderação de valores; por outro lado, o cumprimento gradual dos princípios tem seu equivalente na realização gradual dos valores.²

A distinção entre conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos é o ponto de análise de Alexy para demonstrar a diferença entre o conceito de princípio e de valor. Os princípios são mandatos de otimização e pertencem ao âmbito deontológico; já os valores pertencem ao nível axiológico. É necessário compreender se a palavra valor é utilizada para determinar se algo *tem* valor ou se algo *é* valor. Desta forma, tanto as regras como os princípios podem ser valores, depende do plano em que se está classificando.

Se definidos no plano deontológico, a norma está subdivida em regra e princípio; se no plano axiológico, a norma está subdivida em *regra de valoração* e *critério de valoração* (*valor em si*).³ Assim, princípios seriam os critérios definidos pelo constituinte para se valorar um fato ou ato, objetos de regulação jurídica.

² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 144

³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 145

Para outros autores, como, por exemplo, Hans Kelsen, os valores não fazem parte da Ciência do Direito⁴, principalmente por sua característica subjetiva, não racional.

o problema dos valores é em primeiro lugar um problema de conflito de valores, e este problema não pode resolver-se mediante o conhecimento racional. A resposta a estas perguntas é um juízo de valor determinado por fatores emocionais e, portanto, subjetivo por si só, válido unicamente para o sujeito que julga e, em consequência, relativo.⁵

Neste sentido, Kelsen conclui que às normas de direito positivo correspondem certa realidade social, o que não acontece com as normas de Justiça. O valor do Direito é objetivo, enquanto que o valor da Justiça é subjetivo. Os juízos acerca da Justiça não podem ser comprovados objetivamente, não sendo possível incluí-los na Ciência do Direito. Os juízos acerca da Justiça são juízos de valor morais ou políticos, diferentes dos juízos de valor jurídicos.⁶

Para Miguel Reale, autor da Teoria Tridimensional do Direito:

os valores não possuem uma existência em si, ontológica, mas se manifestam nas coisas valiosas. Trata-se de algo que se revela na experiência humana, através da História. Os valores não são uma realidade ideal que o homem contempla como se fosse um modelo definitivo, ou que só possa realizar de maneira indireta, como quem faz uma cópia. Os valores são, ao contrário, algo que o homem realiza em sua própria experiência e que vai assumindo expressões diversas e exemplares, através do tempo.⁷

Nesta definição, verifica-se outro fator importante para a discussão sobre os valores em si e a função ético valorativa que estes exercem no ordenamento, que é a referência direta à pessoa. Pode-se concluir, então, que os valores, quer como critérios de valoração (Alexy) quer como fator emocional e subjetivo (Kelsen), têm sentido enquanto relacionados com o sujeito de direitos – homem.

⁴ André Franco Montoro esclarece: “No campo do Direito, teorias do positivismo jurídico, que prevaleceram a partir do século XIX, sustentavam que ‘só é direito aquilo que o poder dominante determina e o que ele determina só é direito em virtude dessa circunstância’. Ética, valores humanos, justiça são considerados elementos estranhos ao Direito, extrajurídicos. Pensavam com isso construir uma ciência pura do Direito e garantir a segurança da sociedade. A ilusão foi desfeita com a trágica experiência da guerra mundial de 1939 a 1945 e, especialmente, pela atuação dos regimes totalitários de direito e de esquerda, em que o poder político dominante, principalmente o de Hitler na Alemanha, determinou normas de extermínio, genocídio e violação de direitos humanos fundamentais. Essa violência provocou a revolta da consciência mundial e a constituição de um Tribunal Internacional, em Nuremberg, para julgar os crimes contra a humanidade, violadores dos fundamentos éticos da vida social. E deu origem ao movimento impulsionado pelas aspirações da população de todo o mundo, que culminou com a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948. Essa Declaração, que constitui um dos documentos fundamentais da civilização contemporânea, abre-se com uma denúncia histórica ‘a desconsideração e o desrespeito dos direitos humanos resultaram em atos bárbaros, que revoltam a consciência da humanidade’. Afirma em seguida que: ‘o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo.’” In: “*Ética na virada do século. Busca do sentido da vida*, São Paulo: Ltr, 1997. p.14

⁵ KELSEN, Hans. *Qué es Justicia?*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1991. p. 39

⁶ KELSEN, Hans. *Qué es Justicia?*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1991. p. 151

⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 208

A ciência do Direito ultrapassa a própria tridimensionalidade teórica, em que fato, valor e norma são exteriorizados a partir de uma axiologia racional. Aceitar que a norma jurídica necessita de critérios de valoração é aceitar a Ética. E, somente conhecendo os fatos e a ética, é possível valorar de forma correta, em direção ao bem.⁸

O debate sobre princípios e normas, subjetivo e objetivo, direito e justiça é ponto central entre a ética e o direito. Cármem Lúcia Antunes Rocha ensina que:

A verdade – especialmente a verdade jurídica – não é senão uma visão de um fenômeno ou de uma situação. Esta verdade constitucional é a visão, o conceito e o valor Justiça, que a sociedade aspira ver concretizada. Para se chegar a esta verdade – que é engajada no momento histórico vivido por determinado povo-, há que se conhecerem os princípios que traçam o ideal e a ideia de Justiça entranhada na sociedade e adotada pela Constituição. Ela é uma obra que tem a grandeza democrática de permitir-se a criação permanente de suas normas, expandindo-se incessantemente pela presença dos princípios que a alicerçam, que se voltam à concretização do valor justo abrigado socialmente e que a alimenta em sua vivificação e em sua atualização.⁹ (grifo nosso)

Desta reflexão sobre os valores e sua relação direta com os princípios conclui-se que estes possibilitam a formação de um ‘*minimum*’ ético dentro do ordenamento jurídico, constituindo a verdadeira eficácia das normas jurídicas, cujo fundamento está no âmbito constitucional.

A ideia de ‘mínimo ético’ surge da expressão utilizada por Karl Loewenstein¹⁰ sobre o que constituiria o *mínimo irreduzível* da Constituição? Para ele, seria o ‘mínimo indispensável’, o ‘alicerce fundante’, a composição de algo sem o qual o todo não existiria. Em sua teoria da Constituição, estabelece cinco categorias de elementos fundamentais que são imprescindíveis para a existência e legitimidade da Constituição: 1) a diferenciação das tarefas estatais entre seus órgãos para evitar a concentração de poder nas mãos de um único detentor de poder; 2) mecanismo planejado que possibilite o sistema de ‘pesos e contrapesos’ entre os poderes; 3) mecanismo para evitar bloqueio entre os detentores do poder; 4) mecanismo de reforma constitucional que evite a ilegalidade, a força e a revolução; 5) o

⁸ Miguel Reale ensina: “A categoria do jurista é a categoria do *dever ser*, que não se confunde com a do psicólogo e a do sociólogo, pois o Direito só compreende o ser referido ao *dever ser*. Quem não percebe esta distinção, ou persiste em tratar do mundo das normas como se fossem coisas, é um desajustado entre os juristas, sendo aconselhável que se dedique à psicologia ou à sociologia, achegando-se à sua vocação natural. A atitude do jurista implica em uma tomada de posição perante os fatos, perante aquilo que a conduta humana se refere a valores.” (grifo nosso) in *Filosofia do Direito*, p.196

⁹ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 24

¹⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: editorial Ariel, p. 149

reconhecimento das direitos individuais e das liberdades fundamentais, o que considera o *núcleo da Constituição material*.¹¹

Note que os elementos fundamentais apontados por Loewenstein são formados por valores políticos, valores econômicos e também valores morais representados pelos direitos e liberdades individuais que surgem como normas imperativas. Por isso que, destarte o enfoque político da Teoria apresentada por Loewenstein, verifica-se grande semelhança entre o que ele chama de elementos fundamentais, que constituem o mínimo irreduzível da Constituição, com o que foi apresentado até aqui sobre os princípios constitucionais. É possível concluir que o mínimo irreduzível da Constituição está representado pelos princípios que determinada Constituição privilegia.

Como explica Antônio Carlos do Amaral:

A moral, diante dos ensinamentos da grande tradição filosófica clássica, sempre foi entendida como o ‘próprio ser do homem’, sobre aquilo que ele realmente é e está chamado a ser. Para se ter o contraponto e a real dimensão da questão ética para o homem, pode-se ter em vista que o Direito (objeto da moral), e toda a regulação normativa da sociedade, visa um mínimo: possibilitar a convivência social pacífica, de tal forma que se imponha a ‘força’ do Direito (mediante a aplicação coercitiva do Direito, como afirmou o utilitarista Bentham, ‘um mínimo ético’: um mínimo de regras eficazes à manutenção da boa ordem social. **A ética e a moral, por sua vez, visam um mínimo: a realização plena, existencial; em suma, a felicidade do homem.**”¹²

Nesse sentido é que os princípios constitucionais não podem ser concebidos de outra forma se não como normas jurídicas, dotadas de imperatividade. O que se pretende demonstrar é que, além de representar os pontos fundamentais e centrais da Constituição, os princípios são a representação dos valores da sociedade, são como as normas que garantem o mínimo indispensável da democracia e o resgate da dimensão moral da Constituição. É muito significativo conceber os princípios como normas jurídicas capazes de refletir valores.

2 ÉTICA E A NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL

Os problemas que envolvem a Ética ocupam destaque no mundo contemporâneo, em que os mais diversos estudos científicos têm sido elaborados visando resgatar o valor da Ética nos vários ramos do conhecimento. A bem da verdade, a Ciência Jurídica nunca deixou de reconhecer que para compreender o comportamento humano tem-se de levar em consideração a ética, as noções de certo e errado, de bem e de mal, de moralidade e

¹¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: editorial Ariel, p. 153/154

¹² AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Ética social e governamental: Advocay e Lobby*. São Paulo: Hottopos, 1997, p. 33

imoralidade. Há inúmeros institutos jurídicos impregnados por esse conceito como o abuso de direito¹³, locupletamento ilícito, bom pai de família, obrigação moral, dentre outros. E não só da ética pessoal, como também da ética social, da ética política, da ética jurídica, referindo especialmente ao caso do desvio de poder, atos de improbidade, crimes de corrupção, no âmbito do denominado princípio da moralidade administrativa.

Que o mundo necessita da ética é assente. Que as sociedades, em suas relações internas e externas, necessitam de ética, não resta dúvida. Que o Direito necessita de ética também é ponto pacífico, principalmente porque se espera do Direito o norte moral da atuação dos homens. Estudar a Ética atende aos reclamos públicos, cada vez mais exigida no desenvolvimento das ciências especulativas, como, também, na ação dos políticos, dos parlamentares, dos juízes, dos administradores públicos, dos empresários, do cidadão comum.

Inicialmente, cabe dar destaque a Ética enquanto ciência, estudando-se alguns de seus conceitos próprios, como o conceito de moral jurídica, de conduta humana, de bem e até mesmo da felicidade.

A Ética ou filosofia moral é o estudo filosófico-prático da conduta humana, preocupando-se exclusivamente com as ações livres e a conduta pessoal. “O moral (em sentido genérico), e o livre tem exatamente a mesma extensão. Todas as ações livres, e só elas, são morais; todas as ações morais, e só elas, são livres.”¹⁴ Aristóteles, em seu livro “Ética a Nicômaco”, põe de manifesto que ação e bem são termos correlatos, “Toda arte e toda a investigação, e do mesmo modo toda ação e eleição, parecem tender a algum bem; por isso se diz com razão que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem.”¹⁵

Quer dizer, a missão da ética é ajudar a pessoa a distinguir o bem verdadeiro do bem aparente, para que a vontade (ação livre) possa dirigir-se ao primeiro e evitar o segundo, que, na realidade, é um mal.¹⁶

Ética, segundo Nicola Abbagnano se traduz em:

(...) ciência da conduta. Existem duas concepções fundamentais dessa ciência: 1 a que a considera como ciência do fim a que a conduta dos homens se deve dirigir e dos meios para atingir tal fim; e deduz tanto o fim quanto os meios da natureza do homem; 2 a que a considera como a ciência

¹³ “Como penetra a imoralidade administrativa no mundo jurídico? Por uma perturbação da ordem jurídica semelhante à produzida pelo abuso de direito: o desvio de poder. Ambos têm a mesma causa: imoralidade na intenção do agente, levando à escolha de fim metajurídico irregular. Em ambos se verifica um desvio que consiste em colocar o poder jurídico ao serviço da tal fim. Para se dar idéia sugestiva do parentesco entre ambos servirá apenas a seguinte fórmula: o abuso de direito é a forma que, no campo do direito privado, assume o desvio do poder, este, por sua vez, é a forma que, no campo do direito público, assume o abuso de direito.” (Georges Ripert) in Cármen Lúcia Antunes Rocha. op. cit. p.211

¹⁴ LUÑO, Ángel Rodríguez. *Ética general*. 4.ed. Pamplona: EUNSA, 2001. p. 19-21

¹⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. livro I, 1, 1094 a 1-3

¹⁶ LUÑO, Ángel Rodríguez. *Ética general*. 4.ed. Pamplona: EUNSA, 2001. p. 23

do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar a mesma conduta.¹⁷

Assim, é possível afirmar que a **função ética dos princípios** é justamente indicar, através de seus preceitos, o *bem verdadeiro*, auxiliando as pessoas a direcionarem as *ações livres* para este fim, e não outro que não conduziria à *felicidade*. Por isso, diz-se que a Ética é um saber moral e não só um saber sobre a moral, porque formula e fundamenta, filosoficamente, juízos de valor e normas de comportamento com a intenção de orientar o exercício da liberdade pessoal até o bem da vida humana considerada como um todo.¹⁸

A discussão sobre a Ética remonta à Antiguidade, refletindo as diversas concepções filosóficas ao longo da história. Apenas para exemplificar, cabe citar alguns autores que trataram deste tema. De forma precursora, surge a **Ética de Sócrates**, que, em primeiro lugar, significa *conhecimento* como responsável por direcionar as ações ao bem verdadeiro, sem deixar-se levar por falsas impressões e aparências. A **Ética de Platão** baseada no seu idealismo, afirmando que a ética não se esgota na simples localização da ação virtuosa e de seu discernimento com relação à ação viciosa, mas com a noção de *Bem*.¹⁹

A **Ética de Aristóteles**, que apresenta maior similitude com as ideias apresentadas, está representada pela busca do bem humano, que, através da razão, se ordena de acordo com as *virtudes éticas*.²⁰ Aristóteles afirma que

a Ética é um tratado não teórico como os outros – pois não investigamos para saber o que é a virtude, senão para ser bons, já que em outro caso seria totalmente inútil – , e por isso temos que considerar o relativo as ações (práxeis), e ao modo de realizá-las: são elas, com efeito, as que determinam a qualidade dos hábitos.²¹

Outra fase importante é representada por David Hume, que provocou uma revolução filosófica através do empirismo, em que a experiência passa a ser o centro do conhecimento humano. A **Ética de Hume** não possui vínculo metafísico, sendo através da *experiência sensorial* que o homem adquire suas convicções morais e seu caráter pessoal. Mesmo defendendo o imperativo da moral, relaciona-a as convenções (relações de causa efeito) produzidas pela experiência humana.²²

¹⁷ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. De Alfredo Bosi. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1968, p. 360

¹⁸ LUÑO, Ángel Rodríguez. *Ética general*. 4. ed. Pamplona: EUNSA, 2001. p. 27

¹⁹ BITTAR, Eduardo. ALMEIDA, Guilherme. *Curso de Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 67-89

²⁰ LUÑO. LUÑO, Ángel Rodríguez. *Ética general*. 4. ed. Pamplona: EUNSA, 2001. p. 123

²¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro II, 2, 1103 b 26-31

²² BITTAR, Eduardo. ALMEIDA, Guilherme. *Curso de Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 256

A reação à concepção cética de Hume surge com Emanuel Kant e a filosofia crítica. Kant preocupa-se com a separação entre Direito e Moral, e apresenta a razão como insuficiente para determinar o agir ético e para conduzir o homem à felicidade.

Eis aqui, pois, o limite supremo de toda a investigação moral. Determiná-lo, entretanto, é de grande importância para que a razão, por uma parte, não vá buscar no mundo sensível, de um modo prejudicial aos costumes, o motor supremo e um interesse concebível, sim, mas empírico, e, por outra parte, para que não articule infrutuosamente as suas asas no espaço, para ela vazio, dos conceitos transcendentais, sob a denominação de mundo inteligível, sem adiantar-se sequer em um passo e perdendo-se entre fantasmas.²³

No Livro *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, Kant explica e justifica que a prática moral é necessária em razão da insuficiência da razão e, portanto, está baseada em uma lei *a priori* denominada por ele de imperativo categórico, que se resume em uma única sentença: “O imperativo categórico é, pois, único, e é como segue: *age só, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal.*”

Nesta fase confirma-se a separação entre razão e moral de uma forma diferente dos positivistas, aceitando a moral como algo natural, porém não racional.

A Ética tem como finalidade regular a conduta humana, contendo em si as espécies Moral e Direito²⁴, pois ambas estabelecem regras e ordens para o comportamento humano, definindo o *dever ser*, consubstanciado em valores. Mesmo sendo espécies do gênero Ética, a Moral e o Direito possuem aspectos semelhantes como também distinções.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta a evolução do Estado a partir do reconhecimento da Ética, quando afirma que o Estado de Direito exige a sedimentação da *legalidade*, já o Estado Democrático referiu-se também, de forma autônoma, à *legitimidade*, mas foi a introdução da *licitude* que levou à realização do Estado de Justiça. A **juridicidade não se reduz mais à legalidade, mas só se realiza plenamente com a legitimidade e com a licitude.**²⁵

O Estado contemporâneo, assim como a sociedade contemporânea exigem a relação da norma com a Ética, refletida justamente na atuação de cada um frente à Constituição Federal. No caso específico da Administração Pública, a moralidade é

²³ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. P.121, *apud ibid.* p.271

²⁴ O pensamento de Kelsen é oposto ao aqui exposto, quando afirma: “assim como o Direito é confundido com a ciência jurídica, a Moral é muito frequentemente confundida com a Ética e afirma-se desta o que só quanto àquela está certo: que regula a conduta humana, que estatui deveres e direitos, isto é, que estabelece autoritariamente normas, quando ela apenas pode conhecer e descrever a norma moral posta por uma autoridade moral e consuetudinariamente produzida.” in *Teoria pura do Direito*. Trad. João batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 93

²⁵ MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. In: *Revista de Direito Administrativo*. n.190, out/dez, 1992 p. 2

fundamental para a realização do objetivo traçado pela Constituição, que é a *legalidade, a impessoalidade, a publicidade, a eficiência*.

A normatividade constitucional do princípio da moralidade reequilibra a relação Estado-sociedade, o que comprova a importância de constatar que a “*norma jurídica situa-se no âmbito da normatividade ética*”²⁶. Concluindo no mesmo sentido que Maria Helena Diniz: “*uma essência ética, uma vez que se dirige à conduta social do homem, indicando-lhe como agir no complexo da realidade social a que a ajusta, sob a inspiração de valores, cuja fonte comum axiológica é o próprio homem.*”²⁷ (grifo nosso)

Desta forma, introduz-se o tema da Ética no estudo da normatização dos princípios constitucionais. A Ética, que compreende o estudo da conduta humana enquanto moral (boa ou má) e o estudo do Direito como conduta humana no sentido de lícito e ilícito, deve direcionar o conteúdo das normas jurídicas, especialmente dos princípios, na efetivação dos valores importantes para a sociedade e para o homem enquanto homem.

Sob a luz da Ética, e da Teoria Tridimensional do Direito (fato, valor e norma), a tarefa do jurista passa a ser muito mais ampla e abrangente, exercendo sua função social diante da normatividade da Constituição.

3 A MORALIDADE JURÍDICA - DIMENSÃO MORAL DOS PRINCÍPIOS

Como já visto, no estudo do panorama geral da Ética e, conseqüentemente, da Moral, não se pode conceber o Direito sem o conhecimento da moral, mesmo que ambos possuam diferenças fundamentais, como o aspecto da interioridade e exterioridade.

Obviamente, separar o estudo da Moral, primeiramente como parte da Ética (relacionando a Ética e o Direito), depois em sua relação direta com o Direito (moralidade jurídica distinta da moralidade comum) e, por fim, adentrar nas especificidades da moralidade administrativa (como forma de concretização do princípio da moralidade), é seguir apenas um método científico uma vez que tudo compõe a Ética nas relações jurídicas.

²⁶ Cabe a citação feita por Carlos Aurélio Mota de Souza in *Segurança Jurídica e Jurisprudência*. São Paulo: Ed. Ltr, 1996, p.51: “A certeza jurídica se constitui em certeza autêntica porque não se confunde com a existência das leis naturais e positivas, mas ilumina e orienta a formulação e aplicação das leis. É uma necessidade que vigora entre as causas jurídicas e seus efeitos. Não é uma mera probabilidade, mas uma certeza autêntica (direito à vida, à liberdade, à segurança, à própria justiça), é um dever ser, enquanto Lei Jurídica, como a Lei Moral, ambas subordinadas à Ética, que é gênero dos atos humanos. Lei e Moral são espécies do mesmo gênero, a Ética, como vimos acima. Por isso o Direito está permeado pela Moral, e num sentido lato, elas se identificam. Direito à vida, à propriedade, à liberdade, certezas jurídicas de Direito Natural. Mas, estrito senso se distinguem. Matar alguém: reclusão de 6 a 20 anos, é uma certeza legal de Direito escrito e hipotético, condicionado a que a vontade livre não viole a Lei escrita; verificada a causa (caso típico: matar), dá-se o efeito (condenação).

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Conceito de Norma Jurídica como problema de essência*. p. 63 e 64

A moral é apresentada em relação ao direito, inclusive sob o critério da funcionalidade, já que o Direito é bilateral, atributivo e visa ao ato exteriorizado e a moralidade é unilateral, visando à intenção do agente. Estas características indicam a distinção entre a moralidade na criação da lei – a **moral no Direito**, e moralidade na aplicação da lei – **moral do Direito**.²⁸

Muito embora não se pretenda aprofundar os aspectos filosóficos, é fundamental citar brevemente a contribuição de alguns autores que trataram deste tema e influenciam o pensamento contemporâneo, como é o caso de Kant²⁹ em “*Metafísica dos Costumes*”, Nietzsche em “*Genealogia da Moral*”, Habermas em “*Escritos sobre moralidade e eticidade*”, Michel Villey em “*Compendio de Filosofia do Direito*”; Georges Ripert em “*A regra moral nas obrigações civis*”.

Retomando o que já foi dito, Kant teve destaque em tratar da Moral relacionada ao Direito, tanto a primeira parte da filosofia jurídica kantiana está desenvolvida em seu livro ‘*Metafísica dos Costumes*’, mas não se pode analisá-la sem considerar a “*Crítica da Razão Prática*” que justifica e contrapõe a razão prática à razão especulativa, para fundamentar o princípio da moralidade. O objetivo da ‘*Metafísica dos costumes*’ é estudar os princípios racionais *a priori* da conduta do homem enquanto ser livre e racional. Kant aprofunda o pensamento de Thomasius que apresentava o critério para a distinção de Direito e Moral entre a exterioridade e a interioridade. Na doutrina Kantiana, tal critério passa a ser consequência, visto que o primeiro e verdadeiro critério de distinção entre moral e direito é motivo (móbil) por que a legislação é obedecida. Temos, assim, o motivo absoluto do dever pelo dever, no caso da legislação moral – que não pode ser interna – e um motivo empírico, no caso da legislação jurídica (externa).”³⁰

Norberto Bobbio³¹ analisou essa obra de Kant e apontou os principais critérios desenvolvidos para distinguir o Direito da Moral: “1) o critério da forma da obrigação; 2) a

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*. In: *Revista de Direito Administrativo*. n.190, out/dez, 1992. p.4

²⁹ Citação das obras utilizadas para compreensão do pensamento de Kant: Kant. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Coleção ‘Os Pensadores’, 1980; Norberto Bobbio. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, 1984; Giovanni Reale. *História da Filosofia*. Loyola, 2000; Gabriel Chalmeta Olaso. *Ética Especial*. EUNSA, 1998; Flamarion Tavares Leite. *O conceito de Direito em Kant*. Coleção fundamentos do Direito, 1996; Maria Lucia de Paula Oliveira. *A Filosofia do Direito em Kant: sua contribuição para a relação entre Direito e Justiça*. (Dissertação de Mestrado apresentada no departamento de Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro)

³⁰ LEITE, Flamarion Tavares. *O conceito de Direito em Kant*. São Paulo: Ícone, 1996. p. 51

³¹ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. São Paulo: Mandarim editora, 2000. p. 139

interioridade ou exterioridade da ação, do dever e da legislação; 3) a interioridade ou exterioridade da liberdade”.

No primeiro critério, explica:

Tem-se a moralidade quando a ação é cumprida por dever: tem-se a pura e simples legalidade, quando a ação é cumprida em conformidade com o dever, mas segundo alguma inclinação ou interesse diferente de puro respeito ao dever. (...) A legislação jurídica é a que aceita simplesmente a conformidade da ação à lei e não interessa as inclinações ou interesses que a determinaram. Já no segundo, a ação é externa pelo fato que a legislação jurídica, dita portanto legislação externa, deseja unicamente uma adesão exterior às suas próprias leis, independente da pureza de intenção, que interessa somente para o âmbito interno.³²

Por fim, o terceiro critério apresenta peculiaridade por estar vinculado à liberdade, ou seja, a legislação moral estabelece deveres por cujo cumprimento somos responsáveis apenas perante nós mesmos; a legislação jurídica prescreve deveres por cujo cumprimento somos responsáveis perante a coletividade. Surge uma relação intersubjetiva, porque à obrigação ou dever de quem se adequa à lei corresponde, no outro e nos outros, um poder coercitivo pelo qual tenho que cumprir a ação, este poder se chama direito. Da distinção entre liberdade externa e interna surge o conceito de relação jurídica, como característica do direito em oposição à moral.

Por sua vez, Nietzsche caminha em sentido oposto e desenvolve três aspectos do tema da moral, em seu livro ‘Genealogia da moral’: 1) a proveniência dos valores morais, demonstrando que, ao longo da história, a moral teve sua valoração alterada, diminuindo ou aumentando os diferentes conceitos; 2) combate às fundamentações metafísicas da moral, em que os fenômenos morais provêm do mundo imanente; 3) prova a existência de muitas “morais” através de uma análise histórica, fundamentando na mutabilidade do direito ao longo dos tempos.³³

Michel Foucault assim explica:

Genealogia não é, ainda que por vezes possa parecer, um novo método de se fazer história com suas próprias regras e princípios; antes é um esforço de se levar a história muito a sério e achá-la onde ela era menos esperada. A genealogia tem como seu objeto precisamente aquelas instituições e práticas que, como a moralidade, são usualmente pensadas como totalmente isentas de mudanças e desenvolvimento. A genealogia tenta mostrar o modo através do qual elas passaram por mudanças, como resultado de um desenvolvimento histórico.³⁴

³² BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. São Paulo: Mandarim editora, 2000. p. 56/77

³³ FERNANDES, Rodrigo Rosas. *Nietzsche, o castigo e a gênese da Moral*. Dissertação de Mestrado em Filosofia apresentada a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1996.

³⁴ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1990, p. 18

Após esta ilustração filosófica, o que demonstra a complexidade do assunto e a variedade de minúcias estudadas por todos estes autores, cabe apenas destacar os principais pontos de distensão ou interseção entre Direito e Moral:

Carlos Santiago Nino³⁵ faz uma análise interessante entre a dualidade direito e moral, destacando a dualidade positivismo-jusnaturalismo:

- 1) As normas de todo sistema jurídico refletem de fato os valores e aspirações morais da comunidade que regem, ou dos grupos de poder que participam direta ou indiretamente na feitura de tais normas;
- 2) As normas de um sistema jurídico devem ajustar-se a certos princípios morais de justiça que são universalmente válidos, com independência de que eles sejam aceitos ou não pela sociedade em que tais normas se aplicam;
- 3) As normas de um sistema jurídico devem reconhecer e ser efetivas às pautas morais vigentes na sociedade, qualquer que seja a validade de tais pautas desde o ponto de vista de uma moral crítica ou ideal;
- 4) Não é possível formular uma distinção conceitual precisa entre as normas jurídicas e as normas morais vigentes em uma sociedade;
- 5) Os juízes aplicam de fato em suas decisões não só normas jurídicas como também normas e princípios morais;
- 6) Os juízes devem recorrer às normas e princípios morais para resolver questões que não estão claramente determinadas pelas normas jurídicas;
- 7) Os juízes devem negar-se a aplicar aquelas normas jurídicas que contradizem radicalmente princípios morais ou de justiça fundamental;
- 8) Se uma regra constitui uma norma de um sistema jurídico ela tem força obrigatória moral, qualquer que seja sua origem ou conteúdo, e deve ser aplicada por todos os juízes e obedecida por seus destinatários;
- 9) A ciência jurídica deve encarar a tarefa de formular princípios de justiça aplicáveis a distintas situações juridicamente relevantes e aquilatar até que ponto as normas jurídicas vigentes satisfazem tais princípios e podem ser interpretadas de modo a conformarem-se à suas exigências;
- 10) Para identificar um dado sistema normativo como uma ordem jurídica ou como norma jurídica não basta verificar que o sistema ou a regra em questão satisfazem certas condições fácticas, como também deve determinar-se ademais, a adequação a princípios morais e de justiça; um sistema ou uma regra que não se adequem a tais princípios não ser qualificados de jurídicos.

Note-se que o campo da Moral é mais amplo que o campo do Direito, utilizando-se a antiga explicação dos dois círculos concêntricos, pode-se dizer que o círculo do Direito está contido no círculo da Moral. Assim, há fatos que interessam à moral e não interessam ao direito, porque não dispõem sobre a vida do homem em sociedade, mas deste com sua própria consciência. Do mesmo modo como existem fatos do Direito indiferentes aos critérios morais.

A Moral e o Direito separam-se no campo da *coercibilidade*, em que as normas jurídicas podem impor seu cumprimento, inclusive mediante a força; já a Moral não tem esse poder. No entanto, não se pode esquecer, até mesmo como definiu Kant, que, para a moral,

³⁵ NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1980. p. 11/12

existe a *disciplina*, que age como uma ‘contribuição negativa’ para que o homem determine o seu agir em vista do fim.³⁶

Adentrando o campo da moralidade jurídica, pode-se dizer que é caracterizada pela incessante busca da Justiça, que, em termos práticos, poderia ser representada pela equidade. Segundo Hamilton Rangel Júnior, “a *moralidade no Direito é a sancionabilidade que os princípios, normas e institutos jurídicos indicam para limitarem-se a subjetividade, individual, e a objetividade, coletiva, a que não sejam arbitrárias uma com a outra.*³⁷ *E considerando a moralidade objetiva de Hegel, a moralidade resulta no Direito como o sistema de determinações práticas, técnico-fatuais que levam às finalidades de qualquer das morais que em um Estado convivam, sem com estas se confundir.*”³⁸

CONCLUSÕES

A partir da existência do ‘mínimo ético’ e da existência da moral como indicador preciso das regras de Direito, sendo o direito a forma de garantir em certa sociedade este ‘mínimo ético’, verifica-se que os princípios constitucionais funcionam como este ‘mínimo ético’ ou ‘standards’ morais.

Canotilho, ao discutir a relação da ‘jurisprudência dos valores’ ou ‘jurisprudência dos princípios’ com a ‘jurisprudência dos problemas’ (a Tópica), alerta para o fato de que esta última não pode prescindir da primeira: É esta a intenção da moderna problemática dos princípios de interpretação da Constituição. Para ele, a ideia de sistema não é, porém, a ideia de sistema fechado de conceitos, mas a de um sistema *aberto* e flutuante, mais de natureza teleológica do que de natureza lógica.”³⁹

Isso representa exatamente a função dos princípios enquanto valores no ordenamento jurídico. A ideia de sistema aberto apresentada por Canotilho, nada mais é do que a utilização dos princípios como *medidas de valoração* dos problemas para se aplicar o direito. Representam, desta forma, o mínimo irreduzível necessário para a Constituição firmar o equilíbrio entre os valores sociais e as determinações legais.

Os princípios constitucionais possuem essa dimensão moral necessária para o equilíbrio das relações entre Estado e Sociedade, bem como representa a retomada da Ética dentro e relacionada com a norma jurídica positivada, afastando a contraposição entre moral e

³⁶ NERY, Rosa Maria. *Noções Preliminares de Direito Civil*. São Paulo: RT, 2002.p. 47

³⁷ RANGEL JÚNIOR, Hamilton. *Princípio da Moralidade Institucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 28

³⁸ RANGEL JÚNIOR, Hamilton. *Princípio da Moralidade Institucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 30

³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 2002. p. 237

direito. Demonstra-se, assim, que estes coexistem e se completam com o intuito de atender ao âmbito maior da Justiça, que é a finalidade do Direito.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. De Alfredo Bosi. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1968.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Ética social e governamental: Advocay e Lobby*. São Paulo: Hottopos, 1997.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

BITTAR, Eduardo. ALMEIDA, Guilherme. *Curso de Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. São Paulo: Mandarim editora, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Coimbra: Ed. Armênio amado, 1942.

DINIZ, Maria Helena. *Conceito de Norma Jurídica como problema de essência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERNANDES, Rodrigo Rosas. *Nietzsche, o castigo e a gênese da Moral*. Dissertação de Mestrado em Filosofia, apresentada a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1990.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. *Qué es Justicia?*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LEITE, Flamarion Tavares. *O conceito de Direito em Kant*. São Paulo: Ícone, 1996.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: editorial Ariel, 1970.

LUÑO, Ángel Rodríguez. *Ética general*. 4. ed. Pamplona: EUNSA, 2001.

MONTORO, André F. *Ética na virada do século. Busca do sentido da vida*. São Paulo: Ltr, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*. In: Revista de Direito Administrativo. n.190, out/dez, 1992.

NERY, Rosa Maria. *Noções Preliminares de Direito Civil*. São Paulo: RT, 2002.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1980.

RANGEL JÚNIOR, Hamilton. *Princípio da Moralidade Institucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SOUZA, Carlos A. M. *Segurança Jurídica e Jurisprudência*. São Paulo: Ed. Ltr, 1996.