

A cooriginariedade entre Direito e moral, e a conformação da moralidade administrativa no sistema jurídico brasileiro

The cooriginarity between Law and morality and the conformation of administrative morality in the Brazilian legal system

*Carlos Alberto Simões de Tomaz¹
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas²*

Resumo: A partir de uma pesquisa analítico-descritiva e de uma abordagem crítica, o artigo investiga a conformação da moralidade administrativa no sistema jurídico brasileiro. Para tanto, sustenta a cooriginariedade entre o Direito e a moral fazendo um exame do lugar da moral na racionalidade do positivismo jurídico e do pós-positivismo. Invoca a moral consensual de Habermas para sustentar, enfim, uma moralidade administrativa racional, reflexiva e material

-
- 1 Pós-doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Direito e Relações Internacionais pelo UNICEUB. Professor da Universidade de Vila Velha. Magistrado federal. *E-mail:* ca.tomaz@uol.com.br
 - 2 Doutor e Mestre em Direito Público pela PUC/SP. Professor licenciado da Faculdade Paulista de Direito da PUC/SP. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE - Universidade Nove de Julho. External Researcher da Cátedra Jean Monnet de Direito da UFMG. Advogado no Brasil e em Portugal. *E-mail:* robertocsgcaldas@uol.com.br

apta a bloquear atos lesivos aos níveis de validade de correção (sinceridade, verdade e retidão), frequentemente lesados por um agir estratégico voltado para a satisfação de interesses pessoais, ou de grupos, e não orientado para o consenso que gerou a condensação da expectativa normativa vazada no art. 37, *caput*, c/c art. 5º, LXXIII, da Constituição brasileira.

Palavras-chave: direito; moral; cooriginariedade; moralidade administrativa

Abstract: From an analytic-descriptive research and a critical approach, the article analyzes the conformation of administrative morality in the Brazilian legal system. To that end, it supports the co-originaryity between Law and morality by examining the place of morality in the rationality of legal positivism and post-positivism. It invokes Habermas's consensual morality in order to sustain a rational, reflective and material administrative morality capable of blocking injurious acts to the levels of validity of correction (sincerity, truth and rectitude) often damaged by a strategic action aimed at the satisfaction of personal interests or groups and not oriented to the consensus that generated the condensation of normative expectation leaked in art. 37, *caput*, with art. 5º, LXXIII, of the Brazilian Constitution.

Keywords: Legal system; moral; co-originaryity; administrative morality

Introdução

Neste artigo, submetemos à comunidade científica uma reflexão sobre a racionalidade da moralidade administrativa no sistema jurídico brasileiro. Começamos por um exame de

elementos pré-compreensivos, questionando qual o lugar da moral na experiência jurídica. Para tanto, afastamos a neutralidade da racionalidade monista, de perfil nitidamente positivista, que preconiza a separação entre o Direito e a moral, e desaguamos na abertura do pós-positivismo em que a cooriginariedade entre o Direito e a moral encontra *locus* privilegiado no *ethos*, portanto, nos costumes, na cotidianidade, onde o Direito deve ser arquitetonicamente pensado, elaborado, construído, sob o influxo de uma adequada compreensão.

Na sequência, demonstramos a cooriginariedade entre Direito e moral no sistema jurídico brasileiro em decorrência dos princípios condensados na Constituição, no particular que interessa à análise, o da moralidade administrativa tal qual vazado no art. 37, *caput*, para evidenciar que os juristas brasileiros não precisam fazer *ascensão justificadora* à guisa de trazer elementos de fora para imprimir racionalidade e densificação à moralidade jurídica.

Por fim, palmilhamos o caminho habermasiano em direção a uma moral consensual e divisamos no art. 37, *caput*, da Constituição brasileira, uma moralidade administrativa racional, reflexiva e material, julgada apta, em conclusão, para bloquear atos lesivos aos níveis de validade do discurso racional (*sinceridade, verdade e retidão*), que ora vicejam com tanta intensidade na experiência pública brasileira.

O artigo repousa numa pesquisa analítico-descritiva, bem como numa abordagem crítica, ao adotar-se o ordenamento jurídico como ponto de partida para uma avaliação da moralidade administrativa segundo sua aptidão como via de coibirem-se os desmandos da Administração Pública que se multiplicam na atualidade, sendo esta caracterizada por sua crise ética no âmbito também da Política.

1 Uma reflexão inicial do jusnaturalismo ao positivismo e sua crítica fundada na experiência jurídica contemporânea

A passagem do *estado de natureza* ao *estado de direito* processou-se a partir de um elemento comum: uma ordem normativa que concernisse ao cotidiano, às mais variadas relações sociais, a uma racionalidade ditada pelo monopólio do Estado na criação e aplicação do Direito.

De fato, esse lento processo de mudança crivou-se a partir da formação do Estado Contemporâneo, no qual

...a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar, aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária.³

Esse monopólio projetou-se, também, segundo faz ver Bobbio⁴, na aplicação do Direito, na medida em que, agora, o juiz não mais poderia decidir as controvérsias a partir das regras de costume, ou ainda com base naquelas elaboradas pelos juristas ou de acordo com critérios equitativos, segundo princípios da razão natural.

Deixava, portanto, de ser um livre órgão da sociedade para se tornar um órgão do Estado, solucionando as controvérsias de conformidade com os critérios estabelecidos pelo legislador, fazendo emergir, desde aí, a pugna entre direito natural e direito positivo. Assim, conforme Barroso,

3 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27.

4 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 28.

...a lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito – ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separado da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade. Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz – *la bouche qui prononce les parole de la loi* – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo. Em síntese simplificadora, estas algumas das principais características do Direito na perspectiva clássica: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo. Têmis, vendada, balança na mão, é o símbolo maior, musa de muitas gerações: o Direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade.⁵

Pensar numa *natureza racional* projetada a partir de uma *natureza instintiva ou natural* requer que se considere inevitavelmente a existência de um caminho, uma metodologia que permita assegurar os passos no sentido dessa racionalidade. Esse caminho permite apontar para duas fronteiras conceituais por onde passam os problemas que envolvem a Ciência do Direito nas democracias contemporâneas: o monismo e o pluralismo jurídico.

O monismo jurídico parte do pressuposto de que o Direito é aquele criado ou chancelado (no caso de normas consuetudinárias ou de direito natural)⁶ e aplicado exclusi-

5 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: Temas de direito constitucional, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13-14.

6 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone,

vamente pelo Estado. Podemos, então, falar de um Direito oficial, que é posto pelos homens em decorrência de uma convenção, de um contrato, de um pacto social, seja qual for a origem desse (violenta ou contratual) e se contrapõe àquele Direito que decorre da natureza e que “prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros.”⁷

Essa dicotomia entre Direito natural e Direito positivo, que se arrasta desde a antiguidade clássica, está a merecer, contemporaneamente, uma atenção maior da parte dos juristas, com vistas a uma melhor compreensão do fenômeno jurídico e da própria democracia.

Nesse contexto, Barzotto⁸ faz ver que desde as sociedades pré-modernas (período clássico), o ser humano é definido a partir de sua inserção social (*zoon politikon, animale sociale*), mostrando-se decisivo determinar como devem ser reguladas suas relações com os outros membros da sociedade, avultando-se, desde aí, a relevância do conceito de Justiça (que consiste em atribuir a cada um o que lhe é devido).

De tal sorte, o indivíduo deve atribuir à sociedade o que é necessário para que ela alcance o seu bem (bem comum, bem de todos, bem-estar social, prosperidade pública ou felicidade coletiva) e a sociedade deve atribuir ao indivíduo o que é necessário para que este alcance o seu bem (vida boa, bem-estar, prosperidade ou felicidade). Eis a diferença básica entre o bem comum, também dito felicidade coletiva, e a felicidade individual de cada membro em sociedade, cuja relação sinérgica deve permitir o incentivo a ambos.

1995, p. 29.

7 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 17.

8 BARZOTTO, Luis Fernando. “Positivismo Jurídico”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 642.

A Justiça deriva, nessa tessitura, da necessidade social de se determinarem, em situações concretas, quais são as condutas necessárias para equilibrar o bem natural da sociedade (composta por indivíduos) e o bem natural do indivíduo (animal social). E, a partir daí, Barzotto aponta para a circunstância de que

Quando o jusnaturalismo moderno propõe uma teoria da sociedade que parte não da comunidade, mas do indivíduo isolado no estado de natureza, ele é compelido a determinar até onde pode ir o arbítrio individual sem que o convívio social degenera em conflito aberto. A Lei Natural, estabelecida pela razão, passa a ser vista como limite necessário que constitui uma esfera de ação para cada indivíduo imune à interferência alheia. Essa esfera constitui um direito subjetivo natural. O Direito Natural é desse modo, o conjunto das leis naturais que disciplinam a liberdade de indivíduos entendidos como *mônadas auto-suficientes* (Marx) por meio da outorga de direitos naturais. Ao lado do Direito Natural, oriundo da razão, tem-se o direito positivo, oriundo da vontade.⁹

Efetivamente, no jusnaturalismo moderno, o processo de racionalização do Direito

...aponta para uma maior sistematização lógica e dedutiva do pensamento jurídico; contudo não faz o discurso jurídico abandonar as questões típicas da ética, tais como as noções de justiça, de liberdade, de bem-estar geral, de vontade, onde o Direito e a ética não se excluem mutuamente.¹⁰

De fato, a configuração do jurídico a partir de qualquer proposta racional não se desvincula, hodiernamente, de um apelo às questões éticas. E é por isso que Pêpe prossegue afirmando que

9 BARZOTTO, Luis Fernando. "Positivismo Jurídico". In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2006, p. 643.

10 BARZOTTO, Luis Fernando. "Positivismo Jurídico". In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2006, p. 643.

...o mundo jurídico tornou-se cada vez mais técnico, mais operacional no sentido de manejar tão-somente com elementos da racionalidade técnico-instrumental, onde os juristas se autodenominam de “operadores do Direito”, termos típicos da linguagem moral que continuam atravessando a prática discursiva dos que legislam, dos que aplicam e dos que ensinam o Direito.¹¹

Esse apelo, todavia, nem sempre está voltado para a realização da Justiça por meio da experiência jurídica, seja no momento da criação, seja no momento da aplicação. No mais das vezes, o recurso a argumentos éticos, valorativos, ou, enfim, filosóficos, revelam uma apropriação indevida de tais argumentos adrede e estrategicamente voltada à satisfação de certos fins, à guisa de atender às exigências de justificação do mundo da vida, como lembra ainda, com muita razão, Pêpe¹². Nessa contextura, tem razão Barzotto quando lembra que

...a modernidade [também, se se quiser, a pós-modernidade] caracteriza-se pelo predomínio de ações estratégicas (Weber, Habermas). Isto é, a conduta dos indivíduos está voltada para a escolha dos meios mais eficientes para a obtenção dos fins, especialmente em dois planos: economia e política.¹³

Parece, efetivamente, que a distinção maniqueísta do bem e do mal, do justo e do injusto, em si, se tornam instru-

11 PÊPE, Albano Marcos Bastos. “O Jusnaturalismo e o Juspositivismo modernos”. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 10-11, *passim*.

12 PÊPE, Albano Marcos Bastos. “O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos”. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 10-11.

13 BARZOTTO, Luis Fernando. “Positivismo Jurídico”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos: Renovar, 2006, p. 644.

mentais a serem, portanto, validadas por um procedimento que será legítimo se o fim preconizado for atingido.

A questão agudiza-se quando se percebe que não estão em causa escolhas de valores; quando não há temperança. E num mundo de seis bilhões de habitantes pode-se falar disso? Não é preferível nessa sociedade hipercomplexa e contingente correr o risco de um retorno ao estado de natureza, a uma autoridade moral e politicamente totalitária... Talvez seja por isso que Barzotto apresente uma visão tão cética, conquanto realista, do contrato social, divisando que “o indivíduo, como agente social, está engajado na tarefa de maximizar sua posse de riqueza e poder. O Direito deve se apresentar como instrumento oportuno para a obtenção desses fins”¹⁴. Daí professa que o jusnaturalismo moderno

...vai propor uma teoria do Direito que *naturalize* a busca burguesa pelo acúmulo de riqueza e pela posse do poder político. Essa é a doutrina contratualista. Quais são os instrumentos mais eficazes para a busca dos fins próprios à esfera econômica e política da sociedade moderna (burguesa)? Certas faculdades (direitos) que serão naturalizados: o direito de propriedade (absoluto) e livre-iniciativa, e o direito (dos mais abastados) de participar no processo político. Esses são dos direitos que, pertencendo ao ser humano no estado de natureza, são reconhecidos como *naturais*. O contrato social disporá sobre o arranjo institucional que, do ponto de vista do indivíduo isolado, seja o mais vantajoso para o seu interesse. O resultado é um conjunto de direitos que, impondo-se ao Estado, viabilizem a busca do auto-interesse na economia capitalista e no Estado Liberal. A Teoria do Direito não é mais uma teoria ética como no jusnaturalismo clássico, mas uma teoria da escolha racional (Rawls): quais são as escolhas que maximizarão o bem do indivíduo? Valerá como direito os meios (direitos) que o indivíduo auto-interessado e racional determinar como sendo os mais eficientes para obter os fins no contexto de uma sociedade

14 BARZOTTO, Luis Fernando. “Positivismo Jurídico”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos: Renovar, 2006, p. 644.

moderna. O legislador positivo nada mais deve fazer senão detalhar, por meio de regras gerais e abstratas, as condições ótimas do uso desses direitos.¹⁵

Todavia, a abertura do Direito a elementos éticos, valorativos, enfim, filosóficos e político-sociais coloca a experiência jurídica sobre os trilhos do pluralismo jurídico, o qual aparece como resposta ao normativismo estatal positivista e que, conforme escreve Wolkmer, tem como principal núcleo

...a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o Direito. [...] priorizando a produção de outras formas de regulamentação, geradas por instâncias, corpos intermediários ou organizações sociais providas de certo grau de autonomia e identidade própria.¹⁶

Trata-se, lembra ainda Wolkmer, “de uma visão antidogmática e interdisciplinar que advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnoformais”¹⁷. Na verdade, está em moda nos dias presentes o desenvolvimento de profundas e originais reflexões sobre questões morais. Fala-se, mesmo, de um *eticismo* que afetaria não apenas o discurso, mas a pragmática das Ciências Sociais com preocupação voltada para o espaço público e o homem como centro de irradiação de dignidade. Com efeito, Barroso observa que

O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases da legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica

15 BARZOTTO, Luis Fernando. “Positivismo Jurídico”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos: Renovar, 2006, p. 644.

16 WOLKMER, Antonio Carlos. “Pluralismo Jurídico”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos: Renovar, 2006, p. 637.

17 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 183.

(filosofia do direito). Interdisciplinaridade, que colhe elementos em outra área do saber – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico.¹⁸

Em razão disso, o discurso, seja jurídico, seja político, tem sido marcado por um forte apelo às questões éticas, alavancadas sob o que se pode denominar de *espírito do Estado*¹⁹, divisado ao se colocar o homem como o centro das atenções, ou seja, partindo-se da ideia de dignidade para afastar justificações políticas e até mesmo jurídicas, erigidas sob a ideia de *razão de Estado*.

Esse movimento, como registra Habermas²⁰, decorre do “fracasso das ciências sociais convencionais, que não puderam cumprir suas promessas teóricas e práticas”, vindo a ser caracterizado como a virada hermenêutica (*interpretative turn*) que propugna a crítica do arcabouço metodológico do positivismo para irromper a experiência das Ciências Sociais a partir da *compreensão*; e é exatamente esse espaço que permitiu o retorno à ética, de modo a ensinar novas atitudes, novo agir comunicativo no espaço público. De fato, Silva Filho e Caldas esclarecem que

Segundo um prisma positivista, ética corresponde ao campo científico de estudos acerca da moralidade, enquanto ciência do

18 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: Temas de direito constitucional, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 16.

19 *O espírito do Estado* poderia, assim, ser identificado como uma proposta ética positiva de valorização da dignidade humana erigida, segundo Gabardo, sob uma ‘ética política’ de inspiração universalista (hegeliana) e socialista (gramsciana), a partir de um abandono do conceito negativo de virtude contemplado por Maquiavel (GABARDO, Emerson. “O Pós-Moderno Príncipe e a Busca pela Tranquilidade da Alma”. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 43).

20 HABERMAS, Jürgen. “Ciências sociais reconstrutivas versus ciências sociais compreensivas”. In: *Consciência moral e agir comunicativo*. ALMEIDA, Guido A. de (Trad). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2003, p. 38.

comportamento social não juridicizado... Já sob um enfoque dito pós-positivista, o conceito do ser ético é materializado quando se emite um juízo de valor de ordem pessoal a respeito de determinadas condutas²¹

A par dessa realidade, a busca pela verdade (*aletheia*), para além da meramente ontológica peculiar à metodologia positivista, coloca a experiência jurídica ao lado da vivência da democracia representativa, sendo ambas dirigidas a decisões concretas visando o ideal de vida boa (*eudaimonia*), como registram Coura e Paula, pontuando, enfim, uma análise voltada para a experiência brasileira – como, aliás, também mais adiante volverá nosso exame –, pela qual “o poder constituinte deixou patente a marca teleológica do documento por ele parido em 1988, fundamentalmente o objetivo de construir uma sociedade solidária voltada ao bem comum”²².

De conseguinte, nos dizeres de Adeodato²³, “o surgimento de práticas a que as doutrinas tradicionais não conseguem se adequar e a necessidade de novas óticas para a compreensão da realidade jurídica...”, implicam a aceitação de novas maneiras de divisá-la, malgrado encontrando dificuldades no tradicionalismo com que o Direito é sempre tratado.

21 SILVA FILHO, Jesrael Batista da; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. “A ética e a moral nos contratos administrativos: princípios de sustentabilidade, moralidade e boa administração pública concertada”. In: *Anais do II Seminário Internacional de Controle e Políticas Públicas: trabalhos científicos*. Belo Horizonte: IRB, 2017, p. 100.

22 COURA, Alexandre Castro; PAULA, Quenya Correa de. “Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito”. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, n. 116, jan./jun. 2018, p. 66-67.

23 ADEODATO, João Maurício Leitão. “Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica”. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. Recife: ESMAFE, jun./1996, p. 277.

Isso decorre, sem dúvida, da circunstância de que seus operadores, desde o ensino até a *praxis*, de regra, não voltam os olhos para uma perspectiva não-dogmática, seja sociológica, seja no campo da filosofia epistemológica do Direito, ficando restritos à uma limitação imposta pelo “dado” – o Direito estabelecido pela ordem positiva.

Esse outro viés “tem uma tarefa prática, na medida em que fornece os subsídios para se criarem respostas aos estímulos da vida, isto é, decidir alternativas de conflito, tomar posições éticas, técnicas, políticas, tomar posição científica.”²⁴

Nessa ordem de pensamento, o fenômeno jurídico pode ser enfrentado sob outros prismas que propiciam a compreensão da Ciência Jurídica, por meio de sensível modificação no positivismo clássico, e propõem um rompimento na estrutura científica do Direito com a adoção de novos modelos, novos padrões, enfim, a partir de novos paradigmas, justamente porque os existentes “deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por meio que ajudaram em parte criar”.²⁵

É imperioso, todavia, ter-se presente que a experiência jurídica não pode se afastar totalmente da prática dogmática; porém, definitivamente, não pode ser reduzida a ela. Isso, aliás, Barzotto expressa com bastante precisão ao asseverar

Os positivistas partiram da ideia de que o direito positivo é um produto acabado, e como tal poderia ser identificado e fundamentado com o auxílio das categorias de validade e norma suprema. A positivação se constitui, ao contrário, em um processo contínuo, que envolve juízos de valor e atos de poder, não se esgotando

24 ADEODATO, João Maurício Leitão. “Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica”. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. Recife: ESMAFE, jun./1996, p. 278.

25 KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 126.

na atividade do legislador ou do juiz, mas ocorrendo mesmo na práxis do cidadão que utiliza o direito.²⁶

Portanto, é preciso buscar um lugar onde hermeneuticamente possamos nos colocar para enfrentar o fenômeno jurídico. Uma coisa, porém, é certa: é preciso renunciar ao positivismo com sua estrutura garantidora, altamente sedutora. Tal asserção não significa, vale salientar, uma renúncia ao método. Todavia, é preciso ver o Direito e a moral como co-originariamente fazendo parte do *ethos*. Ou por outra, dizer que o Direito está nos costumes, na cotidianidade, onde deve ser arquitetonicamente pensado, elaborado, construído, sob o influxo de uma adequada compreensão.

2 A cooriginariedade entre Direito e moral no sistema jurídico brasileiro

As relações da moral com o Direito são tão antigas, quanto polêmicas. Moreira Neto há muito asseverou que

No estudo dessas relações, desde logo encontramos o magno problema da distinção entre os dois campos, da Moral e do Direito, e, destacadamente, duas geniais formulações: primeiro, no início do século XVIII, de Christian Thommasius³, e, depois, já no fim desse mesmo século, de Immanuel Kant. Thommasius delimitou as três disciplinas da conduta humana: a Moral (caracterizada pela idéia do *honestum*), a Política (caracterizada pela idéia do *decorum*) e o Direito (caracterizado pela idéia do *iustum*), para demonstrar que os deveres morais são do “foro interno” e insujeitáveis, portanto, à coerção, enquanto os deveres jurídicos são externos e, por isso, coercíveis. Immanuel Kant, sem, de todo, abandonar essa linha, ao dividir a metafísica dos costumes em dois campos, distinguiu o da *teoria do Direito* e o da *teoria da virtude* (Moral); as regras morais visam a garantir a liberdade interna dos indivíduos, ao

26 BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 147.

passo que as regras jurídicas asseguram-lhes a liberdade externa na convivência social.²⁷

Recordemos que Dworkin reconhece que numa comunidade política os indivíduos têm direitos morais que devem ser assegurados pelo Poder Judiciário independentemente de prescrição normativa (decisão política primária)²⁸, como os decorrentes de outras pautas regulatórias de condutas, tais quais a prática social (costume), o precedente judicial e, sobretudo, os princípios.²⁹ Enfatizando a relevância dos princípios como pauta regulatória, para além das prescrições normativas, Dworkin se vale do seguinte exemplo

Em 1889, no famoso caso *Riggs contra Palmer*, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O Tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: “É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino. Mas o tribunal prosseguiu, observando que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime. O assassino não recebeu sua herança.”³⁰

27 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. Ética no Direito e na Economia. Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 190, out./dez. de 1992, p. 3.

28 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 15.

29 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 128 – 132.

30 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.

Ao realçar, nessa conformidade, a importância dos princípios, Dworkin reserva para eles uma função que se pode dizer supletiva, porque a eles o cientista do Direito se socorreria quando se deparasse com os chamados casos difíceis (*hard cases*); significa dizer, àqueles casos em que não se encontrassem uma solução em prescrição normativa, hipóteses em que o jurista teria necessariamente de proceder ao que ele chama de *ascensão justificadora* (que não é prevista *a priori*), dever-se-ia buscá-la nos princípios jurídicos³¹.

A chamada *ascensão justificadora*, em si, constitui um degrau da ascensão teórica que sempre está lá no horizonte do provável, mesmo quando ninguém ousa dar o primeiro passo, e conduziria o jurista a trabalhar de-fora-para-dentro, porque o âmbito do vasto domínio da justificação inclui princípios abstratos de moralidade política.

Tal circunstância conduziria o juiz a embarcar em longas incursões teóricas, donde a identificação do Direito envolve um exercício interpretativo vulnerável a essa ascensão justificadora, pelo que a ele (juiz) deve ser dada a prerrogativa de conduzir este exercício em qualquer tipo de ocasião que se imponha³².

Essa ascensão justificadora conduziria, desvela Machado, a

...uma dimensão moral objetiva, independente das crenças subjetivas, que conteria os valores éticos necessários à unidade da comunidade política [...] E o Direito ocuparia posição fundamental na defesa desse núcleo moral comum...³³

31 DWORKIN, Ronald. "Elogio à Teoria". XAVIER, Elton Dias (Trad.). *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 2, n.7, jul./set. 2007, p. 16-17.

32 DWORKIN, Ronald. "Elogio à Teoria". XAVIER, Elton Dias (Trad.). *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 2, n.7, jul./set. 2007, p. 16-17, *passim*.

33 MACHADO, Igor Suzano. "A decisão judicial entre a hermenêutica moral e a articulação política". In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, n. 109, jul./dez. 2014, p. 269-370, *passim*.

Tal se dá, vale mencionar, na esteira do caminho percorrido por Dworkin³⁴, o que “faria com que o Poder Judiciário pudesse intervir na política, desde que para garantir esse núcleo moral transcendente, que estaria acima de manifestações políticas sazonais, como decisões de uma legislatura circunscrita no tempo e no espaço.”³⁵

Ocorre, todavia, que no sistema jurídico brasileiro, para invocar a moral como fundamento de suas decisões, juiz algum precisa se valer de ascensão justificadora. Efetivamente, a Constituição brasileira coloca a moral como cooriginária ao Direito quando submete os agentes da Administração Pública à observância do princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, c/c art. 5º, LXXIII). A atenção a tal circunstância, foi reclamada por Streck quando registrou

[...] enquanto Dworkin sustenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou a argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva, não podendo, assim, ser identificados por meio de regra de reconhecimento, em sistemas jurídicos como o brasileiro essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-originariedade entre direito e moral – e nisso Habermas tem inteira razão –, isto é, aquilo que Dworkin necessita buscar “fora” do sistema, já está contemplado em Constituições fortemente compromissórias como a brasileira. Portanto, na situação hermenêutica (no sentido gadameriano do conceito) da Constituição do Brasil, o discurso moral-principiológico não vem de fora, para atuar como corretivo para os “impasses” interpretativos, até porque, e isto parece evidente, o direito é aberto à moral, mas não é dela dependente, como quer, *v.g.*, Alexy. Como bem assinala Arango, os sistemas jurídicos que incorporam princípios substantivos ou materiais

34 DWORKIN, Ronald. “Elogio à Teoria”. XAVIER, Elton Dias (Trad.). *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 2, n.7, jul./set. 2007, p. 3-26.

35 MACHADO, Igor Suzano. “A decisão judicial entre a hermenêutica moral e a articulação política”. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, n. 109, jul./dez. 2014, p. 269-370, *passim*.

como normas básicas valorativamente decisivas (princípios como o Estado Democrático de Direito, o Estado Social, a dignidade da pessoa, a solidariedade social, liberdade, a obrigação de erradicar a pobreza, a função social da propriedade) elevam ao patamar de obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal moral. E citando Dreyer, lembra que as Constituições políticas dos Estados que incorporam aqueles princípios ao direito positivo como princípios juridicamente válidos e como expressão *de* e *da* ética política moderna, estabeleceram uma relação necessária entre direito e moral, já que, com isso, se exige por direito próprio, em casos de vagueza e colisão, aproximar a noção do “direito como é” ao “direito como deve ser”. Por isso, a discussão da moral no plano da hermenêutica se coloca na questão do “lidar com o mundo prático”, a partir da não-cisão entre conhecer, interpretar e aplicar. O “conceito moral básico” que decide um caso advém da importância assumida pelo texto (veja-se a incorporação dos princípios substantivos pelo direito), a partir do requisito hermenêutico imposto pela consciência da história efetual.³⁶

A moral, assim, ao ser guindada à Constituição Federal de 1988, sob a ótica positivista do primado da moralidade administrativa, acaba por adquirir uma acepção semelhante à trabalhada por Hauriou³⁷, em que se sobreleva a distinção com a moral comum, tratando-se de uma moral jurídica que é caracterizada como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração Pública.

E, ao versar esta cooriginariedade da moral e do Direito enfeixada no princípio da moralidade administrativa, Silva Filho e Caldas observam, em um contexto dito pós-positivista, que

A moralidade administrativa, princípio administrativo previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, ao abarcar estas concepções de ética e moral no Direito como seus subprincípios, se

36 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 11-12.

37 HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Sirey, 11^a ed., 1927.

faz presente como um conjunto de regras de conduta que balizam com primazia a motivação não apenas dos atos privados, mas também administrativos e contratuais públicos (Rocha, 1994), de modo a disciplinar o agente público, ou quem lhe faça às vezes, em todas as suas ações e relações jurídicas.³⁸

Dessa forma, impende, portanto, verificar qual a racionalidade moral que o discurso jurídico brasileiro deve incorporar a partir desta concepção, de sorte a ter-se a compreensão contemporânea mais consentânea para a realidade jurídica hodierna.

3 Uma moral consensual para validar o discurso jurídico

Silva Filho e Caldas, ao verificarem o ordenamento jurídico garantidor de direitos subjetivos como sendo concebido também enquanto ética, ressaltam que

...o poder político, ao formalmente institucionalizá-la por intermédio da Constituição, além de estabelecer como fim do Estado – Ético Racional (Salgado, 1998) – a promoção de seu conteúdo de modo participativo (promoção do bem-comum, ou bem de todos com participação popular e controle social, conforme disposto no art. 3º, IV, c/c art. 1º, parágrafo único, e art. 74, § 2º, da CF/88), também consubstancia as políticas estatais a serem legalmente prescritas como públicas (Oliveira Sobrinho, 2016; Habermas, 1997) e, assim, estratégico-concertadas³⁹

38 SILVA FILHO, Jesrael Batista da; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. “A ética e a moral nos contratos administrativos: princípios de sustentabilidade, moralidade e boa administração pública concertada”. In: *Anais do II Seminário Internacional de Controle e Políticas Públicas: trabalhos científicos*. Belo Horizonte: IRB, 2017, p. 103.

39 SILVA FILHO, Jesrael Batista da; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. “A ética e a moral nos contratos administrativos: princípios de sustentabilidade, moralidade e boa administração pública concertada”. In: *Anais do II Seminário Internacional de Controle e Políticas Públicas: trabalhos científicos*. Belo Horizonte: IRB, 2017, p. 102.

E, quanto à participação em si, reforça Amauri Mascaro Nascimento

Esclareça-se que o pacto social normalmente resulta de uma negociação ou 'concertação social' em elevado nível da sociedade, com o objetivo de fixar rumos para a política social e econômica do país. Trata-se de meio para obter o consenso dos interessados antes de reformas mais profundas, contando com a participação de representantes (sindicais) dos trabalhadores, representantes dos empregadores (das empresas) e do Estado ('pactos trilaterais'), em que são estabelecidos planos sobre âmbitos diversos, especialmente no aspecto econômico e social.⁴⁰

Alexy está, a seu turno, convencido de que "não é a produção de segurança [marca da autosuficiência metodológica apreçoada pelo positivismo] o que constitui o caráter racional da ciência do direito, mas o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras..."⁴¹, que transformariam o discurso jurídico em um caso especial do discurso prático geral, sob o influxo decisivo da Teoria do Discurso de Habermas⁴².

A busca por um consenso justificado, garantido e fundado que permitisse a melhor resposta para as questões morais práticas, a partir de uma racionalidade motivada, é o caminho trilhado por Habermas e seguido por Alexy.

Para Habermas, o Direito deve ser justificado a partir de uma moral pós-convencional de pretensão universalista, em que todos sejam incluídos de modo a construir uma di-

40 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 176-177.

41 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005, p. 279.

42 HABERMAS, Jürgen. "Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso". In: *Consciência moral e agir comunicativo*. ALMEIDA, Guido A. de (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2003, p.86.

menção deôntica do *dever ser* não-imposta, mas construída pelo procedimento⁴³.

Deveras, a ética em Habermas é formal. Decorre de como devemos discutir para poder fazer⁴⁴. É assim que, para ele, resulta formulado o Princípio da ética do discurso (D)

...uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto *participantes de um Discurso prático*, a um acordo quanto à validade dessa norma.⁴⁵

Mas, ainda como pressuposto procedimental de validade do discurso, Habermas admite que ele deve se erigir a partir de um consenso de todos. E, assim, concebe o Princípio da Universalização (U) afirmando que

...toda norma válida deve satisfazer a condição [de] que as consequências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultem para a satisfação dos interesses de *cada* um dos indivíduos do fato de ser ela *universalmente* seguida, possam ser aceitos por *todos* os concernidos (e preferidos a todas as consequências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem).⁴⁶

43 HABERMAS, Jürgen. "Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso". In: *Consciência moral e agir comunicativo*. ALMEIDA, Guido A. de (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2003, p.86.

44 Segundo Habermas "A ética do Discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim, um *procedimento* rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. O discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente. É só com esse proceduralismo que a ética do Discurso se distingue de *outras* éticas cognitivistas, universalistas e formalistas..." (HABERMAS, Jürgen. "Consciência Moral e Agir Comunicativo". In: *Consciência moral e agir comunicativo*. ALMEIDA, Guido A. de (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2003, p. 148-149).

45 HABERMAS, Jürgen. "Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso". In: *Consciência moral e agir comunicativo*. ALMEIDA, Guido A. de (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2003, p.86.

46 HABERMAS, Jürgen. "Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso". In: *Consciência moral e agir comunicativo*. ALMEIDA, Guido A. de (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2003, p.86.

A opção moral, nessa conformidade, deriva do convencimento, avultando-se, portanto, racional. E o Direito apenas se legitima a partir dessa racionalidade comunicativa do discurso. Por isso, ele proclama

Só é imparcial o ponto de vista a partir do qual são passíveis de universalização exatamente aquelas normas que, por encarnarem manifestamente um interesse comum a todos os concernidos, podem contar com o assentimento universal – e, nessa medida, merecem reconhecimento intersubjetivo. A formação imparcial do juízo exprime-se, por conseguinte, em um princípio que força *cada um*, no círculo dos concernidos, a adotar, quando da ponderação dos interesses, a perspectiva de *todos os outros*.⁴⁷

O procedimentalismo, registram Teixeira e Radke, “...é o grande eixo que liga a teoria discursiva filosófica de Habermas com o direito, uma vez que é por meio da razão comunicativa que o referido autor busca se afastar do solipsismo do sujeito”⁴⁸, impulsionador da discricionariedade judicial levada a extremos pelo positivismo jurídico.

O *agir comunicativo* avulta-se orientado para o entendimento mútuo. Ele ocorre, registra Habermas, “quando os atores tratam de harmonizar inteiramente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um *acordo* existente ou a se negociar sobre a situação e as consequências esperadas”⁴⁹.

47 HABERMAS, Jürgen. “Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso”. In: *Consciência moral e agir comunicativo*. ALMEIDA, Guido A. de (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2003, p.86.

48 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; RADKE, Rafael Wagner. “Habermas e a tentativa procedimental de superação da discricionariedade judicial”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, n. 115, jul./dez. 2017, p. 95.

49 HABERMAS, Jürgen. “Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso”. In: *Consciência moral e agir comunicativo*. ALMEIDA, Guido A. de (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2003, p.164-165, *passim*.

Difere, portanto, do *agir estratégico*, na medida em que, sendo certo que

...os autores estão exclusivamente orientados para o *sucesso*, isto é, para as consequências do seu agir, eles tentam alcançar os objetivos de sua ação influenciando externamente por meio de armas ou bens, ameaças ou seduções, sobre a definição da situação ou sobre as decisões ou motivos de seus adversários.⁵⁰

Efetivamente, Habermas está convencido de que as ações sociais podem mesmo se distinguir segundo seus agentes optem por um ou outro caminho⁵¹. Porém, a verdade é que, da mesma forma que os membros do Executivo, parlamentares e igualmente juízes estão afetos a juízos oportunistas de valor, uma decisão, seja política, administrativa ou judicial pode se revelar um agir ocultamente estratégico voltado para satisfação de interesses os mais variados. Dessa forma, a correção do discurso como critério de legitimação e validação do Direito, somente ela, não se avulta suficiente, conclamando por algo mais.

De qualquer modo, no agir comunicativo há uma postura pragmática sob o uso da linguagem, voltada para a

50 HABERMAS, Jürgen. "Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso". In: *Consciência moral e agir comunicativo*. ALMEIDA, Guido A. de (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2003, p.164-165, *passim*.

51 "Al definir la acción estratégica y la acción comunicativa como dos tipos de acción distintos, parto del supuesto de que las acciones concretas se pueden clasificar según estos dos puntos de vista. Cuando hablo de <<estratégico>> y de <<comunicativo>> no solamente pretendo designar dos aspectos analíticos bajo los que *una misma* acción pudiera describirse como un proceso de recíproca influencia por parte de oponentes que actúan estratégicamente, de un lado, y como proceso de entendimiento entre miembros de un mismo mundo de la vida, de otro. Sino que son las acciones sociales concretas las que pueden distinguirse según que los participantes adopten, o bien una actitud orientada al éxito, o bien una actitud orientada al entendimiento; debiendo estas actitudes, en las circunstancias apropiadas, poder ser identificadas a base del saber intuitivo de los participantes mismos." (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1999, p. 367-368).

busca do consenso, em que o agir dos atores deve ser validado por três níveis de correção: *sinceridade*, *verdade* e *retidão*.

O consenso daí advindo, a sua vez, repousa em um horizonte no âmbito do qual os agentes se movimentam e que é pano de fundo da ação comunicativa, qual seja, o *mundo da vida*, construído de certezas partilhadas⁵² e que enseja as condições ideais para o desenvolvimento do *espaço público* onde devem se desenrolar e se legitimar as relações entre o Estado, o Direito e a sociedade, tudo, naturalmente, sob o influxo de pactos semânticos edificadores de emancipação.

4 A moralidade administrativa racional, reflexiva e material vazada no art. 37, caput, c/c art. 5º, LXXIII, da Constituição brasileira

É preciso perceber, realmente, que o Direito atual perdeu efetivamente a fundamentação moral de caráter religioso ou sacro para admitir, numa nova dimensão, a conclamação por uma fundamentação moral jurídica. Impende, a partir daí, precisar em que consiste essa hodierna fundamentação moral jurídica que impregna o Direito contemporâneo.

Para tanto, tomemos a lição de Luhmann para quem o Direito dos nossos dias deve ser compreendido como controle das expectativas sociais normativas⁵³. Em verdade, o que pretende explicitar é que a sociedade da atualidade é caracterizada por uma complexidade de expectativas orientadas para satisfação de interesses⁵⁴. Quanto mais complexa

52 HABERMAS, Jürgen. "Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso". In: *Consciência moral e agir comunicativo*. ALMEIDA, Guido A. de (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2003, p.165-172, *passim*.

53 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45-66.

54 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.

é a sociedade, mais complexas são as expectativas de seus membros, cabendo ao Direito condensar tais expectativas de modo a afastar a sua frustração, donde advém a função de controle da Ciência Jurídica⁵⁵.

Significa dizer, voltando para a cotidiana situação do Estado brasileiro, que constitui uma expectativa normativa do povo brasileiro a de que seus agentes públicos atuem no campo da moralidade. A Constituição de 1988 condensou essa expectativa social, primeiro de natureza cognitiva (porque, sem dúvida, ela é da maior parte dos brasileiros que almejam que assim seus agentes atuem), e a transformou numa expectativa normativa, quando, no seu art.37, *caput*, estabelece que a Administração Pública deve atuar dentro do campo da moral, inclusive sancionando condutas administrativas imorais, ou mesmo amorais, à luz do prescrito no seu art. 5º, LXXIII (posto ser o direito de ação – *in casu*, de ação popular –, a sanção por excelência quando divisada no plano sintático da estrutura normativa kelseniana).

E assim o fez revelando a função controladora do Direito para inibir a frustração dessa expectativa. Se assim é, caberá ao Poder Judiciário, diante de caso em concreto, estabelecer mecanismos para remediar a expectativa normativa frustrada, o que implica trazer para o campo da moralidade o agente que se desviou, e evitar, com isso, que o código binário do direito (lícito/ilícito) seja bloqueado por códigos binários de outros sistemas sociais, como a política (poder/não-poder) ou a economia (ter/não-ter). Silva Filho e Caldas esclarecem

A moralidade administrativa, inclusive alçada a bem jurídico autonomamente tutelado mediante ação popular (art. 5º, XLIII, da

45-66.

55 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45-66.

CF/88) (Caldas, 2014c), em sua definição incorpora os conceitos de ética, moral, probidade, honestidade e boa-fé, de modo que sua inobservância enseja vícios de ilicitude e desconfiança ante os desvios finalísticos efluentes, inclusive nas hipóteses pactuais, quer na fase pré-negocial (licitatória) ou de desenvolvimento dos contratos administrativos.⁵⁶

Com efeito, a moral pública, considerada enquanto moralidade administrativa, foi alçada na Constituição brasileira ao âmbito da função controladora exercida pelo Direito, como um princípio e como um bem jurídico direta e autonomamente tutelável por meio de ação (em verdade, garantia constitucional), e, portanto, com muito maior densidade do que as regras, porquanto ambos (princípio e bem jurídico tutelável) servem de paradigma, de orientação para a aplicação destas (normas infraconstitucionais).

Como um princípio, a moralidade administrativa na Constituição de 1988 é, portanto, racional, material e reflexiva. Revela que, a partir da positivação, as ações dos agentes do Estado devem subordinar-se ao consenso político da sociedade vazado na *Lex Legum*, exigindo que a autoridade ao agir, sob a perspectiva do princípio, retome a satisfação da vontade da coletividade que o elegeu para satisfação de uma expectativa social. Daí a flexibilidade do princípio que há, necessariamente, de adquirir contorno material e não apenas restar paralisado na forma expressa pela Constituição.

Como bem jurídico direta e autonomamente tutelável por intermédio da ação popular, a sanção por violação à moralidade administrativa mostra-se igualmente racional, material e reflexiva. Na medida em que não apenas encerra um cunho socioeducativo, como também punitivo, coibindo

56 SILVA FILHO, Jesrael Batista da; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. "A ética e a moral nos contratos administrativos: princípios de sustentabilidade, moralidade e boa administração pública concertada". In: *Anais do II Seminário Internacional de Controle e Políticas Públicas: trabalhos científicos*. Belo Horizonte: IRB, 2017, p. 106.

condutas moralmente indesejáveis no trato da coisa pública, faz com que o administrador público, ao ser passível de apenação, sirva de modelo para que esta sua situação repercuta em outras condutas moralmente repreensíveis no seio social, criando uma cultura de satisfação espontânea das expectativas normativas (condensadoras que são das expectativas sociais).

Isso exige, sem dúvida, da parte dos agentes do Estado, u'a ação comunicativa voltada para um agir instrumental, nos atos de fala, de pretensão, de agir e de validade direcionados para a satisfação do princípio que expressa, em última análise, o interesse social comum, como sustenta Habermas⁵⁷.

Não pode é o agir dos agentes se tornar estratégico, seja abertamente estratégico, seja ocultamente estratégico, quando não orientado para o entendimento, o acordo, o consenso, que gerou a condensação da expectativa normativa, e voltar-se para a satisfação de interesses pessoais bloqueadores dos níveis de validade de correção: sinceridade, verdade e retidão.

A moralidade jurídica material e reflexiva, sob o influxo de um discurso racional, serviu, inclusive, de veio condutor do voto proferido em decisão na qual a Corte Federal da 1ª Região do Brasil sancionou o Secretário Geral do Presidente da República, por meio de ação popular, invalidando a nomeação por si realizada da filha do próprio Presidente da República para o cargo de Secretário Adjunto, divisando no ato, um agir estratégico voltado para satisfação de interesses particulares⁵⁸.

57 HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1987, p. 351-369; *Consciência moral e agir comunicativo*. ALMEIDA, Guido A. de (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 164-172.

58 Do voto condutor do v. acórdão extraem-se os seguintes excertos: “[...] Não pode é o agir dos agentes se tornar estratégico, seja abertamente estratégico, seja ocultamente

De acordo com Brandão, para que se possa falar em boa administração, é preciso que esteja presente

...o exercício do senso moral com que cada homem é provido, a fim de usar retamente, – para o bem, entenda-se – nas situações concretas trazidas pelo quotidiano, os poderes jurídicos e os meios técnicos; e, por outro lado, exige ainda que o referido bom uso seja feito em condições de não violar a própria ordem institucional, dentro da qual eles terão de atuar, o que implica, sem dúvida, uma sã noção do que a Administração e a função administrativa são.⁵⁹

estratégico, quando não orientado para o entendimento, o acordo, o consenso, que gerou a condensação da expectativa normativa, e voltar-se para a satisfação de interesses pessoais bloqueadores dos níveis de validade de correção: sinceridade, verdade e retidão. Insta quadrar, nessa conformidade, que a conduta de um agente público brasileiro, Secretário Geral do Presidente da República, que nomeia a filha do próprio Presidente da República para o cargo de Secretário Adjunto da Presidência da República, revela um agir no âmbito do sistema político bloqueador dos níveis de validade (sinceridade, verdade e retidão) da expectativa de conduta alçada no consenso normativo vazado no art. 37 da Carta. De fato, não é o Presidente que está formalmente nomeando sua filha, todavia, a filha do Presidente é nomeada Adjunta da Secretária Geral da Presidência e, obviamente, prestará assessoria a seu pai adjuntamente com o Secretário Geral. Evidencia-se, a todo modo, a conduta estratégica, já que agride abertamente a moralidade o Presidente da República nomear sua própria filha Secretária Geral da Presidência e, portanto, busca-se disfarçadamente, isto é, sob o pálio de um agir estratégico oculto desprovido dos níveis de validade de correção (sinceridade, verdade e retidão), nomeá-la de forma oblíqua sob o manto da condição de Secretário Adjunto.” A ementa do v. acórdão, que sintetiza o julgado, encontra-se assim vazada: “Constitucional. Ação Popular. Moralidade jurídica (CF/88: art. 37, caput). Nomeação de filha de presidente da República para adjunto da Secretaria-Geral da Presidência. Lesividade ao patrimônio jurídico. I. A inserção de racionalidade moral, altamente legitimada em expectativa cognitiva social transformada em normativa e condensada no art. 37 da Carta, confere o nível conceitual da moralidade jurídica voltada para bloquear atos lesivos dos níveis de validade de correção (sinceridade, verdade e retidão), que o consenso popular brasileiro exige do agir de seus agentes públicos. II. A pressão seletiva social assim plasmada no art. 37 da Carta, presente, portanto, no Estado de Direito brasileiro, afasta a atuação de agente público ocupante do cargo de secretário-geral da Presidência da República no sentido de nomear a filha do presidente da República para o cargo de adjunto da Secretaria-Geral da Presidência, porque isso implica um agir ocultamente estratégico voltado para a satisfação de interesses pessoais e não orientado para o entendimento, o acordo, o consenso, que gerou a condensação da expectativa normativa. III. Apelações e remessa oficial não providas.” (BRASIL. TRF1 - Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Cível 1999.01.00.040000-7/DF. In: *Revista do Tribunal Regional Federal - Primeira Região*, v. 17, n. 4. Brasília: TRF/1ª Região, abr. de 2005, p. 128-133).

59 Brandão, Antônio José. “Moralidade Administrativa”. *Revista de Direito Administrativo*,

Dessa forma, Freitas, ao versar sobre a autonomia do princípio da moralidade administrativa em nosso ordenamento jurídico, sintetiza o conteúdo não apenas racional deste princípio, mas também reflexivo e material

No tangente ao princípio da moralidade, por mais que tentem assimilá-lo a outras diretrizes e conquanto experimentando pronunciada afinidade com todos os demais princípios, certo é que o constituinte brasileiro, com todas as imensas e profundíssimas conseqüências técnicas e hermenêuticas que daí advêm, pretende conferir autonomia jurídica ao princípio da moralidade, ao qual veda condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras ao senso moral da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência. De certo modo, tal princípio poderia ser identificado com o da justiça, ao determinar que se trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado. O “outro”, aqui, é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e racionalmente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados à luz da orientação decisiva e substancial, que prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, as referências valorativas basilares vigentes, cumprindo, de maneira precípua até, proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade a boa-fé para com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez⁶⁰

De conseguinte, deflui que a moralidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, ao afastar-se completamente de uma eventual ascensão jurídica por parte dos aplicadores do Direito para coibirem-se condutas imorais, ou mesmo amorais – vez que positivado na Constituição Federal enquanto um princípio e um bem jurídico direta e autonomamente tutelável por meio de u’a ação –, densifica ao

n. 25, 1951, p. 459.

60 *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 67-68.

máximo as expectativas sociais em torno de condutas morais (e, assim, também éticas e leis) por parte dos administradores públicos, reprovando, por completo, um agir estratégico que se mostre em detrimento da concertação, entendida, aqui, englobando a participação popular e o controle social segundo um processo comunicativo que os viabilize.

Conclusão

Concebida a moral como cooriginária ao Direito, tem-se que a construção de um modelo normativo dirigido à busca de um consenso, e alçado no mundo da vida sob a racionalidade da dimensão reflexiva daquilo que é dito no plano da ação – o discurso –, revela o agir comunicativo como um ideal regulatório, uma normatividade ideal e contrafática na medida em que, se a racionalidade estratégica entra no discurso mediante bloqueio a um dos níveis de correção, quebra-se a racionalidade discursiva que, na verdade, às vezes é aparente, ainda mais quando prejudicadas as condições ideais de fala por manipulação de um agir aberto ou ocultamente estratégico – que conduz a um engano consciente quando não demonstrada a intenção de se conseguir o resultado, portanto, insincero.

E isso, diga-se de passagem, é bastante comum nos Estados da modernidade periférica, em que o Estado Democrático de Direito e a Administração Pública concertada ainda não se encontram sedimentados, e a colonização do mundo da vida, sob o influxo de abordagens adredemente voltadas para satisfação de interesses ideológicos os mais variados – de regra neocapitalistas liberais, corporativos, midiáticos, entre outros –, solapam o espaço público e deformam o agir comunicativo, desembocado na legitimação e racionalidade tanto da administração pública quanto da jurisdição.

Não se pode olvidar que muitos acontecimentos recentes da vida pública brasileira estão a invalidar tal âmbito conceitual da moralidade administrativa, condensada como princípio e como bem jurídico direta e autonomamente tutelável consoante previsto no art. 37, *caput*, c/c o art. 5º, LXXIII, da Constituição brasileira, muito embora a sua densidade normativa encontre-se apta a bloquear atos lesivos dos níveis de validade de correção (*sinceridade, verdade e retidão*) e conduzir a um agir comunicativo que afaste ou nulifique os efeitos de atitudes dos agentes públicos brasileiros tendentes a frustrar o consenso popular que engendrou a expressão social seletiva do primado e bem jurídico em tela (repita-se, aglutinado no art. 37, *caput*, c/c o art. 5º, LXXIII, da Constituição).

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

ADEODATO, João Maurício Leitão. "Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica". *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. Recife: ESMape, v. 1, n. 1, jun./1996, p. 266-286.

BARROSO, Luís Roberto. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)". In: *Temas de Direito Constitucional - t. II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3-46.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando. "Positivismo Jurídico". In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia*

do Direito. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANDÃO, Antônio José. "Moralidade Administrativa". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 25, jul./set. de 1951, p. 454-467.

BRASIL. TRF1 - Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Cível 1999.01.00.040000-7/DF. In: *Revista do Tribunal Regional Federal - Primeira Região*, v. 17, n. 4. Brasília: TRF/1ª Região, abr. de 2005, p. 128/133.

COURA, Alexandre Castro; PAULA, Quenya Correa de. "Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, n. 116, jan./jun. 2018, p.63-112.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. "Elogio à Teoria". XAVIER, Elton Dias (Trad.). *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 2, n.7, jul./set. 2007, p. 3-26.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

GABARDO, Emerson. "O Pós-Moderno Príncipe e a Busca pela Tranquilidade da Alma". In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. ALMEIDA, Guido A. de (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. ALMEIDA, Guido A. de (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed., 2003.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Sirey, 11ª ed., 1927.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, Igor Suzano. "A decisão judicial entre a hermenêutica moral e a articulação política". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, n. 109, jul./dez. 2014, p. 365-409.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 190, out./dez. de 1992, p.1-44.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. "O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos". In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA FILHO, Jesrael Batista da; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. "A ética e a moral nos contratos administrativos: princípios de sustentabilidade, moralidade e boa administração pública concertada". In: *Anais do II Seminário Internacional de Controle e Políticas Públicas: trabalhos científicos*. Belo Horizonte: IRB, 2017, p. 95-119.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; RADKE, Rafael Wagner. "Habermas e a tentativa procedimental de superação da discricionariedade judicial". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, n. 115, jul./dez. 2017, p. 81-108.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. "Pluralismo Jurídico". In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

Recebido em 14/04/2018.

Aprovado em 01/09/2018.

Carlos Alberto Simões de Tomaz

E-mail: ca.tomaz@uol.com.br

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

E-mail: robertocsgcaldas@uol.com.br