

PACO  EDITORIAL

AUER BAPTISTA FREIRE JÚNIOR (ORG.)

ESTUDOS ATUAIS EM DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

volume
10



DIREITO EM DEBATE

A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DA MORAL EM KANT, HABERMAS E ALEXY E SEUS DESDOBRAMENTOS COM O NEOCONSTITUCIONALISMO

Rodrigo Adriano Faresin

Introdução

Desde os primeiros estudos sobre política na Grécia Antiga até os dias atuais, o direito e a moral são relevantes temas de investigações. Contudo, o nexos que possuem o direito e a moral, deve continuar a ser alvo de estudos, em especial nos dias atuais, pós-segunda grande guerra, em que as garantias sociais e, principalmente, os princípios constitucionais estão a ser paulatinamente absorvidos nas numerosas constituições de países democráticos ocidentais.

Tanto o direito quanto a moral possuem em sua essência a coação, mas cada um da sua maneira. Na moral ela ocorre pela coação social, que, embora muitas vezes possa não estar inserida diretamente na constituição, como ocorria, por exemplo, na Idade Média, possui um poder coativo substancialmente tão efetivo quanto o próprio direito positivado. Por sua vez, o direito positivado regula a vida das pessoas desde o seu nascimento. Necessita o ser humano do direito para compreender como agir e o que é o certo e o errado a se fazer em sociedade.

Do vínculo existente entre a moral e o direito, insurgem maneiras de agregá-las ao sistema, através, por exemplo, da ação comunicativa habermasiana, na qual, por meio do discurso, o sujeito/agente concorda ou discorda em deliberar algo como válido para todos. Nessa linha de

pensar, o neoconstitucionalismo, de fato, postula esse “supervisionamento” dos direitos sociais, bem como de sua imediata aplicação.

Desde meados do século XX as transformações nesta área são enormes, demandando um estudo mais aprofundado e sistemático desses fenômenos jurídicos que nos cercam e dessa relação entre direito e moral e sua efetiva consecução pleiteada por correntes tais como o neoconstitucionalismo, da qual a teoria de Robert Alexy dos direitos fundamentais é uma das suas matrizes.

Trataremos as questões da concepção procedimental de Habermas e a influência de Kant em sua teoria discursiva. Habermas pretende criar uma ética do discurso de racionalidade prática, mas com base na moral universalista kantiana. Explicaremos também a influência dessa teoria habermasiana na teoria discursiva de Alexy, principalmente, no desenvolvimento da sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1993). Como decorrência disto, também analisaremos, na citada obra de Alexy, a sua diferenciação entre regras e princípios quanto ao seu aspecto estrutural e interpretativo, eis que, segundo este autor, os princípios não se diferenciam qualitativamente de valores morais. Seguindo esta linha de aproximação entre estes autores, pretendemos também mostrar a crítica de Habermas a Alexy em sua tese *do caso especial* no momento em que Alexy identifica o direito com a moral.

Por fim, pretendemos que através desta aproximação entre estes autores supracitados possamos verificar a influência do direito e da moral na corrente chamada “neoconstitucionalismo”, que será explicada no decorrer do capítulo, e, se tal aproximação axiológica no direito, é condizente com as atuais formas de legitimação do Estado Constitucional.

a) A ética discursiva habermasiana

Os fundamentos da ética discursiva habermasiana estão colocados sobre um pressuposto racional de razão comunicativa. Assim os fundamentos da ética discursiva estão colocados sobre a ação, mais precisamente, a ação comunicativa. “A teoria discursiva de Habermas tem seu conteúdo calcado no argumento, e o exercício disto se dá através do engajamento de toda a comunidade, tendo como escopo os direitos universalizáveis” (Pereira; Valério, 2016, p. 191).

A ética discursiva habermasiana presume a linguagem. Através da linguagem se dão as interações, estas são consideradas interações linguisticamente mediadas. Habermas “substituiu a garantia da validade ética enquanto Deus, ou outro bem supremo abstrato, pela interação social. Para ele, o discurso livre e racional pode oferecer orientação moral à sociedade” (Rosário, 2010, p. 248).

Habermas distingue, no seu livro *Consciência Moral e Agir Comunicativo* (2003), a ação instrumental e a ação comunicativa:

Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade [...]. Enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação de adesão – e isso em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita. (Habermas, 2003, p. 79)

Habermas faz esta mesma distinção em seu livro *Teoria da ação comunicativa* (1988). Na ação instrumental é onde o Estado aplica meios racionais visando fins. Estas são as formas que ocorrem em sociedades modernas. A ação instrumental se dá por meio de dois sistemas, o econômico e o político, que são imprescindíveis numa sociedade moderna. Entretanto, segundo Habermas, estes dois se infiltram tanto na ação comunicativa (onde há interação das pessoas, através da linguagem em busca de uma solução universalizável para os problemas

conflitantes das pessoas), que esses dois subsistemas, econômico e político, acabam por diminuir as ações comunicativas ou até mesmo não cedendo lugar para elas: “Se no sistema econômico o dinheiro substitui a linguagem, no sistema político a linguagem é substituída pelo poder” (Freitag, 1992, p. 238). Assim a ação comunicativa se dá no mundo da vida, e a razão instrumental do sistema econômico e político se infiltra nele.

Habermas, com base em sua teoria do discurso, aproxima-se à corrente de democracia procedimental. Compreende o autor que somente é legítimo o direito baseado no princípio democrático, que decorre da opinião de cidadãos que possuem os mesmos direitos e as mesmas possibilidades de seu exercício. Assim, a atenção do Poder Judiciário deve se assentar no procedimento democrático, que necessita ser pautado pela deliberação aberta a todos. As ações constituintes requerem, então, atos de entendimento da coletividade, estabelecidos de forma democrática e sincera pelos participantes. Deste modo, Habermas foca na garantia da deliberação (processo comunicativo) através de regras de procedimento. (Copi; Klein, 2014, p. 154)

O espaço em que se dá a ação comunicativa é chamado por Habermas de *Lebenswelt* (mundo vivido). “São as esferas da sociedade em que a linguagem desempenha o papel que o dinheiro desempenha no sistema econômico e o poder no sistema político” (Freitag, 1992, p. 238). Este sistema é importante, de acordo com Habermas, pois através dele pensamos e analisamos as relações sociais em que vivemos, e pode-se ainda viver em uma sociedade em que existe comunicação e interação entre as pessoas e que são voltadas para os interesses dos membros da comunidade.

Expõe Habermas, que a sociedade civil deve ter a possibilidade de criar um canal de comunicação com o Poder Público, conceituado com esfera pública, na qual os atores, pessoas da sociedade civil dotadas de legitimidade para atuar junto à Administração, buscam a realização de direitos dos cidadãos; nas palavras do autor, é na esfera pública que se deve — (em relação aos problemas) percebê-los e identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los,

problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar. (Copi; Klein, 2014, p. 161)

A razão comunicativa visa ao entendimento. Ela é mais ampla, pois se refere a três regras ontológicas que permitem ao homem situar-se no mundo. São eles: a cultura, a sociedade e a personalidade. Através disso, a ação comunicativa permite a intersubjetividade e com ela a autoconsciência, a responsabilidade e o entendimento.

Dentro dessa perspectiva de processos interativos, de entendimento com os demais e de autocompreensão, é que o indivíduo se dá conta de si, se torna consciente do mundo a sua volta, e se percebe como responsável pelos seus atos. Dessa forma, ele deve agir e exigir do outro ações que conduzam à sociabilidade e ao bem comum das pessoas. Essa subjetividade é transformada na ação comunicativa numa intersubjetividade, em que todos podem exprimir sua posição, entender e serem entendidos.

Habermas cria seu sistema baseando-se na interação de linguagem entre as pessoas, ao mesmo tempo que, como neofrankfurtiano, denuncia a existência de colonialismo dentro da própria sociedade quando há uma supremacia da ação instrumental sobre a ação comunicativa. Fornece, assim, Habermas um novo paradigma para o entendimento da sociedade através da ação comunicativa. Dessa forma, dessa nova teoria social da ação comunicativa, surge um novo modo de se conceber a verdade e surge também uma teoria moral nova, a ética discursiva que será tratada no decorrer do capítulo.

b) Influência de Kant em Habermas

A característica fundamental do direito é o poder coercitivo de usar regras. O direito está ligado, portanto, à faculdade de coagir.

Para Kant, o que distingue a moral do direito não é somente a sua legislação, mas a vontade. Isso porque a legislação externa, por exemplo, libera a questão motivacional. Ao contrário, a moral, exige que o dever seja o motivo da ação. O dever domina, portanto, a subjetividade no caso da moral. Caso a moral não aja de acordo com o dever, este será considerado como falta de valor moral. É necessário ser assim, pois é isto que distingue as duas legislações em Kant (2005).

O direito, que já não se atém à questão dos motivos internos, e nem, portanto, na questão da vontade, está ligado por essa via, somente a exterioridade das ações. Essa é “objetivamente calculável e perceptível ao contrário da motivação moral, sempre instável e de difícil vislumbre, dada a sua pureza que se lhe exige” (Dutra, 2005, p. 210). Dessa forma, pode-se entender que “o que a lei não proíbe, ela permite” (Aristóteles, 1979, p. 1138 a5-10).

Para Kant, seu sistema parte da lei moral para dela derivar os deveres jurídicos. Kant coloca primeiramente o direito como não referente à vontade, mas ao arbítrio; num segundo momento, interpretamos que o direito se refere à exterioridade das ações de uma pessoa com a outra; e por fim, o direito tem a autorização para a coerção, não levando em conta a motivação do agente, mas somente a conformidade com a lei (Kant, 2009).

Há, desse modo, uma tríplice limitação da moral. E o direito para Kant é visto como numa posição inferior em relação à moral, pois a moral dá subsídios à existência do direito.

Já para Habermas, a moral e o direito estariam numa relação de *complementaridade*, pois uma ordem jurídica só poderá ser considerada legítima enquanto não contrariar uma lei moral.

Para Habermas, o direito e a moral são complementares. Enquanto (a) a moral dá legitimidade ao direito, (b) o direito dá eficácia a moral.

Dentro do direito se colocam elementos morais que o tornam eficaz. Uma norma jurídica pode não ser justa, mas a coação a torna eficaz. Já uma norma moral pode ser justa, mas, por si só, não é eficaz. Há nesse caso uma “fraqueza da vontade”: o homem sabe o que é o certo, como se pratica, mas nem sempre pratica o certo. Habermas acredita que “uma norma jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais.” (Habermas, 2003, p. 140-141).

1. Influência da teoria discursiva de Habermas em Alexy

a) Estrutura dos princípios

Alexy, um dos expoentes de neoconstitucionalismo, sofre influência de Habermas, e dedica capítulo especial em seu livro *Teoria da Argumentação Jurídica* (2001) para explicar o funcionamento da teoria da ação comunicativa habermasiana. Alexy “alicerça-se na defesa da possibilidade da racionalidade do discurso prático, empreendida por Jürgen Habermas” (Rosário, 2010, p. 257).

Do ponto de vista de Habermas, Alexy cometeu um erro: a base de Alexy é de que o discurso jurídico se equipara qualitativamente ao discurso moral. Assim, por exemplo, se o sujeito conseguisse criar uma teoria para o discurso moral ele conseguiria transpô-la para o discurso jurídico. Alexy fala também em ponderação dos princípios. O que será criticado por Habermas.

Devemos nos ater à diferenciação que Alexy faz das regras e princípios: para Alexy dentro do conceito de “norma jurídica” se distinguem dois tipos de normas: “regras” e “princípios”, sendo que regras e princípios possuem diferenças de aplicação. Alexy trabalha também a questão do procedimento de ponderação de princípios e o papel que atribui à proporcionalidade.

Alexy trabalhou, no seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1993), a questão da força normativa dos princípios. Este tema já era pertinente desde o final da segunda grande guerra com a inserção de princípios morais nas constituições de diversos países. Entretanto, a definição de norma que se propunham as constituições era da condição, fato e sua consequência jurídica, o que é adequada somente para regras, sendo que não se sabia como os princípios se encaixariam nesta definição. Alexy explica que as normas são:

Un acto com o que se ordena, prohíbe o permite e especialmente se autoriza una conducta [...] un imperativo o un modelo de comportamiento que o es realizado o, en caso de su no realización, tiene como consecuencia una reacción social [...]. Esto sugiere la conveniencia de buscar un modelo de norma que, por una parte, sea lo suficientemente fuerte para constituir la base de las ulteriores consideraciones, y por otra, lo suficientemente débil como para ser conciliable con el mayor número posible de decisiones en el indicado campo de problemas. Estas exigencias las satisface un modelo semántico, conciliable con las más diferentes tesis de la teoría de la validez. (Alexy, 1993, p. 49-50)

Um exemplo de norma para Alexy seria: “ningún alemán puede ser extraditado al extranjero (artículo 16, párrafo 2 frase 1 de la Ley Fundamental Alemana)” (Alexy, 1993, p. 51). Como este enunciado é a expressão de uma norma, a saber, a qual proíbe a extradição de um cidadão alemão para outro país, poderíamos interpretar também de duas maneiras: que se está proibido de extraditar alemães ao estrangeiro ou que os alemães não podem ser extraditados ao estrangeiro.

Assim vemos que faltava uma definição que englobasse tanto as regras quanto os princípios, o que Alexy diz ter achado na sua “definição formal” de *norma*. Para ele a norma seria um enunciado de “proibição”, “permissão” ou “obrigação”. Todo enunciado que tivesse esses três operadores seriam classificados como “norma”. Para ele, regras e princípios poderiam ser considerados normas.

As regras seriam os “mandamentos definitivos”, ou seja, que ordenam fazer uma coisa de um modo previamente definido. Já os princípios seriam “mandamentos de otimização”, que significa que ordenam a execução de uma coisa na máxima medida possível. Dessa forma as regras seriam normas em que sua medida de aplicação já seria previamente definida, enquanto os princípios seriam normas em que sua aplicação deve ser definida no caso concreto.

As regras são de mais fácil solução. Alexy (1993, p. 88) nos dá o exemplo de duas regras conflitantes: a cena é uma escola onde se proíbe o aluno de abandonar a sala de aula antes do sinal sonoro da saída. Ao mesmo tempo a escola permite ao aluno se retirar da sala de aula em caso de um aviso sonoro de incêndio. Estas duas regras conduzem a uma contradição, a um conflito entre regras, que é facilmente solucionada. Segundo o autor, quando existe conflito entre regras pode-se fazer duas coisas: ou se introduz uma cláusula de exceção a uma das regras, ou se declara inválida pelo menos uma das regras.

Agora, em relação aos *princípios* o problema é outro. O limite entre um princípio e outro é quando um princípio interfere em outro, sendo assim eles podem entrar em conflito.

O ideal seria a realização de um princípio “mais importante” em relação ao outro. Sendo assim, na aplicação dos princípios, ao contrário das regras, deve-se levar em conta sempre em observância aos demais princípios no caso concreto.

Alexy nos mostra o exemplo do cidadão que tem uma audiência marcada em um Tribunal, mas que poderá correr risco de vida pois tem problemas de saúde e pode sofrer um infarto. Neste caso Alexy (1993, p. 90) diz que:

En tales casos existe una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado

en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya la protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental.

Ou seja, existe um conflito entre os interesses do Estado e os interesses do cidadão. O que Alexy propõe é uma “ponderação dos interesses opostos”.

A relação de precedência condicionada consiste na indicação acerca das condições sobre as quais se define que um princípio deve prevalecer sobre um outro. A discussão sobre a prevalência de um princípio diante de outro apenas se faz possível em função da caracterização destes como não dotados de uma característica absoluta. Isso corresponde a afirmar que não existe, dentro de uma teoria de princípios, um enunciado que deve ser considerado como absoluto. (Soares, 2013, p. 350)

Percebemos então que as *regras* são aplicadas por subsunção e sua estrutura é de conexão entre a condição de fato e a consequência jurídica, dessa forma são mais simples de se resolver. Já os *princípios* são aplicados por ponderação. Se um mesmo caso esteja no rol de duas regras diferentes e irreconciliáveis, pode-se criar uma cláusula de exceção a uma delas, para eliminar o conflito, mas mantendo ambas as regras válidas, ou declarar umas das regras inválidas e a excluir do ordenamento. Entretanto, quando ocorre o caso de dois princípios que colidem em determinada situação, através da ponderação se definirá qual terá a prevalência. Eles não indicam em que condições específicas se aplicam, por isso se deve usar a ponderação para não se chocar com outros princípios.

Existem três passos na ponderação de princípios que estão relacionados com os três elementos da proporcionalidade. Alexy diz que a proporcionalidade é uma condição para a aplicação dos princípios. A ponderação seria, dessa forma, a aplicação da proporcionalidade para que haja solução nos conflitos do caso concreto.

A proporcionalidade se daria pela (a) *Adequação*, quando a colisão de conflitos satisfaça pelo menos um dos princípios; (b) *Necessidade*, quando

a colisão de conflitos satisfaça um dos princípios sem muito prejuízo para os demais conflitos e (c) *Proporcionalidade em sentido estrito*, que é quando num caso concreto se dê precedência aos princípios que têm mais peso.

Assim os casos que envolvam princípios são decididos por uma regra: da precedência condicionada, a qual impede que existam princípios absolutos e garante a universalidade da regra.

2. Crítica de Habermas a Alexy quanto a identificar direito e moral

a) A tese do caso especial, a doutrina da ponderação e suas críticas

Atualmente, Robert Alexy exerce forte influência acadêmica devido aos seus estudos acerca da teoria dos princípios a qual o filósofo alemão faz suas distinções sobre as regras e princípios, e elabora regras para lidar com estes conflitos. A tese do *caso especial*, que veremos a seguir, tem influência da ética do discurso de seu conterrâneo Jürgen Habermas.

Tal tese defende que o discurso jurídico seja um caso especial do discurso prático-moral em geral. É especial, devido a algumas peculiaridades do discurso jurídico, como a existência de norma positivada, a limitação de tempo para que uma decisão seja tomada, e o caráter coativo de suas decisões. (Dutra, 2006, p. 18-41)

Habermas discorda da tese do caso especial e apresenta quatro objeções que tentam demonstrar a sua difícil plausibilidade.

A primeira crítica se refere às limitações da ação das partes no foro, as quais proíbem que tal ação seja medida pelo discurso racional. Isso porque nas disputas jurídicas não estão obrigadas as partes em uma busca cooperativa da verdade, pois podem, cada uma, perseguir seus interesses próprios e agir estrategicamente (Dutra, 2006, p. 23).

Alexy se pergunta como é possível se fundamentar racionalmente as decisões jurídicas. Para Alexy, existe certa *valorização* nas decisões jurídicas uma vez que pode ocorrer de uma decisão tomada não ser derivada de normas jurídicas existentes, mas dentro de um campo de ação no qual se pode optar entre várias soluções. Já para Habermas, a *racionalidade* do discurso jurídico depende que estas valorizações possam ser controladas.

Alexy afirma que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, sendo que em ambos se discutem questões práticas (sobre o que é exigido, proibido ou permitido) e formula-se uma pretensão de correção que, na argumentação jurídica, corresponde a um resultado justo. A diferença é que as decisões jurídicas não se justificam em sentido absoluto e universal, e sim no âmbito de um sistema jurídico particular. Ao operador do Direito impõem-se condições específicas de limitação, pois não só o resultado deve ser racional, como também deve ser fundamentado racionalmente na moldura do ordenamento jurídico vigente. Portanto, se por um lado o procedimento do discurso jurídico se define pelas regras e formas do discurso prático geral, por outro, deve seguir regras e formas específicas, que exprimem a sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática e tornam o argumento jurídico racionalmente justificável. (Rocha, 2011, p. 38)

Habermas trata a questão do modelo discursivo do direito de uma maneira particular, diferente do modelo da ética discursiva. Nesse modelo do direito, as partes podem agir estrategicamente e seguir seu interesse. As partes do processo fornecem contribuições para o processo, contribuições para a decisão imparcial do juiz.

E como as decisões estão submetidas a revisão, os argumentos têm que convencer a outros, o que é suficiente para uma interpretação discursiva do processo judicial. Portanto, quanto a essa objeção, o modelo parece defensável nos termos apresentados. (Dutra, 2006, p. 24)

Uma segunda crítica se refere à indeterminação do processo como insuficiente para se chegar a uma resposta correta (Dutra, 2006, p. 134). Habermas critica Alexy dizendo que o discurso jurídico não seria um

caso do discurso moral, seria um discurso neutro moralmente. Habermas nega assim a tese do caso especial.

Como terceiro ponto, Habermas critica a aproximação que faz Alexy entre correção moral e jurídica, pois o ponto é que se trata não de um sistema moral, mas de um sistema jurídico.

O ponto de Habermas contra Alexy consiste em afirmar que a tese do caso especial não leva a sério o caráter autoritário dos argumentos no mundo jurídico tal qual marcado pela sua origem legislativa, introduzindo uma liberdade do julgador que toca perigosamente nos limites da separação dos poderes. (Dutra, 2006, p. 135-136)

Pois as normas são regras determinadas, enquanto os princípios éticos são indeterminados. Ademais, existe para Habermas um desnível entre o discurso da racionalidade moral e da racionalidade jurídica, pois esta última sofreria influência da política e do Estado, o que impossibilitaria o discurso jurídico racional.

Para Habermas, no caso especial, em alguns momentos no discurso jurídico, devem-se evitar os discursos morais. Já para Alexy, substantivamente, a questão moral está presente no discurso jurídico, visto que uma decisão legalmente defeituosa a torna também moralmente errada.

Uma quarta objeção se refere às modificações feitas por Günther na teoria de Alexy e Dworkin.

Günther parte do pressuposto de que os sistemas morais são compostos por normas potencialmente colisivas entre si. Para ele, isso acontece, porque no significado de fundamentar imparcialmente uma norma não está contida a sua aplicação a um caso particular [ou a adequação de sua aplicação]. Na fundamentação, somente situações muito gerais são consideradas para possíveis aplicações. O discurso de fundamentação só consideraria as circunstâncias que permaneceriam iguais, em qualquer situação de aplicação. (Dutra, 2006, p. 18-41)

Dessa forma, o discurso da fundamentação não poderia gerar um conjunto coerente de princípios para toda e qualquer ocasião. Nesse ínterim não haveria uma coerência no nível dos princípios, pois até mesmo os princípios podem colidir entre si. Assim haveria coerência somente em juízos particulares, não podendo se aplicar os princípios de maneira genérica a uma infinidade de situações.

No entanto, tal reconstrução avaliativa não pode ser feita nos termos da tese do caso especial, pois, se o sistema jurídico tivesse que ser reconstruído nos termos do discurso moral, a possibilidade de uma justificação racional estaria ameaçada, como já salientado acima, pois a ordem jurídica é “permeada de contingências”. Em suma, não pode haver uma estrita separação entre aplicar e fundamentar. (Dutra, 2006, p. 27)

Além de se contrapor a tese do caso especial, Habermas também se posiciona contra Alexy no caso da doutrina da ponderação.

No caso especial se verificou o que Alexy diz acerca do direito. Que este está subordinado à moral intrinsecamente, que devem ser feitas as suas distinções básicas, mas é no direito que o seu elemento constitutivo aparece com mais força. Que o discurso moral seja agregado ao jurídico e que passem a ser traduzidos para os códigos sem perder sua imparcialidade. Habermas, por sua vez, acredita que o direito e a moral estejam numa relação de complementaridade e que o direito sofre influência do Estado e das instituições e não pode haver uma subordinação de um pelo outro.

Alexy equipara princípios com valores e constrói a doutrina da ponderação de valores. Habermas critica essa distinção afirmando que Alexy acaba por confundir um conceito com o outro, na medida em que os princípios têm validade deontológica e os valores possuem validade teleológica. Habermas faz essa distinção enquanto Alexy mescla os dois em prol de sua “doutrina da ponderação de valores”.

A semelhança que podemos atribuir a ambos os autores é que eles:

Partem do fato de que os ordenamentos jurídicos incorporam, se não todos os direitos humanos, ao menos boa parte deles. Assim, grande parte da argumentação moral já está no sistema jurídico [...] O ponto de Habermas contra Alexy consiste em afirmar que a tese do caso especial não leva a sério o caráter autoritário dos argumentos, no mundo jurídico, tal qual marcado pela sua origem legislativa, introduzindo uma liberdade do julgador que toca perigosamente os limites da separação de poderes. (Dutra, 2006, p. 143)

Também podemos fazer uma distinção entre as concepções de direito e moral de Habermas e Alexy. Para Habermas, o direito e a moral são distintos, no entanto não devem ser separados. Assim, pode-se ter a mais injusta das regras e qualificá-la como jurídica. Alexy diz que os conteúdos morais que adentrarem o direito têm prioridade sobre as outras razões que permeiam o direito. No entanto, esses princípios éticos são indeterminados enquanto as normas jurídicas são determinadas. Por exemplo, existem regras no Brasil para se dirigir a 110 km/h, mas qual é o princípio da liberdade? Análoga a essa questão existe também, por exemplo, na Constituição brasileira o direito à propriedade, que é um princípio liberal, e a função social da propriedade que é um princípio comunista convivendo na mesma Constituição.

3. O constitucionalismo e o neoconstitucionalismo (pós-positivismo) e sua influência em Habermas e Alexy

Ao estudar este ponto, deve-se primeiramente compreender o que significa “constitucionalismo” para depois se entender o significado de “neoconstitucionalismo”.

O primeiro atua sobre três premissas fundamentais:

1) A normatividade da Constituição; 2) A superioridade da Constituição; 3) A centralidade da Carta Magna nos sistemas jurídicos.

Assim se poderá transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica.

Por seu turno, o neoconstitucionalismo, em seu ponto de vista material, possui dois elementos principais:

1) A incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da “dignidade humana” e dos “direitos fundamentais”; 2) A expansão dos conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional¹.

De uma forma geral, retomando a diferenciação acima, um dos traços fundamentais do constitucionalismo atual é a normatividade das disposições constitucionais, sua superioridade hierárquica e a centralidade no sistema e, do ponto de vista material, a incorporação de valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro plano, aquelas relacionadas com os direitos fundamentais.

Assim, a Constituição é a norma jurídica central no sistema e vincula todos dentro do Estado, sobretudo os poderes públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado, como, por exemplo, por “políticas públicas”, pois por meio delas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para a sua promoção.

Resumindo:

1) A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; 2) As políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; 3) As políticas públicas envolvem gastos de dinheiro público; 4) Os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; 5) A Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.

No Estado de Direito, o Estado está submetido a regras jurídicas. Em um Estado de Direito Constitucional, esta submissão será ainda mais ampla. Um exemplo é o caso dos Direitos Fundamentais (CF, art. 60, 4 IV), que são pétreos na Constituição Federal e devem ser observados por todo e qualquer grupo político que exerça o poder.

Os direitos fundamentais, assim como a própria Dignidade Humana, são veiculados sob a forma de princípios, que, por sua própria estrutura, admitem uma realização progressiva e a rigor amplíssima (Barcellos, 2011, p. 323-359).

Assim o “Estado Constitucional de Direito” incorporou, em sua formação, diversos princípios ético-políticos a seus estatutos fundamentais, os quais determinam valorações ético-políticas e de justiça das normas por ele e nele produzidos, agindo como critério de legitimidade ou ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas, mas agora externos ou positivistas.

Já o neoconstitucionalismo surge como resposta ao modelo de Estado de Direito Positivo, uma superação do conjunto de teorias que marcam o positivismo jurídico, oferecendo uma nova explicação e uma nova teoria do direito, de acordo com esse abandono ao dogma da estatalidade e da legalidade do Direito, defendendo, desse modo, uma vinculação entre direito e moral.

O neoconstitucionalismo dá primazia à Constituição e, ao contrário do positivismo, em que havia a figura do “legislador” como a figura mais representativa do direito, no estado pós-positivista se tem a figura dos “juízes” como as figuras mais representativas do direito, e como atores no processo de efetivação e concretização dos direitos fundamentais (Cristóvam, 2012, p. 121).

Alexy busca, através da normatividade dos princípios jurídicos, uma racionalidade dos direitos fundamentais, sendo que as regras e princípios

são espécies de normas jurídicas que se constituem em fundamentos para juízos concretos de “dever ser”.

Dessa maneira, os princípios são normas jurídicas que atuam como verdadeiros veículos de justiça do direito, na medida em que promove o sistema jurídico através do discurso prático, da argumentação moral, fazendo, assim, uma reinserção das preocupações morais com a satisfação da justiça material dentro do direito (Cristóvam, 2012, p. 122).

Para Alexy, portanto, a inserção dos princípios se dá por meio da aplicação do direito, e, ao fim e ao cabo, pelos juízes.

Já para Habermas, a aplicação dos princípios se dá ainda na ação comunicativa, na pretensão de se construir uma teoria discursiva do direito que supere as insuficiências atreladas ao paradigma (Trindade, 2006) da filosofia da consciência. Para Habermas, há uma relação de complementariedade entre direito e moral, sendo que a moral é inserida no direito através da intersubjetividade, que se dá através da subjetividade de cada ator.

A base do neoconstitucionalismo é firmada no equacionamento da tríade direito, moral e política e de como se relacionam entre si. O neoconstitucionalismo pretende, assim, ser uma teoria que se opõe às duas teses mais importantes do “positivismo conceitual”, ou seja, a tese das fontes sociais do direito e não conexão necessária entre direito e moral.

No que se refere ao relacionamento entre direito e moral, o neoconstitucionalismo sustenta que, para o Positivismo Jurídico, o Direito não perde sua juridicidade pelo fato de ser injusto. Ou seja, uma coisa é o direito que é, outra, por certo diferente, é o direito que deve ser. Tais diferenças são tipicamente positivistas. O neoconstitucionalismo, por sua vez, apresenta tese em contrário. Isso porque a racionalidade moral desempenha um importante papel na

formação do discurso da racionalidade jurídica e, em vista disso, existe uma relação intrínseca entre o Direito e a Moral.

Para Alexy, na sua teoria dos princípios, houve a constitucionalização dos princípios e também o reconhecimento de sua normatividade. Ou seja, houve a racionalização da maneira como os princípios se concretizam. Há um novo modo de se entender e estruturar o direito, a moral e a política.

No que tange à caracterização deontológica-axiológica dos princípios jurídicos, em Alexy “a resolução de uma colisão de princípios refere-se ao que definitivamente é devido, enquanto a resolução de uma colisão de valores refere-se ao que é definitivamente melhor. Ao problema da relação de primazia entre princípios corresponde o problema” (Rosário, 2010, p. 257).

No que se refere à diferença entre as duas categorias, axiológica e deontológica:

A principal diferença entre as duas categorias é que valores possuem caráter axiológico (juízos de valor), enquanto princípios situam-se no nível deontológico (do dever-ser). Por isso, não é necessário invocar Direito suprapositivo, pois a ‘carga Ética’ já está nos princípios Constitucionais que ‘excedem o conceito positivista do Direito na medida em que elevam obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal Moral’. (Krell, 2002, p. 82)

Em Alexy, os princípios jurídicos são princípios morais. Há necessidade de ponderação, deste modo, os princípios podem ser comparados com valores.

Conclusão

Analisamos a questão da relação entre o direito e a moral, notadamente em três autores, Kant, Habermas e Alexy. Nesse âmbito também analisamos quais são suas diferenças e convergências. Para

tanto, tratamos num primeiro momento das questões da concepção procedimental de Habermas e a influência de Kant em sua teoria discursiva. Explicamos também a influência dessa teoria habermasiana na teoria discursiva de Alexy, principalmente, no desenvolvimento da sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Como decorrência disto, também analisamos, na citada obra de Alexy, a sua diferenciação entre regras e princípios quanto ao seu aspecto estrutural e interpretativo, eis que, segundo este autor, os princípios não se diferenciam qualitativamente de valores morais. Seguindo esta linha de aproximação entre estes autores, mostramos a crítica de Habermas a Alexy em sua tese do caso especial no momento em que Alexy identifica o direito com a moral. Por fim, através desta aproximação entre estes autores supracitados, verificamos a influência do direito e da moral na corrente chamada “neoconstitucionalismo” que, como explicado no decorrer do capítulo, tal aproximação axiológica no direito é condizente com as atuais formas de legitimação do Estado Constitucional.

Referências

- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Ed. Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de L. Vallandro e G. Bornheim. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1979.
- BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, 2005.

- CADEMARTORI, Luiz Henrique. **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos**. Franca: Ed. Momento Atual, 2003.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: Uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. **Revista Seqüência**, UFSC, n. 62, p. 323-359, 2011.
- COPI, Lygia Maria; KLEIN, Érico Prado. Neoconstitucionalismo e Jurisdição Constitucional no Brasil: uma proposta conciliatória entre a garantia de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e fortalecimento democrático. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília: IDP, ano 7, n. 2, p. 140-166, 2014.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais. **Revista da ESMESC**, v. 19, n. 25, p. 117-148, 2012.
- DUTRA, Delamar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. **VERITAS**, Porto Alegre, v. 51, n. 1, p. 18-41, 2006.
- DUTRA, Delamar José Volpato. **Manual de Filosofia do Direito**. Caxias do Sul: Ed. Educs, 2008.
- DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e Consenso em Habermas**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2005.
- FREITAG, Bárbara. **Itinerários de Antígona – A Questão da Moralidade**. Campinas: Ed. Papirus, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. 2. ed. Tradução de Guido Almeida. Rio de Janeiro: Ed: Tempo Universitário, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. 01. 2. ed. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Universitário, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1988, v. I e II.

- KANT, Emmanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Portugal: Editora Fundação Caloust Gulbenkian, 2005.
- KANT, Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Editora Barcarolla, 2009.
- KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.
- PEREIRA, Ricardo Utrabo; VALÉRIO, Alana Fagundes. A influência das teorias de Rawls e de Habermas em relação à legitimidade do exercício do poder constituinte. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 178-193, 2016.
- ROCHA, Rafael da Silva. Teoria da Argumentação Jurídica Aplicada à Atividade Jurisdicional. **DPU**, v. 8, n. 39, 2011.
- ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas. O Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a dimensão ético-moral do Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 47, n. 186, p. 245-264, 2010.
- SOARES, Marina. Princípios: A regra do sopesamento de Robert Alexy como método de limitação da competência legislativa do município. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, v. 23, n. 25, 2013.
- TRINDADE, André Karam. **A filosofia no direito: com Gadmer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade através do qual seja possível pensar pós-metafisicamente a teoria do direito contemporâneo**. 2006. 351f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.
-

Nota

1. Após a Segunda Grande Guerra Mundial, diversos países introduziram elementos relacionados a valores e opções políticas fundamentais, na esperança de que eles formassem um consenso mínimo a ser observado pela maioria.