

V

A ÉTICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Ethics as a fundamental right¹

Eduardo Amin Menezes Hassan

Procurador do Município de Salvador. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Email: eduardo_hassan@yahoo.com.br.

Recebido em 05.05.2014

Aprovado em 22.07.2014

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto o estudo da relação entre a ética e o direito, levando em consideração a possibilidade da ética ser um direito fundamental. São abordadas definições de direitos fundamentais, bem como suas características e classificações. Ademais, tratar-se-á dos custos dos direitos fundamentais, bem como da idéia de mínimo existencial. Além disso, o trabalho questiona a possibilidade da ética se transformar em direito. Outrossim, discorrer-se-á sobre as normas jurídicas e sobre a ética como norma jurídica, concluindo-se que o direito e a ética se complementam e que a ética pode se tornar um direito fundamental.

Palavras-Chaves: Ética; Normas Jurídicas; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This work has for its object the study of the relationship between ethic and law, taking into account the possibility of ethics is a fundamental right. It covers definitions of fundamental rights as well as their characteristics and ratings. Moreover, it will treat the cost of fundamental rights, as well as the idea of existential minimum. Furthermore, the article questions the possibility that ethical questions become law. Furthermore, it will discuss the rules of law and the ethic likes rule of law, concluding that law and ethics are complementary and that ethic can become a fundamental right.

Keywords: Ethic; Legal Standards; Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Definição de Direitos Fundamentais - 3. A Ética pode ser transformada em Direito? - 4. A Ética como Direito Fundamental - 5. Normas Jurídicas - 6. Considerações finais -7. Referências.

¹Trabalho relacionado à linha de pesquisa limites do discurso jurídico do PPGD/UFBA.

1. Introdução

A ética pode ser um direito fundamental? O objetivo deste artigo é trazer uma reflexão sobre a possibilidade da ética ser um direito fundamental, observar as características dos direitos fundamentais, bem como analisar a possibilidade de se ter a ética transformada em direito. Já vimos que o direito e a ética se complementam², agora trataremos da possibilidade da ética ser direito fundamental.

Tratar-se-á no capítulo seguinte da definição dos direitos fundamentais e serão explicados alguns de seus conceitos para se chegar a uma definição de direitos fundamentais. No ponto posterior tratar-se-á das características dos direitos fundamentais e de como eles passaram de meros conselhos morais a normas constitucionais. Além disso, explicaremos a classificação dos direitos fundamentais em negativos e positivos. *A posteriori* serão discutidos os custos dos direitos fundamentais. E, para concluir o capítulo, traremos a ideia de mínimo existencial de direitos fundamentais. Já no capítulo terceiro, responderemos se a ética pode se transformar em direito, quais os fundamentos para essa transformação e como isto acontece. No capítulo quarto será analisado a ética como direito fundamental. No quinto capítulo traçar-se-á um esboço sobre a teoria da norma jurídica, dando-se atenção à classificação normativa utilizada por Ávila, bem como será discutida a possibilidade da ética como norma jurídica e em qual classificação normativa ela se enquadra, logo após serão feitas as considerações finais.

²HASSAN, Eduardo. **A Relação Complementar entre a Ética e o Direito**. In: Revista de Direito UNIFACS. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2268>>, acesso em 26/02/2013.

O direito e a ética se completam na resolução dos conflitos sociais. Mas a ética pode se tornar um direito fundamental? Como isso é possível? A ética pode ser uma norma jurídica? Sendo norma jurídica, seria uma regra, um princípio ou um postulado? Responderemos esses questionamentos ao longo do texto.

Os direitos fundamentais são assunto polêmico, seriam esses direitos absolutos ou relativos? Percebemos que os direitos fundamentais têm custos e tudo que tem custo é relativo. Todos os direitos fundamentais implicam em obrigações para o Estado, sejam eles positivos ou negativos.

O que se busca é encontrar elementos para que possamos demonstrar que a ética pode se transformar num direito fundamental, além de fundamentar a possibilidade de normas éticas serem normas de direito. Não temos, todavia, a intenção de esgotar o assunto, mas sim de trazer à tona as discussões sobre essa temática, já que o tempo é escasso assim como tudo que se tem custo.

2. Definição de Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais estão em ascensão desde o fim do absolutismo, e, em especial, após o declínio dos regimes nazifascistas, quando o positivismo jurídico implicou em descrédito do direito, em virtude das atrocidades ocorridas em nome da lei. O direito positivo entrou em crise e surgiu uma nova corrente

[...] jusfilosófica que está sendo chamada de pós-positivismo, que poderia muito bem ser chamado de positivismo ético, já que seu propósito principal é inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana. Percebeu-se que, se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei.³

³MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 11.

Observa-se que os valores éticos impregnam o direito. E isto rompe com a ideia de que o direito pode existir independentemente da ética. Os direitos fundamentais possuem conteúdo ético e estão ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder. “Além do conteúdo ético (aspecto material), os direitos fundamentais também possuem um conteúdo normativo (aspecto formal)⁴”. Os direitos fundamentais estão, em regra, positivados na Constituição. Outrossim, os direitos fundamentais são normas, podendo ser direitos objetivos, subjetivos ou princípios.

Em tema de direitos fundamentais, considerados como normas, os efeitos jurídicos relevantes defluem diretamente das próprias normas que os consagram, havendo indisponibilidade tanto ativa quanto passiva em relação às situações jurídicas que se entendam constituídas a partir da interpretação das normas.⁵

Entretanto, nada impede que os direitos fundamentais sejam positivados por normas infraconstitucionais. Sendo o legislador ordinário o responsável por disciplinar o conteúdo dos direitos fundamentais. “A declaração de um conteúdo essencial destina-se, sim, ao legislador ordinário, pois é esse que, em sua tarefa de concretizador dos direitos fundamentais, deve atentar àquilo que a constituição chama ‘conteúdo essencial’⁶”.

Percebe-se que os direitos fundamentais possuem diversas características, que podem implicar no seguinte conceito:

⁴MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo:Atlas, 2011, p. 19/20.

⁵GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascerem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 10.

⁶SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 24.

[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam o ordenamento jurídico.⁷

Do conceito supracitado, infere-se que uma das características dos direitos fundamentais é ser direito positivado na Constituição, todavia, infere-se ser possível existir direitos fundamentais fora do texto constitucional (implícitos), desde que eles sejam considerados, por força da Constituição, normas dotadas de juridicidade potencializada. Além disso, os direitos fundamentais possuem dois aspectos: aspecto ético, limitação do poder e proteção da dignidade da pessoa humana; aspecto normativo, institucionalização e constitucionalização.

O conceito utilizado por Ingo Sarlet é o seguinte:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).⁸

Trata-se de um conceito amplo e percebe-se que ele restringe a atuação do legislador infraconstitucional, no momento em que se afirma a retirada da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos. Entretanto, é preciso se ater ao fato de que não existem direitos absolutos. Ademais, a Constituição

⁷MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 20.

⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2010, p. 77.

brasileira não disciplina a possibilidade de restrições e regulamentações a direitos fundamentais, como bem observa Virgílio da Silva.⁹

Além disso, não se pode esquecer o momento histórico em que se desenvolvem as primeiras noções de direitos fundamentais, isto é, no auge das revoluções burguesas, no século XVIII, quando o absolutismo estava sendo combatido. Dessa forma, “[...] a noção dos direitos fundamentais como normas jurídicas limitadoras do poder estatal surge justamente como reação ao Estado absoluto, representando o oposto do pensamento maquiavélico e hobesiano.”¹⁰

O Estado absoluto não permitia participação de todos nas tomadas de decisões políticas, cobrava tributos com carga elevadas para os súditos, privilegiava a nobreza e o clero. E logo surgiriam as revoltas liberais e o movimento iluminista, que deram origem ao despontamento do Estado democrático de direito. Os burgueses que detinham o poder econômico passaram a buscar o poder político. Os direitos de primeira geração ganham força, como o direito de liberdade e os direitos políticos.

Havia uma forte necessidade de proteção do povo contra os abusos do Estado. “[...] Um país verdadeiramente democrático deve possuir um mecanismo de controle do poder estatal para proteger os cidadãos contra o abuso e a opressão”.¹¹ É com temor a esse Estado que surgem posições

⁹SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 25.

¹⁰MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 37.

¹¹MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 39.

jurídicas que afirmam que os direitos fundamentais retiram do legislador ordinário a disponibilidade absoluta sobre esses direitos.¹²

No início do desenvolvimento dos direitos fundamentais, o papel de limitação da disponibilidade do poder do legislador é de extrema importância para que ao longo desse desenvolvimento as outras características se afluem.

O fundamento dos direitos fundamentais concentra-se na dignidade da pessoa humana. Essa dignidade, segundo Ingo Sarlet, consiste na

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os seres humanos.¹³

Há uma discussão acerca da natureza jurídica da dignidade da pessoa humana. Seria postulado ou princípio? No momento basta utilizarmos o consenso, isto é, a dignidade da pessoa humana é uma norma jurídica. Ao longo deste trabalho será possível identificar a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana.

Destarte, chegamos a seguinte definição sobre direitos fundamentais: são direitos de categoria constitucional, reflexos da dignidade da pessoa humana, que limitam a atuação estatal, bem como dos particulares, e servem como parâmetro para o ordenamento jurídico pátrio.

¹²SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2010, p. 92.

¹³SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed.. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2006, p. 60.

Os direitos fundamentais possuem características inerentes a sua categoria de direito constitucional. É o que passamos a analisar.

2.1. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Nó século XVIII as declarações de direitos eram ideais, todavia a partir do momento em que as normas constitucionais são dotadas de superioridade, os direitos fundamentais passam a ter eficácia de normas constitucionais e esses ideais passam a ser observados como obrigações a serem cumpridas. “[...] Os direitos fundamentais eram muito mais orientações éticas do que propriamente imperativos de conduta”¹⁴. Entretanto, com as ideias de rigidez constitucional, de supremacia da Constituição e de controle de constitucionalidade, o direito constitucional e os direitos fundamentais passaram a serem vistos como normas jurídicas e deixaram de serem meros conselhos morais facultativos.

O reconhecimento da supremacia formal e material dos direitos fundamentais gera três consequências práticas extremamente relevantes na aplicação do direito: em primeiro lugar, gera a inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais incompatíveis com os direitos fundamentais; do mesmo modo, provoca a não recepção das normas infraconstitucionais anteriores à promulgação da Constituição que não sejam compatíveis com o espírito dos direitos fundamentais; por fim, impõem a necessidade de reinterpretar as leis anteriores à Constituição, de modo a adequá-las aos novos parâmetros axiológicos estabelecidos pelo constituinte.¹⁵

Com efeito, os direitos fundamentais passam a serem balizadores do ordenamento jurídico, isto é, “qualquer ato de poder que seja incompatível com a ordem de valores imposta pelos direitos fundamentais poderá ser

¹⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo:Atlas, 2011, p. 268.

¹⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo:Atlas, 2011, p. 271/272.

anulado, por inconstitucionalidade material, pelo órgão responsável pela jurisdição constitucional.”¹⁶

Trata-se de direitos dotados de materialidade constitucional, além de ser cláusulas pétreas – núcleo imutável da Constituição Federal –, e isto implica na impossibilidade de abolição dos direitos fundamentais pelo legislador, que pode regulamentar ou ampliar esses direitos, mas jamais extingui-los.

Outra característica dos direitos fundamentais é a subjetividade.

Na verdade, não existe nenhuma realidade a que se refira o conceito de direito subjetivo. Cuida-se de uma figura conceitual dotada de historicidade, ou seja, não existe nenhuma essência a que ele deva necessariamente referir-se. É um conceito construído a partir das necessidades dos operadores do direito.¹⁷

Sendo assim,

Pode-se então, provisoriamente, compreender os direitos fundamentais como direitos subjetivos, representando situações valoradas positivamente pelo ordenamento – aí entendido também e principalmente o momento de aplicação do Direito – dotadas de exigibilidade em face do Estado, a fim de que este conforme a realidade ao dever-ser jurídico, tutelando pretensões, faculdades, e imunidades dos indivíduos.¹⁸

Como direitos subjetivos, as pessoas podem exigir uma atitude por parte do Estado, que, dentre as possibilidades reais, tem o dever jurídico de atender as demandas referentes aos direitos fundamentais.

¹⁶MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo:Atlas, 2011, p. 284.

¹⁷GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.132.

¹⁸GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p 146.

Esses direitos são dotados de eficácia e, logo, devem ser aplicados direta e imediatamente, isto é, mesmo que não haja lei regulamentando. “A atuação judicial pró-direitos fundamentais tem-se mostrado de suma importância para que esses direitos saiam do papel e alcancem alguma efetividade, pois o Parlamento e o Governo, por diversas razões, são incapazes de cumprir a contento os objetivos traçados na Constituição”.¹⁹ O cidadão não pode ficar a mercê do legislador, devendo o judiciário, na omissão desse e, desde que provocado, supra essa lacuna legislativa.

E a atuação do Judiciário se baseia na missão de analisar as possibilidades existentes. Segundo Bahia:

O Judiciário possui a missão de distinguir, na ordem constitucional de um Estado, entre os conteúdos necessários, os conteúdos possíveis e os conteúdos impossíveis. Ao atuar no plano da possibilidade, faculta o possível, exclui o impossível, exige o necessário. A compreensão do que possa ser exigido, ou seja, do que seja necessário, é um campo aberto. Pode-se pensar que este campo ganha chance de ser preenchido ou definido pelo recurso ao princípio da eficiência, hoje colocado ao lado da legalidade, da moralidade, da publicidade e da impessoalidade como passível de controle pelo Judiciário.²⁰

Outra característica dos direitos fundamentais é a sua eficácia horizontal, isto é, sua aplicação e extensão nas relações privadas. “[...] Os direitos fundamentais, por representarem um ‘sistema de valores’, possuem a capacidade de se irradiar por todo o sistema normativo, influenciando a interpretação jurídica nos diversos ramos do direito, inclusive nas relações privadas (entre particulares)”²¹.

¹⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo:Atlas, 2011, p. 346.

²⁰ BAHIA, Saulo José Casali. **O Poder Judiciário e os Direitos Humanos**. Disponível na internet: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/aft_PODER%20JUDICIARIO%20E%20DIREITOS%20HUMANOS.pdf>, acessado em 04 de março de 2013.

²¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo:Atlas, 2011, p. 363.

Destarte, infere-se que os direitos fundamentais possuem como características: a supremacia por serem direitos constitucionais, a impossibilidade de extinção por serem cláusulas pétreas, a aplicabilidade imediata – por serem direitos subjetivos –, eficácia horizontal – aplicação entre particulares –, bem como a relatividade (já que entendemos que não há direitos absolutos).

Vistas essas características passemos a analisar a classificação dos direitos fundamentais em positivos e negativos.

2.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS POSITIVOS E NEGATIVOS

Os direitos fundamentais evoluíram e ao longo da história passaram por gerações, sendo a primeira geração dos direitos fundamentais, reconhecida por evitar as opressões dos monarcas, isto é, marcada pelo direito à liberdade. Este direito era pleno e não havia necessidade de atuação do Estado e sim de uma não atuação, um *non facere*.

Já a segunda geração, baseada nos direitos sociais, implicava numa atuação do Estado para se efetivar. O Estado precisaria de leis e orçamento para efetivá-los, daí denominarem-se direitos positivos, por implicar em um *facere*.

É comum a classificação dos direitos fundamentais em direitos positivos e direitos negativos, principalmente para determinar a eficácia desses direitos.

[...] positivo e negativo são expressões empregadas para qualificar o dever correlato ao direito em questão, sobre saber se se trata de uma prestação *facere ou non facere, in casu*, a cargo do Estado, que via de

regra ocupa o pólo passivo da relação jurídica que tem como objeto um direito fundamental.²²

Os direitos positivos seriam aqueles relacionados a prestações estatais, como é o caso do direito ao benefício assistencial de prestação continuada previsto no art. 203, V da Constituição Federal. Já os direitos negativos seriam os referentes a uma necessária não atuação do Estado, como é o caso da liberdade religiosa.

No que se refere à exigibilidade dos direitos fundamentais há:

três grandes correntes: a dos que entendem serem exigíveis todos os direitos classificados pela constituição como fundamentais, a dos que entendem serem exigíveis apenas os direitos negativos, já que os positivos, por demandarem recursos, vigeriam sob a *reserva do possível*, a depender de mediação legislativa e a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao *mínimo existencial* que seria sempre exigível, quedando os demais direitos positivos sob a reserva do possível.²³

Observa-se que dois conceitos precisam ser esclarecidos para continuarmos nossa explicação, o de mínimo existencial e o da reserva do possível. “[...] o Estado é obrigado a assegurar aos cidadãos pelo menos as condições mínimas para uma existência digna. É a chamada ‘teoria do mínimo existencial’”²⁴. Já “a reserva do possível é uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afinal, sem dinheiro não há como realizar diversos direitos”²⁵.

²²GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 152.

²³AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez**. 2ª Ed. Lumen Juris, 2010, p.35.

²⁴MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo:Atlas, 2011, p. 348.

²⁵MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 356.

Inferre-se que “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”.²⁶ Dessa forma, percebe-se que essa classificação perde seu sentido já que do ponto de vista financeiro, o Estado precisa atuar em ambos os casos. No caso dos direitos negativos, é preciso que o Estado atue, por exemplo, na fiscalização, na manutenção da máquina administrativa ou na manutenção do judiciário.

Galdino advogava a tese de que “[...] a escassez de recursos só criará colisões de direitos e opções trágicas quando se tratar de direitos fundamentais sociais, nunca quando se tratar de direitos e liberdades”²⁷. Todavia, esse mesmo autor se redime e conclui que todos os direitos fundamentais são positivos e que as prestações públicas não são gratuitas.²⁸

A obra *The Cost of Rights* demonstra que todos os direitos são positivos, que não existem direitos ou liberdades puramente privados, isto é, todo direito depende das instituições públicas e são custosos.²⁹ Ou seja, do ponto de vista do Direito Econômico não existem direitos absolutos nem tem sentido a classificação em direitos positivos e negativos.

O que se exige hoje é mais do que uma omissão do Estado, mas a sua atuação perdendo sentido tratar o direito fundamental por positivo ou negativo. Sendo assim, o melhor seria a adoção da tese de que não há direitos fundamentais negativos, já que todos exigem prestações pelo

²⁶ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez**. 2ª Ed. Lumen Juris, 2010, p.39.

²⁷ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.162.

²⁸ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.346.

²⁹ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.200.

Estado e demandam custos. E é sobre os custos que passaremos a tratar no tópico seguinte.

2.3. OS CUSTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Todos os direitos fundamentais têm custos, o Estado não possui condições de atender todas as demandas, já que a “escassez, divisibilidade e homogeneidade dos meios materiais desafiam a visão igualitária do tratamento igual para todos”.³⁰ Destarte, não se pode esquecer a importância do Direito Econômico na hora de se aplicar os direitos fundamentais.

O ideal de justiça, no sentido de postulado da igualdade, *suum cuique tribuere*, isto é, daí a cada um o que lhe pertence, deve ser analisado sempre observando-se o todo, quando trata-se de direitos fundamentais, que exigem recursos escassos do Estado. Já que os direitos constitucionais não se interpretam em tiras, como dito por Eros Grau³¹.

Escolhas trágicas que implicam em negação de direitos e podem redundar em grande sofrimento, são tomadas a todo o tempo, por juízes e gestores públicos em virtude da escassez de recursos. Entretanto, nem sempre os argumentos econômicos são bem aplicados, em especial pelos juízes.

Segundo Veljanovski, “[...] em geral os juízes rejeitam os argumentos econômicos e, quando se utilizam deles, o fazem erradamente”³². Falta aos gestores e aos juízes conhecimento suficiente para aplicar a justiça

³⁰ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez**. 2ª Ed. Lumen Juris, 2010, p. 74.

³¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

³² VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do direito e da lei: uma introdução**; tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro. Instituto Liberal, 1994, p. 34.

distributiva, “chamamos de princípios de justiça distributiva as concepções gerais sobre como recursos escassos devam ser alocados”.³³

A escassez de recursos não pode ser desconsiderada na busca de meios para satisfação de direitos fundamentais e o Direito precisa estar aparelhado para dar respostas. “Dizer que se gasta muito e se obtém pouco é uma maneira mais gentil de dizer que milhares, talvez milhões de pessoas são privadas de serviços básicos não por carência de recursos, mas por má alocação.”³⁴

Deve-se atentar para o fato de que os recursos são escassos, mas, além disso, é preciso saber alocar esses recursos para atender aos serviços básicos ofertados pelo Estado. Para tanto, faz-se necessário à utilização da análise econômica seja pelo juiz ou pelo gestor, ou quem quer que tome a decisão. “A análise econômica diz respeito às escolhas que os indivíduos fazem na condição de juízes, de pessoas em perigo, litigantes ou advogados em face de danos, diante da lei e outros fatores, tais como custos, renda, etc.”³⁵

Ademais, em regra não deveria o judiciário ser o responsável por decisões que impliquem nas alocações dos recursos, mas sim os gestores e os legisladores. Entretanto, não é o que ocorre na prática. O judiciário tem se tornado o grande gestor de recursos. E como isso tem ocorrido com frequência, não se pode fechar os olhos.

O Judiciário, ao apreciar demandas individuais ou coletivas relativas a pretensões positivas, deve ponderar o grau de essencialidade da

³³ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez.** 2ª Ed. Lumen Juris, 2010, p.93.

³⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez.** 2ª Ed. Lumen Juris, 2010, p. 102.

³⁵ VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do direito e da lei: uma introdução;** tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro. Instituto Liberal, 1994, p. 48.

pretensão, em função do mínimo existencial e a excepcionalidade da situação, que possa justificar a decisão alocativa tomada pelo Estado que tenha resultado no não-atendimento da pretensão.³⁶

O Judiciário, em especial, no que se refere ao direito à saúde, tem atuado de forma a prestar direitos, que, segundo a teoria de Galdino, não existem.

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita.³⁷

Observe-se que, segundo Galdino, em não havendo recursos financeiros, isto é, fluxo orçamentário, o direito não existe. Segundo essa teoria, só é possível que o Judiciário efetive a prestação requerida se houver orçamento para atendê-lo, isto é, o direito subjetivo só existe se houver orçamento, caso contrário o Judiciário não deve atendê-lo, pelo motivo dele (direito subjetivo) inexistir. “É necessário ter, como elemento pré-compreensão, que a escassez é limite ao conteúdo das pretensões positivas. A interpretação deve ter isso em consideração”³⁸.

O que se percebe até aqui é que os direitos fundamentais implicam em custos e até mesmo a vida tem um valor finito. Segundo Veljanoski, “se você desse um valor infinito à sua vida, você não assumiria o risco e, na

³⁶ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez.** 2ª Ed. Lumen Juris, 2010, p. 127.

³⁷ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascerem em Árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.204.

³⁸ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez.** 2ª Ed. Lumen Juris, 2010, p. 182.

verdade, qualquer risco. Isso porque você estaria comparando uma perda infinita com um o custo finito de tomar mais cuidado”.³⁹

Não se deve esquecer que a ética é envolvida nos momentos das escolhas trágicas, não se levando em conta apenas os aspectos econômicos. Nesse mesmo sentido, Veljanoski afirma que “as opções também envolvem dimensões éticas e consequências políticas”⁴⁰. Essas opções devem também levar em conta o mínimo existencial? O que é mínimo existencial? Tentaremos em poucas linhas resumir o que entendemos sobre este tema no próximo tópico.

2.4. EM QUE CONSISTE O MÍNIMO EXISTENCIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Uma resposta sobre o que é mínimo existencial exige uma série de reflexões sobre teorias relacionadas aos direitos fundamentais. Com efeito, precisa-se pelo menos resumir algumas ideias e tratar de três grandes correntes, além disso, traremos duas ideias sobre mínimo existencial.

Há, como já dito, três grandes correntes: a dos que entendem serem exigíveis todos os direitos classificados pela constituição como fundamentais, a dos que entendem serem exigíveis apenas os direitos negativos, já que os positivos, por demandarem recursos, vigeriam sob a *reserva do possível*, a depender de mediação legislativa e a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao *mínimo existencial* que seria sempre exigível, quedando os demais direitos positivos sob a reserva do possível.⁴¹

³⁹VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do direito e da lei: uma introdução**; tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro. Instituto Liberal, 1994, p. 58.

⁴⁰VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do direito e da lei: uma introdução**; tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro. Instituto Liberal, 1994, p. 43.

⁴¹AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez**. 2ª Ed. Lumen Juris, 2010, p. 35.

Logo, a resposta para o que é mínimo existencial depende da teoria adotada. Para Marmelstein “[...] o Estado é obrigado a assegurar aos cidadãos pelo menos as condições mínimas para uma existência digna. É a chamada ‘teoria do mínimo existencial’⁴²”. Todas as teorias que adotam a ideia de um núcleo essencial e absoluto advogam a tese da existência de um núcleo intransponível, que não pode ser reduzido em hipótese alguma⁴³.

Já os que adotam uma teoria relativa, negam a existência de um mínimo existencial com contornos fixos e intransponíveis.

Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.⁴⁴

Nós adotamos a teoria relativa, destarte, o que é mínimo existencial varia de caso a caso não podendo haver uma definição prévia, já que todo direito é relativo, mas as prestações relacionadas ao mínimo existencial devem receber tratamento preferencial em relação às que não ostentem esse caráter⁴⁵.

No capítulo seguinte, buscar-se-á saber se a ética pode ser transformada em direito e, caso seja possível, como se dá este processo.

⁴² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 348.

⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. **DIREITOS FUNDAMENTAIS conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 187.

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 196.

⁴⁵ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 196.

3. A Ética pode ser transformada em Direito?

A ética e o direito, como já afirmado, complementam-se.

Na verdade, o que se tem é uma relação complementar entre ética e direito. E onde a moral não seja suficiente para se evitar determinadas condutas, o direito deve atuar como forma de manutenção da harmonia social. Isto não exclui o fato de em determinados casos as regras morais divergirem do direito e vice-versa. Mesmo em havendo sustentação de um conceito de direito destituído de elemento moral, é possível se manter essa complementaridade entre direito e ética. Porém, é preferível um conceito de direito que englobe algum elemento moral.⁴⁶

Além dessa ideia de complementaridade entre a ética e o direito, há casos em que a ética é transformada em direito. Segundo Marmelstein⁴⁷, essa transformação pode se dar de três formas: pela sociedade, pelo legislativo e pelo judiciário.

Essa transformação da ética em direito pela sociedade, ocorre pelo amadurecimento e pelas mudanças dos valores éticos ao longo da evolução social. Por meio de tentativa e erro, os valores éticos vão se solidificando e superando costumes e leis.

Algumas vezes, os novos valores éticos que vão surgindo, resultantes da tentativa de solucionar problemas sociais específicos, esbarram em tradições, costumes e leis já estabelecidas anteriormente, dando início a um processo meio aleatório de seleção, onde os valores “mais aptos” “sobrevivem”, isto é, tornam-se a mentalidade dominante, por produzirem conseqüências sociais mais bem sucedidas.⁴⁸

⁴⁶HASSAN, Eduardo. **A Relação Complementar entre a Ética e o Direito**. In: Revista de Direito UNIFACS. Disponível em: < <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2268>>, acesso em 26/02/2013.

⁴⁷MARMELSTEIN, George. **Transformar Ética em Direito: O ativismo judiciário na perspectiva da filosofia moral**. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/14014706/Transformar-Etica-em-Direito>>, acessado em 26 de fevereiro de 2013.

⁴⁸MARMELSTEIN, George. **Transformar Ética em Direito: O ativismo judiciário na perspectiva da filosofia moral**. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/14014706/Transformar-Etica-em-Direito>>, acessado em 26 de fevereiro de 2013, p. 33.

O outro meio de transformação da ética em direito é pelo processo legislativo. Ao transformar em lei os valores éticos, o legislador está transformando ética em direito.

Desde a consolidação do Estado Democrático de Direito, a via legislativa se tornou o meio mais conhecido de transformação de ética em direito. É o que tem mais tendência de ser democrático, pois o povo participa, ainda que indiretamente, da formulação das normas, através da escolha de seus representantes. Os parlamentares, legitimados pelo voto popular, tentam impor seus valores por meio de um debate político travado conforme as regras do jogo democrático.⁴⁹

E por fim o Judiciário. “Outro mecanismo institucional de transformação da ética em direito é a jurisdição, que nada mais é do que a atividade atribuída ao Poder Judiciário para solucionar os conflitos jurídicos em definitivo”⁵⁰. Os juízes agem de diversas formas ao julgar e muitas vezes – por existirem lacunas ou se tratar de um caso em que a descrição legal implicaria em injustiça – utilizam a interpretação para se alcançar a melhor decisão caso a caso e ao solucionar os problemas eles (juízes) estão impregnados por valores éticos.

Existem muitas normas éticas que gozam de um alto grau de objetividade e, portanto, poderiam e deveriam servir para embasar as decisões judiciais, especialmente quando o direito positivo não reflete o sentimento de justiça (objetivo) que vem da própria sociedade. Aliás, felizmente, o direito contemporâneo se vinculou de tal modo à ética que vários valores éticos são reconhecidos como verdadeiras normas jurídicas. Eis alguns: construir uma sociedade justa, livre e solidária; reduzir as desigualdades sociais; combater o preconceito; tratar todos os seres humanos como seres racionais merecedores de igual respeito e consideração; proporcionar o máximo de bem-estar para o máximo de pessoas possíveis; fomentar o desenvolvimento humano.

⁴⁹ MARMELSTEIN, George. **Transformar Ética em Direito: O ativismo judiciário na perspectiva da filosofia moral**. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/14014706/Transformar-Etica-em-Direito>>, acessado em 26 de fevereiro de 2013, p. 34.

⁵⁰ MARMELSTEIN, George. **Transformar Ética em Direito: O ativismo judiciário na perspectiva da filosofia moral**. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/14014706/Transformar-Etica-em-Direito>>, acessado em 26 de fevereiro de 2013, p. 36.

Infere-se que a transformação da ética em direito é uma realidade. Os valores éticos estão sempre circundando a sociedade, os legisladores e os juízes.

São esses objetivos que devem pautar a atividade jurisdicional. É nesse ponto que, inevitavelmente, o juiz transformará ética em direito. O juiz decide eticamente, mesmo que não tenha consciência disso. Alguém poderá objetar: mas se esses valores éticos estão positivados, ainda que implicitamente, então são normas jurídicas antes de tudo.⁵¹

A positivação da ética como direito ocorre em diversas Constituições democráticas, em especial na Constituição Federal Brasileira de 1988. O positivismo do direito busca na ordem legal a sua fundamentação, sendo as normas o próprio Direito. Neste sentido observe-se o que afirma Kelsen:

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas - particularmente contra condutas humanas indesejáveis - com um ato de coação, isto é, com um mal - como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros -, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física - coativamente, portanto. Dizer-se que, com o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal. Pode excepcionalmente suceder, no entanto, que não seja este o caso.[...].⁵²

Conclui-se do trecho acima que o direito positivo confunde-se com a própria norma. E em busca de uma teoria pura do direito Kelsen tenta afastar qualquer outro objeto da ciência jurídica que não seja o próprio

⁵¹ MARMELSTEIN, George. **Transformar Ética em Direito: O ativismo judiciário na perspectiva da filosofia moral**. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/14014706/Transformar-Etica-em-Direito>>, acessado em 26 de fevereiro de 2013.

⁵² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 35-36.

direito. Percebe-se, também, que Kelsen traz a coação como característica do direito, mas afasta a moral deste conceito.

Entretanto, até mesmo no positivismo kelseniano pode haver a transformação da ética em direito, bastando que legislador a transforme em lei. Na conjectura atual de pós-positivismo, é ainda mais comum se transformar os valores éticos em direito, em especial por meio dos princípios.

4. A Ética como Direito Fundamental

A existência de uma ética universal, baseada nas ideias de Kant, em seu imperativo categórico e sua boa vontade, é o alicerce que acreditamos implicar na possibilidade de complementaridade entre a ética e o direito. No capítulo supracitado, concluiu-se pela possibilidade de transformação da ética em direito. E que espécie de direito seria esse? Será que a ética é um direito fundamental? Será que existe um direito a ética?

Por se tratar de um trabalho singelo, não há a intenção de esgotar o tema da ética como direito fundamental, mas apenas refletir sobre a sua possibilidade. Já foi dado o primeiro passo, ao afirmar a viabilidade de transformação da ética em direito. Vamos analisar as características da ética e relacioná-las com as características dos direitos fundamentais, para assim podermos identificar se a ética é ou pode ser um direito fundamental.

A ética é entendida pelo homem médio como diversos mandamentos do tipo “ame o próximo como a si mesmo” ou “faça com o outro o que você gostaria que fizesse com você”. É uma ideia simples, baseada no imperativo categórico kantiano. Aliás, todas as teorias contemporâneas sobre ética fazem menção a ética de Kant e seu imperativo categórico. Supondo-se de que a ética é uma lei universal da qual se avalia o que é

correto ou incorreto e não se é válido ou inválido, percebe-se que a ética e o direito não se confundiriam segundo as ideias positivistas. Logo, a ética não seria um direito fundamental, e nem sequer um fundamento para ele. Mas não é tão simples quanto aparenta e o positivismo jurídico sucumbiu.

Com o pós-positivismo a norma e a lei não mais se confundem. E o direito diz mais do que se a norma é válida ou inválida. O direito passa a ter um conceito indissociável da moral em virtude da ideia de correção. Como afirmado por Alexy: “la idea de la corrección nos lleva a una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral”⁵³.

Perelman advogada a tese de que a segurança jurídica faz com que o direito seja mais eficaz na resolução de problemas sociais do que a ética. Segundo Perelman, as respostas morais podem variar, “mas, em direito, é-se inocente ou culpado, absolvido ou condenado”⁵⁴.

Embora possa “haver boas razões para que as regras morais não sejam inteiramente conformes às regras jurídicas, pois estas são sujeitas a condições de segurança, a presunções e a técnicas de prova, com as quais o juízo moral não se embaraça muito”⁵⁵, o comum é que as regras morais e jurídicas estejam em conformidade.

Pelo exposto, percebe-se que a ética por si só não é um direito fundamental. Mas pode se tornar um direito fundamental se houver a sua institucionalização por meio de sua inclusão como norma constitucional de

⁵³ ALEXY, Robert. **Sobre las relaciones necesarias entre derecho y la moral**, p. 115 a 137. In: *Derecho y Moral*; Rodolfo Vázquez comp. Barcelona, Ed. Gedisa, 1998, p. 129.

⁵⁴ PERELMAN. Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2005, p. 304.

⁵⁵ PERELMAN. Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2005, p. 305.

direito fundamental, sendo ainda mais fácil identificá-la se essa normatização se der por meio de dispositivo constitucional.

O que seria institucionalizar? Vêm a calhar, neste momento, as ideias de Luhmann sobre institucionalização:

A institucionalização de expectativas sobre expectativas só poder estar voltada para o melhor aproveitamento de um mínimo em experiências simultâneas e sinônimas, distribuindo-as igualmente entre os significados e os momentos socialmente relevantes, tornando o consenso expectável e ativável caso necessário, mas principalmente expandindo as predisposições ao consenso, de tal forma que o ‘consenso social geral’ só precise ser coberto pela experiência atual de algumas pessoas, em alguns sentidos e em alguns momentos. Dessa forma, a função das instituições reside menos na criação e mais na economia do consenso, que é atingida, principalmente, na medida em que o consenso é antecipado na expectativa sobre expectativas, ou seja, como pressuposto, não mais precisando, em geral, ser concretamente expresso.⁵⁶

A expectativa da expectativa é a tradução luhmanniana para o imperativo categórico kantiano. E, através das normas jurídicas, as expectativas são estabilizadas e o sistema se mantém em virtude da sanção. Destarte, no momento em que a norma ética é transformada em norma jurídica, ela passa a ser direito.

A institucionalização tem o papel de permitir uma maior segurança, um consenso esperado pela sociedade. Segundo Luhmann a institucionalização possui uma característica especial, “sua função reside em uma distribuição tangível de encargos e riscos comportamentais, que tornam provável a manutenção de uma redução social vivenciada e que dão chances previsivelmente melhores a certas projeções normativas”⁵⁷.

⁵⁶LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, p. 80.

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, p. 81.

Caso haja a institucionalização da ética por meio de uma norma de direito constitucional, mais especificamente de direito fundamental, a ética pode se tornar direito fundamental. A lei moral é intrínseca ao homem, mas nem sempre é observada nos direitos. Até porque todos os direitos, fundamentais ou não, são relativos e essa relatividade é incompatível com a ética.

Às vezes será necessário acrescentar determinados princípios éticos no catálogo dos direitos fundamentais. A positivação pode vir a ser necessária para transformar a ética em direito e acrescentar ao catálogo. Segundo Alexy:

a transformação dos direitos do homem em direito positivo é somente então necessária, quando, no fundo, é necessário ter direito positivo. São três problemas que levam à necessidade do direito: o problema do conhecimento,⁵⁸ o problema da imposição e o problema da organização.

Segundo Alexy, ao defender uma posição fundamental kantiana, dois princípios são essenciais e comuns: o princípio da universalidade e o da autonomia. “O princípio da universalidade dos direitos do homem diz que todos os homens têm determinados direitos”⁵⁹. O princípio da autonomia se divide em autonomia pública e autonomia privada. “Um desenvolvimento pleno, tanto da autonomia pública como da privada, somente é possível em um estado constitucional democrático no qual os direitos do homem adquirem a forma de direitos fundamentais”⁶⁰. E é plenamente viável a

⁵⁸ ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 113.

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 101.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 101.

transformação desses princípios éticos em direito em um Estado Democrático de Direito.

5. Normas Jurídicas

O que são normas jurídicas? Utilizando-se as ideias de Luhmann, as normas jurídicas são expectativas estabilizadas em termos contrafáticos que podem ou não ser cumpridas. As normas e os dispositivos jurídicos não se confundem.

[...] Os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.⁶¹

Sobre as normas Eros Grau afirma:

O discurso do *texto normativo* está parcialmente aberto à inovação, mesmo porque o que lhe confere contemporaneidade é a sua transformação em *discurso normativo*, isto é, em *norma* (transformação do *texto* em *norma*). Daí que ela há de ser atualizada pelos chamados *intérpretes autênticos*, os juízes, para que se apresente dotada de força normativa.⁶²

O ordenamento jurídico é formado por normas, que se dividem em regras e princípios, e, segundo Ávila, também postulados. “O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou

⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 30.

⁶² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 165

a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores”.⁶³

Eros Grau⁶⁴ aduz que “a Constituição é um dinamismo”, e que os princípios dominam a interpretação constitucional. “É do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao Direito – e à Constituição. Assim, o significado válido dos princípios é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente”.

Ao tratar da diferença entre regras e princípios, Virgílio da Silva afirma: “no caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.”⁶⁵ E Ávila advoga o seguinte: “o critério distintivo dos princípios em relação a regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão”.⁶⁶

Essas normas têm aplicação e fundamentação que são distintas. Segundo Alexy:

Na fundamentação de uma norma trata-se de sua validade, e somente de sua validade, na sua aplicação, de sua conveniência, e somente de sua conveniência. A conveniência de uma norma somente pode ser determinada com vista a uma situação de aplicação determinada. Para comprovar se uma norma, em uma situação determinada, é conveniente, é necessário apreciá-la com vista a todas as características dessa situação e com vista a todas as normas que, alternativamente, entram em questão.⁶⁷

⁶³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 34.

⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 162-163.

⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 45.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 34-35.

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 46.

No momento da aplicação pode haver um conflito normativo: “[...] um conflito normativo nada mais é que a possibilidade de aplicação, a um mesmo caso concreto, de duas ou mais normas cujas conseqüências jurídicas se mostrem, pelo menos para aquele caso, total ou parcialmente incompatíveis”.⁶⁸ Esses conflitos são resolvidos de acordo com o tipo das normas conflitantes.

No caso de conflito normativo, o conflito é “solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles”⁶⁹.

Ávila defende a criação dos postulados e os diferencia dos princípios com a seguinte explicação:

Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.⁷⁰

Ávila aduz que os postulados seriam uma categoria superior diferenciada das regras e dos princípios. “Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de

⁶⁸SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 47.

⁶⁹ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 51.

⁷⁰ Ibid.

relações entre elementos com base em critérios”⁷¹. Postulados, como o da proporcionalidade, segundo Ávila serviriam para a resolução de conflitos entre as outras normas jurídicas. Na verdade, entendemos que os postulados resolvem os conflitos entre os princípios, mas não entre princípios e normas, já que estes inexistem, conforme se explica abaixo.

Virgílio da Silva critica Ávila e afirma o seguinte: “o que ocorre quando dois princípios colidem [...] é a fixação de relações condicionadas de precedência”⁷², e para se resolver conflitos entre princípios se utiliza o sopesamento. Ademais, Silva afirma que Ávila se engana ao informar que é possível haver um conflito entre uma regra e um princípio e se resolver pela proporcionalidade, “[...] quando um princípio entra em colisão com uma regra, deve haver um sopesamento. Mas esse sopesamento não ocorre entre o princípio e a regra, já que regras não são sopesáveis. Ele deve ocorrer entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia.”⁷³ Virgílio da Silva entende que há uma redução da segurança jurídica, além disso, afirma que não há colisão entre regra e princípio, há uma relação de restrição, sendo a regra expressão da restrição devendo se aplicar por subsunção.

Os postulados não possuem conteúdo e não podem ser relativizados ou sopesados. Destarte, caso determinada norma possua conteúdo ou possa ser relativizada, ela não será um postulado.

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento diferenciado; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando

⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 181.

⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 50.

⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 52.

a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).⁷⁴

Diante do exposto, vamos refletir no próximo tópico sobre a possibilidade da ética ser uma norma jurídica e de qual categoria seria: regra, princípio ou postulado.

5.1. A ÉTICA COMO NORMA JURÍDICA

Como já dito acima, entendemos que há possibilidade da ética se tornar um direito fundamental caso seja transformada em norma jurídica, e, dessa forma, teria conteúdo e seria, portanto, uma regra ou um princípio ou um postulado. Mas, como visto acima, há possibilidade de determinadas normas jurídicas serem em momentos diferentes: regras, princípios ou postulados.

Temos como exemplo da transformação da ética em norma, a utilização da moralidade como princípio constitucional, previsto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Além disso, temos a ética como regra em diversos dispositivos legais, por exemplo, o artigo 116, inciso IX, da Lei 8.112/93 que afirma: “São deveres do servidor: IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa”.

Haveria também a utilização da ética como postulado? Parece-nos impossível se falar de justiça, sem se tratar da ética. Para Kant a justiça é vista como equidade e implica na utilização do seu imperativo categórico.

⁷⁴ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 150.

Entendemos que a justiça como equidade é um postulado normativo. Destarte, a ética seria, neste momento, um postulado.

Segundo Rawls os princípios de justiça são análogos aos imperativos categóricos:

Agir com base nos princípios de justiça é agir com base em imperativos categóricos, no sentido de que eles se aplicam a nós quaisquer que sejam os nossos objetivos específicos. Isso simplesmente expressa o fato de que nenhuma dessas contingências aparece como premissa no raciocínio para deduzi-los.⁷⁵

Para Rawls existe uma interpretação kantiana da justiça como equidade. Entendemos que os princípios de justiça, na verdade, trata-se de postulados da justiça, porque não possuem conteúdos específicos, não podem ser relativizados ou sopesados, além disso, não se conflitam entre outras normas jurídicas.

Dessa forma, conclui-se que a ética pode se tornar uma norma jurídica. E ao se transformar em normas jurídicas pode ser regra, princípio ou postulado. Devendo-se, para tanto, fazer-se análise caso a caso.

E, além de viável, é muitas vezes necessário se transformar procedimento moral em norma jurídica, para que haja um respaldo de coação que é próprio do direito, revelando a impotência da ética na apresentação de exigências. Nesse aspecto o direito parece levar vantagem em relação à ética.

Feitas essas análises, passaremos às considerações finais, que condensarão as ideias desse singelo artigo que tratou da relação entre ética e direito, em especial da possibilidade de transformação da ética em direito fundamental

⁷⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 314-315.

6. Considerações finais

A ética pode ser um direito fundamental, para isso é preciso que haja a institucionalização da ética por meio de uma norma de direito fundamental. Ademais, tem-se que concordar com Lassalle sobre a necessidade de se atrelar as instituições aos fatores reais do poder. “Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”.⁷⁶ As normas devem ao máximo estar condizentes com a realidade e ter a possibilidade real de transformação.

E por mais que afirmem que Hesse é contra as ideias de Lassalle, parece-nos que as ideias desses autores se completam. Hesse afirma que:

A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser e dever se.⁷⁷

Uma norma de direito fundamental é uma norma constitucional e no momento em que a ética é transformada em direito fundamental passa a ter essas características. Dessa forma, é preciso que as normas positivadas numa Constituição jurídica não sejam “um simples pedaço de papel” e devem influenciar como fator de mudança da realidade social, mas deve, sempre que possível, observar os fatores reais do poder.

⁷⁶ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 10-11.

⁷⁷ HESSE, Conrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.24.

Chegamos ao longo do trabalho a uma definição de direitos fundamentais como sendo direitos de categoria constitucional, reflexos da dignidade da pessoa humana, que limitam a atuação estatal, bem como dos particulares, e servem como parâmetro para o ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, concluiu-se que a dignidade da pessoa humana é um postulado, já que não pode ser relativizada, isto é, não pode ser sopesada, além de não possuir conteúdo material, devendo-se aplicar caso a caso. Outrossim, analisamos a ideia de mínimo existencial de direitos fundamentais e percebemos que não pode haver um conteúdo pré-estabelecido, devendo-se avaliar caso a caso o que é mínimo existencial.

Quanto às características dos direitos fundamentais, tem-se o seguinte: a sua supremacia por se tratar de direitos constitucionais, a impossibilidade de extinção por serem cláusulas pétreas, aplicabilidade imediata – por serem direitos subjetivos –, a eficácia horizontal – por ser aplicada nas relações entre particulares –, bem como a relatividade – por não existir direito absoluto.

Ao analisar a classificação dos direitos fundamentais em positivos e negativos, percebemos que se exige hoje mais do que uma omissão do Estado, mas a sua atuação, seja o direito fundamental positivo ou negativo. E concluímos que o melhor seria a adoção da tese de que não há direitos fundamentais negativos, já que todos exigem prestações pelo Estado e demandam custos ao erário.

O que se percebe até aqui é que os direitos fundamentais implicam em custos. E até mesmo a vida tem um valor finito. Segundo Veljanoski, “se você desse um valor infinito à sua vida, você não assumiria o risco e, na

verdade, qualquer risco. Isso porque você estaria comparando uma perda infinita com um o custo finito de tomar mais cuidado”.⁷⁸

No que se refere à transformação da ética em direito, até mesmo no positivismo kelseniano pode haver a transformação da ética em direito, bastando que legislador a transforme em lei. Na conjectura atual de pós-positivismo, é ainda mais comum à transformação dos valores éticos em direito, seja por meio da sociedade, do legislativo ou do judiciário.

Pelo exposto, percebe-se que a ética por si só não é um direito fundamental. Mas pode se tornar um direito fundamental se houver a sua institucionalização por meio de sua inclusão como norma constitucional de direito fundamental. Dessa forma, conclui-se que a ética pode se tornar uma norma jurídica. E ao se transformar em norma jurídica pode ser regra, princípio ou postulado, devendo-se, para tanto, fazer-se análise caso a caso.

As decisões tomadas por nós, seres humanos, sempre se baseiam na utilização de parâmetros éticos. E seja pelos legisladores, seja pelos gestores ou pelos juízes, as tomadas de decisões devem sempre se primar por esses valores. Porque acreditamos que sempre há uma resposta certa e esta resposta certa será uma resposta justa.

7. Referências

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

⁷⁸VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do direito e da lei: uma introdução**; tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro. Instituto Liberal, 1994, p. 58.

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

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez.** 2ª Ed. Editora Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BAHIA, Saulo José Casali. **O Poder Judiciário e os Direitos Humanos.** Disponível na internet: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/aft_PODER%20JUDICIARIO%20E%20DIREITOS%20HUMANOS.pdf>, acessado em 04 de março de 2013.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012

HASSAN, Eduardo. **A Relação Complementar entre a Ética e o Direito.** In: Revista de Direito UNIFACS. Disponível na internet: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2268>>, acesso em 26 de fevereiro de 2013.

HESSE, Conrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** Tradução de Afonso Bertagnoli. Edições e Publicações Brasil Editora S.A. Versão para Ebook: São Paulo, 2004. Disponível na Internet: <http://www.4shared.com/dir/KV1sUjaA/_online.htmlr>. Acesso em 02 de maio de 2012.

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

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____, George. **Transformar Ética em Direito: O ativismo judiciário na perspectiva da filosofia moral**. Disponível na internet: <<http://pt.scribd.com/doc/14014706/Transformar-Etica-em-Direito>>, acessado em 26 de fevereiro de 2013

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

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed.. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2006.

_____, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do direito e da lei: uma introdução**; tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro. Instituto Liberal, 1994.