II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JANAÍNA RIGO SANTIN JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goías

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Becak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Sigueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam - Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-155-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. II

Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).



CDU: 34

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II reuniu-se no II Encontro Virtual do CONPEDI, evento totalmente virtual e síncrono ocorrido entre os dias 2 e 8 de dezembro de 2020, sob a temática "Direito, Pandemia e Transformação Digital: novos tempos, novos desafios".

Com 9 meses de isolamento social e todas as dificuldades decorrentes da severa pandemia da Covid-19, o CONPEDI conseguiu contornar todas as enormes adversidades e ofereceu um evento com conferências, painéis e grupos de trabalho de excelência. Um momento marcado pela alegria do reencontro, ainda que virtual, e que ficou evidente nos debates, trocas e contribuições dos participantes do Grupo de Trabalho (GT).

Os trabalhos e debates desenvolvidos produziram grande empatia entre os participantes, a repercutir as preocupações da sociedade brasileira contemporânea e sua agudização neste momento grave de pandemia, sob os eixos do combate à corrupção e à improbidade administrativa; da regulação e controle; e da transparência e eficiência administrativa.

Os artigos destes anais gravitam em torno das seguintes temáticas:

- 1. POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS COM ENFOQUE À EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS
- 2. GOVERNANÇA PÚBLICA PARA GARANTIR O FINANCIAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA
- 3. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA: UM INSTRUMENTO PARA A COMPRA INTERNACIONAL EM TEMPOS DE PANDEMIA
- 4. A ANÁLISE DAS FRAUDES AO PROGRAMA DE AUXÍLIO EMERGENCIAL DO GOVERNO FEDERAL (PANDEMIA DA COVID-19). A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UM PADRÃO DE COMPORTAMENTO ÉTICO INSTITUCIONAL
- 5. MUNICÍPIO, FEDERALISMO FISCAL E DIREITOS SOCIAIS: POSSÍVEIS SOLUÇÕES A PARTIR DE UMA GESTÃO DESCENTRALIZADA E PARTICIPATIVA

- 6. A SUPOSTA ALTERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO PELA NOVA REDAÇÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)
- 7. A POSSE E A (IM) POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS NO BRASIL
- 8. A TRANSPARÊNCIA E O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO ELEMENTO NECESSÁRIO DA CAPACIDADE GOVERNATIVA: O CONTROLE SOCIAL NA LICITAÇÃO COMO FORMA DE APERFEIÇOAMENTO DO PROCEDIMENTO E NO COMBATE A PATOLOGIAS CORRUPTIVAS
- 9. A (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA OBJETIVANDO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO TEMA 897 DA REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
- 10. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL
- 11. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CONTEXTO DA DESLEGALIZAÇÃO: STF E O CASO ANVISA
- 12. MONOPÓLIO DO NETFLIX NO MERCADO BRASILEIRO DE SVOD (SUBSCRIPTION VIDEO ON DEMAND)
- 13. GATE KEEPING E BENIGN BIG GUN NO CONTEXTO DA AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA ANCINE E DO FUNDO SETORIAL AUDIOVISUAL FSA

Com 15 (quinze) artigos aprovados e 13 (treze) efetivamente apresentados no GT, a presença maciça dos inscritos no evento confirma que o formato de CONPEDI Virtual veio para ficar, como mais uma modalidade possível ao lado dos eventos presenciais.

Será possível conferir nestes anais artigos científicos de elevada qualidade e pertinência acadêmica, com uma pluralidade de abordagens bastante originais e com induvidoso relevo prático.

Registramos os cumprimentos ao CONPEDI, pelo empenho e a qualidade da organização desse II Encontro Virtual - um excepcional momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Assim, temos a satisfação de apresentar a presente obra a toda a comunidade jurídica, a confirmar que a Covid-19 pode até ter nos distanciado fisicamente, mas continuamos a pesquisar e difundir nossas pesquisas agora no formato virtual. Não temos a ternura do abraço presencial, mas temos o sorriso e a certeza da presença.

De Passo Fundo (RS) e de Florianópolis (SC), dezembro de 2020.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF)

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Nota técnica: O artigo intitulado "ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL" foi indicado pelo Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi. org.br.

A ANÁLISE DAS FRAUDES AO PROGRAMA DE AUXÍLIO EMERGENCIAL DO GOVERNO FEDERAL (PANDEMIA DA COVID-19). A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UM PADRÃO DE COMPORTAMENTO ÉTICO INSTITUCIONAL

ANALYSIS OF FRAUD TO THE FEDERAL GOVERNMENT EMERGENCY AID PROGRAM (PANDEMIA OF COVID-19). THE NEED TO BUILD AN INSTITUTIONAL ETHICAL BEHAVIOR STANDARD

Viviane Coêlho de Séllos Knoerr Jean Colbert Dias José Alberto Monteiro Martins

Resumo

Este artigo de pesquisa trata das fraudes constatadas no recebimento, por agentes públicos, de valores oriundos do auxílio emergencial prestado pelo Governo Federal por intermédio da Lei nº. 13.982/2020 relativo à Pandemia do COVID-19. Os fatos concretos foram cotejados frente à Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas, ancorado na metodologia hipotético-dedutiva de Karl R. Popper, analisando e testando seus principais aspectos, utilizando-se para isso de estudos de outros autores que tratam da temática. O objetivo deste estudo é elucidar a seguinte problemática: como construir um padrão de comportamento ético institucional compatível com a ordem normativa vigente?

Palavras-chave: Ética, Pandemia, Fraude, Instituição pública, Princípio democrático

Abstract/Resumen/Résumé

This research article deals with frauds found in the receipt, by public agents, of amounts originating from the emergency aid provided by the Federal Government through Law no. 13,982 / 2020 related to the COVID-19 Pandemic. The concrete facts were compared against the Discursive Theory of Law by Jürgen Habermas, anchored in the hypothetical-deductive methodology of Karl R. Popper, analyzing and testing its main aspects, using studies from other authors dealing with the theme. The objective of this study is to elucidate the following problem: how to build a pattern of institutional ethical behavior compatible with the current normative order?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ethic, Pandemic, Fraud, Public institution, Democratic principle

INTRODUÇÃO

Este artigo foi construído com o intuito inicial de elucidar os principais aspectos da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas (1997), buscando desvendar um padrão de comportamento ético, especialmente a sua compreensão como norma de conduta individual, exatamente do ponto de vista que a sociedade cobra o indivíduo a portar-se de acordo com esta norma geral de comportamento.

Como plano de fundo desta pesquisa teórica, contextualizar-se-á a realidade da Pandemia mundial da Covid-19, notadamente acerca das fraudes contra o erário público que vieram recentemente à tona, com destaque para aquelas ocorridas no programa de auxílio emergencial instituído por intermédio da Lei nº. 13.982/2020.

O estudo embrenhou-se em buscar os motivos que levam determinadas pessoas, sejam gestores públicos ou empresários, mesmo diante da latente crise de saúde global, ante o desnorteio institucional, os arroubos políticos e econômicos, a atuarem fora da curva da normalidade, ora denominado padrão de comportamento ético.

Percebe-se que as micro fraudes cometidas em desfavor do erário público, no caso do auxílio emergencial, inicialmente capituladas como crimes de estelionato, vão muito além quando se tem em destaque que os cadastros públicos são delegados aos milhares de Municípios brasileiros que, por intermédio de seus servidores municipais, alimentam o Sistema do Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – CADIÚNICO.

Dados coletados neste estudo, muitos deles divulgados pelo próprio Governo Federal, demonstram que cadastros públicos podem ter sido fraudados para fins de recebimento de auxílios governamentais há muitos anos, como o "bolsa família", "minha casa minha vida", "programa de erradicação do trabalho infantil – PETI" e muitos outros, que somente vieram à tona após órgãos de controle externo da Administração Pública constatarem que milhares de servidores públicos estavam recebendo indevidamente o auxílio emergencial (BRASIL, 2020)...

O crime de "estelionato coletivo" vociferado pela imprensa nacional pode transformarse num tipo penal com consequências muito mais contundentes, elencado no rol dos crimes cometidos por funcionários públicos em face da Administração Pública, consequentemente expondo uma chaga ética das instituições pátrias aflorada exatamente num momento de extrema comoção social e impactos severos na economia mundial.

A grande dificuldade que certamente enfrentarão os órgãos de controle da Administração Pública, em especial o Poder Judiciário, situa-se exatamente na quantidade,

talvez de milhões de micro fraudes que não podem ser desprezadas, se somadas, como resultado danoso para a coletividade.

Portanto, o objetivo deste estudo é elucidar a seguinte problemática: como construir um padrão comportamento ético institucional compatível com a ordem normativa vigente?

Este estudo, ancorado na metodologia hipotético-dedutiva, analisará e testará os principais aspectos da Teoria Discursiva do Direito de autoria de Jürgen Habermas, utilizando para isso estudos de outros autores que tratam da mesma temática para cotejá-la.

As fraudes identificadas no recebimento do auxílio emergencial por parte de servidores públicos é o substrato para a testabilidade de pontos determinados da teoria proposta por Jürgen Habermas, a qual sofreu profundas adaptações realizadas pelo próprio autor com a natural evolução do seu pensamento.

Por isso, de pronto, rechaça-se qualquer possibilidade deste estudo embrenhar-se em descontruir a teoria do referido autor, mas somente testá-la diante de fatos concretos, os quais permitiram formular inicialmente uma clara hipótese de pesquisa; mas que, após a investigação do estado da arte sobre a temática, demostrou-se que existem lacunas que necessitam ser preenchidas no campo da investigação científica; portanto, esta pesquisa mostra-se pertinente neste sentido.

Para a obtenção de uma resposta, provavelmente como passo inicial para uma pesquisa mais profunda ou, até mesmo, para a criação de novas problemáticas que podem avolumar as dúvidas sobre uma forma adequada — ou um caminho - para edificar-se um modal de comportamento ético institucional, como mecanismo eficaz de determinação de um padrão de comportamento ético individual.

Neste caso, valendo-se como parâmetro concreto - no campo prático - de dados divulgados por órgãos governamentais acerca das fraudes cometidas contra a Administração Pública em plena Pandemia mundial da Covid-19, notadamente atinentes ao auxílio emergencial prestado ao Governo Federal em favor de pessoas ou famílias em situação de vulnerabilidade social, que pretende-se colocar em discussão e testar aspectos pontuais da teoria de Jürgen Habermas, com destaque sobre a atuação das instituições públicas.

1 OS DESVIOS MORAIS E ÉTICOS EM PLENA CRISE (PANDEMIA DO COVID-19)

O ponto de partida deste estudo é a Pandemia da Covid-19 que criou um cenário de caos mundial, não só no setor de saúde com a perda de milhares de vidas humanas, mas no sistema político e econômico de muitos Estados.

No Brasil, além de todos os problemas comuns ocorridos em outros países, constatouse o surgimento de um cenário perfeito para muitas fraudes e desvios de verbas públicas destinadas ao combate e à prevenção da referida doença.

De forma muito rápida e organizada, foram elucidados significativos prejuízos ao erário público na compra de equipamentos necessários para equipar UTIs, medicamentos e insumos hospitalares.

Verificou-se por meio de dados divulgados pela imprensa e por meio de órgãos de controle externo da Administração Pública, que fraudes em contratações públicas, muitas delas emergenciais e desvestidas de maiores formalidades, serviram de mote para desvios milionários, demonstrando que as instituições privadas conluiadas com agentes públicos, mesmo num momento de extrema fragilidade e isolamento social, conseguiram organizar-se suficientemente para cometer ilícitos de toda ordem.

Além de todos estes relatos públicos de fraudes praticados em sede de contratações públicas, de acordo com dados divulgados pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná (2020), somente neste Estado estima-se que 10.648 servidores públicos distribuídos em 385 Municípios paranaenses podem ter recebido auxílios prestados pelo governo fruto de alguma espécie de fraude, cujos valores ultrapassam R\$7 milhões na primeira fase do auxílio emergencial.

Os dados coletados por meio de informativos de órgãos públicos relatam que pessoas, de forma consciente e voluntária, prestaram declarações através do sistema disponibilizado pelo Governo Federal, autodeclarando-se sem vínculos empregatícios, indicando falsamente que preenchiam os requisitos elencados na norma de regência ao tema para os fins de recebimento do auxílio emergencial.

Apesar de não ser o objetivo deste estudo, inicialmente aquelas pessoas que prestaram falsas informações cadastrais para receber indevidamente o auxílio emergencial disponibilizado pelo Governo Federal cometeram, em tese, o crime de estelionato, inclusive servidores públicos que assim também procederam.

Por outro lado, surge uma importante constatação nas informações prestadas por órgãos de controle externo da Administração Pública, no sentido de que muitas pessoas que receberam o auxílio emergencial não realizaram o processo de autodeclaração previsto no art. 2°., inciso VI, "c" da Lei n°. 13.982/2020, mas obtiveram êxito no saque do auxílio porque, de uma forma ou de outra, estavam previamente cadastradas no Sistema do Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – CADIÚNICO (BRASIL, 2007).

Numa investigação objetiva acerca dos requisitos necessários à efetivação e à inclusão do nome de uma pessoa no CADIÚNICO, que visa a atender as pessoas em situação de

miserabilidade ofertando um dos seus inúmeros programas de auxílio, é a limitação da renda *per capita* estipulada em R\$500,00 ou que a renda familiar não ultrapasse R\$3.000,00.

Neste diapasão surge um fator ainda não explorado pelos órgãos controladores, notadamente em relação aos servidores públicos, pois, conforme verificado por intermédio dos dados publicizados sobre as fraudes, verificou-se que há inúmeros casos de pessoas que ocupam cargo públicos e possuem rendimentos que os excluiriam automaticamente do sistema CADIÚNICO; porém, mesmo sem terem efetuado um novo cadastro mediante autodeclaração de ausência de vínculo empregatício, acabaram recebendo o sobredito auxílio emergencial.

Deduz-se que a pré-existência de inclusão do nome de servidores públicos no CADIÚNICO pode significar que aquelas pessoas tiveram acesso ou tentaram acesso a outros programas de auxílio do Governo Federal, denotando-se a existência de fortes indícios de que elas podem estar fraudando há anos os programas de auxílio destinados a pessoas e famílias em estado de vulnerabilidade social e econômica.

E pior, como o Governo Federal delega às centenas de Municípios brasileiros a competência para triagem, cadastro e inclusão de seus munícipes num dos programas de auxílio social, como os programas denominados "Minha Casa Minha Vida", "Bolsa Família", "PETI" e assim por diante; fica evidente que os próprios órgãos públicos, por intermédio de seus prepostos, promovem a inclusão de nomes de outros servidores públicos nesses cadastros, sem que alcancem os requisitos necessários para tanto.

Caso constatado no caso concreto que o servidor público foi cadastrado de forma ilegal e com o conhecimento da pessoa responsável pela manipulação desse sistema cadastral, vislumbrar-se-ia uma situação muito mais grave do ponto de vista criminal, pois, em tese, o crime previsto no artigo 313-A do Código Penal (BRASIL, 1940) melhor se amoldaria ao caso, ao invés do crime de estelionato como acima relatado.

Mostra-se importante a ilustração destes fatos para adentrar na discussão central deste artigo científico, pois as fraudes no recebimento do auxílio emergencial, pelo menos em parte, podem ter origem na atuação das instituições públicas, que tinham por obrigação controlar a lisura desses cadastros, colocando-se na dicção do Direito Penal, na pessoa dos seus agentes, na posição de garante.

A contextualização de casos práticos, ocorridos recentemente, demonstram que as violações ao ordenamento jurídico não representam apenas o atuar individual dos cidadãos que colocam-se contra o sistema ético vigente, mas originam-se, também, dentro das próprias instituições públicas.

A seguir, tratar-se-á deste desrespeito individual ao ordenamento jurídico, que se percebe não ser generalizado ao ponto da norma jurídica ser retirada do campo de aplicação prática (invalidade) - mas que causa, diante do número significativo de fraudes verificadas – um sensível abalo à própria estrutura ética coletiva, diante da coparticipação de instituições públicas na violação da norma vigente.

2 O DISCURSO JURÍDICO DE HABERMAS

Conforme a proposição desta pesquisa, sem a intenção de esvair a temática, é importante iniciar a compreensão do tema buscando a identificação do que o autor destaca por comportamento moral; situando-a no campo do ser, ainda, traçar seus pontos de contato e óbvias diferenças com o conceito de comportamento ético, norteado na seara do dever ser.

Utilizando o método proposto, o autor destaca em sua teoria as hipóteses de uso da razão prática, partindo da premissa de que muitas condutas são motivadas levando em conta o sucesso da ação, na exata expressão de que as preferências e os objetivos do indivíduo são o ponto de partida de sua atuação.

O agir pragmático está orientado para os fins, para o resultado final, para o sucesso da ação inicial, não havendo questionamento a respeito de conteúdos éticos ou morais que motivam o agir ou não agir.

Seguindo ainda o raciocínio de Jürgen Habermas, destaca-se o uso da razão prática consubstanciado no atuar ético que, diferentemente do agir pragmático, não busca apenas de empreendimentos finalísticos, mas se foca no que é "bom" tanto para o indivíduo quanto para a coletividade.

Willian Albuquerque Filho sublinha que:

Diferentemente do uso pragmático, o uso ético da razão prática não busca apenas empreendimentos finalísticos, aqui, busca-se o que é "bom" tanto para o indivíduo quanto para a coletividade, contudo, de forma ainda limitada e não desprendida de sua carga egocêntrica. Habermas, no texto em estudo, analisa o uso ético da razão prática sob o ponto de vista individual. Quando o indivíduo se pergunta "como deve agir" para ser coerente com o seu projeto de vida. (2015, p. 405)

Torna-se importante salientar também, direcionando para o campo do Direito, que o comportamento ético identifica-se com a ordem normativa, que não necessariamente acompanha o padrão de comportamento moral da sociedade, enraizada em forte ligação

espiritual e em muitos elementos de índole cultural, conforme destaca José de Oliveira Ascensão:

O que caracteriza e portanto distingue cada uma destas sociedades são as ligações que existem entre os seus membros. Não são evidentemente nexos materiais; e também não são de ordem psíquica, se bem que tenham reflexo na consciência. São uma realidade, mas de índole cultural. Elas unificam os participantes numa nova unidade. (2003, p. 27)

Neste prisma que o autor contextualiza a palavra "instituição", cujo tema será debatido na sequência deste estudo, pois necessita ser compreendido no sentido de uma ideia de obra ou empreendimento que vive e perdura no meio social.

Resta, ainda, discorrer sobre o uso da razão prático-moral desenvolvido por Jürgen Habermas, ao pregar que é necessária uma mudança radical de perspectiva e atitude em relação ao uso pragmático e ético da razão para sua implantação. Sustenta o autor que o norte da ação no uso da razão prática-moral é a Justiça, no sentido do que deve ser feito para que a ação justa prevaleça.

Iara Guazzelli (2016, p. 3) (explica que uma ação ou um juízo com o mesmo conteúdo pode, em um caso, ser imoral e em outro moral, dependendo da forma que assume; por exemplo, é possível ajudar os pobres para obter *status* e vantagens sociais, como divulgar as causas sociais de uma empresa ou divulgar os atos pessoais de caridade numa coluna social de um jornal. No exemplo dado, embora o conteúdo da matéria do ato individual – da conduta humana - seja positiva, o ato em si é imoral.

A ética diferencia-se da moral no exato ponto em que a primeira baseia-se numa conduta para satisfação de interesses individuais, já a segunda, quando verdadeira, destaca-se pela alteridade.

Partindo dessas premissas, é salutar discorrer sobre a possibilidade de estruturação de um padrão de comportamento ético, no sentido de buscar caminhos para a edificação de instituições públicas éticas que sirvam de molde à conduta das pessoas.

2.1 A EVOLUÇÃO DA TEORIA DE HABERMAS

Mostra-se importante, mesmo de forma breve, demonstrar que Habermas modificou sua ideia inicial, podendo, de acordo com Lúcio Antônio Chamon Júnior (2008, p. 289-291), dividir a sua teoria em três fases.

A primeira fase, construída no ano de 1981, apresenta o Direito como meio, retirandolhe o fundamento moral; ao revés, afirma que seria desmoralizado, tendo em vista que sua validade estaria desconectada do mundo da vida, bastando para a sua legitimidade tão somente a referência a um procedimento de edição de normas.

De acordo com Willian Albuquerque Filho (2015, p. 410), a segunda fase teria se dado entre os anos de 1986 a 1988, quando Habermas passou a não mais admitir qualquer justificação do Direito que faça exclusivamente referência a uma "racionalidade formal" própria do Direito da modernidade, afirmando que a sua racionalidade ou validade; enfim, a sua legitimidade somente seria compreendida fazendo-se referência à moral.

Na terceira fase da teoria, destacada no ano de 1992, segundo a doutrina, o autor reformula toda a sua teoria, avançando em rumo ao abandono de uma justificativa moral do Direito, destacando o fato de que o Direito não se refere somente a conflitos interpessoais capazes de serem moralmente referidos por também dotar de efeito vinculante a determinados programas ou finalidades coletivas.

Segundo Jürgen Habermas é necessário buscar o entendimento mútuo, respeitando as diversidades, procurando a verdade e o justo por meio do processo de diálogo, conforme realçado por Rainer Rochlitz

As sucessivas correções que fez em sua teoria evidencia ainda melhor o que permaneceu inalterado. Habermas tenta dar um sentido pouco suspeito ao conceito de razão, tão denegrido há várias décadas sob a influência de Nietzsche e de Heidegger, de teorias sistêmicas do ceticismo, do relativismo ou mais recentemente do naturalismo. Para tanto, focaliza na especificidade antropológica da "comunicação": da incontornável coordenação de nossas ações por meio da linguagem que nos obriga a mobilizar razões para nos entendermos e agir em comum. (2005)

Nesta derradeira fase da teoria investigada, Habermas percebe que equivocou-se ao pregar que reduzir a legitimidade do Direito a um princípio moral gerava sérias consequências contraditórias em sua teoria, pois existem, no compor normativo, leis de conteúdo ético e pragmáticos; ou seja, estruturadas em argumentos não-morais. Assim destaca CHAMON JÚNIOR:

Assim, na medida em que ocorre uma distinção funcional ao mesmo tempo em que se dá uma complementaridade entre o sistema do Direito e o sistema da Moral, Habermas se socorre na ideia de um princípio do discurso capaz de expressar as exigências pósconvencionais de fundamentação normativa, e isso tanto no que se refere ao direito, quanto também à Moral. E este princípio, condensador das exigências normativas latentes, porém resgatáveis, de uma pragmática formal, agora não pretende ser confundido ou reduzido a tão-somente exigências morais; antes, trata-se de um princípio simultaneamente neutro em face do Direito e da Moral. (2008, p. 289-291)

Destaca o autor que o princípio do discurso ("D") neutraliza-se diante de normas morais e jurídicas; por isso, compreender que este princípio subdivide-se em dois outros princípios: princípio moral e princípio democrático.

Com o desenvolvimento da sua teoria, Jürgen Habermas vislumbra o entrelaçamento entre a forma jurídica moderna, sua dimensão institucional e o princípio do discurso, neutro em face do Direito e da moral, avultando o próprio princípio democrático como mecanismo eficaz de criação e produção legítimas de normas jurídicas.

A sobredita legitimidade e racionalidade do Direito deverá existir numa democracia que garanta as liberdades subjetivas (autonomia privada) e as liberdades comunicativas (autonomia pública).

É importante sintetizar as ideias do autor fazendo referência, *ipsis litteris*, ao seu discurso:

Por isso, consideramos os dois princípios [Direitos Humanos e Soberania Popular] como sendo, de certa forma, co-originários, ou seja, um não é possível sem o outro. Além disso, a intuição da "co-originariedade" também pode ser expressa de outra maneira, a saber, como uma relação complementar entre autonomia privada e pública. Ambos os conceitos são interdependentes, uma vez que se encontram numa relação de implicação material. Para fazerem um uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. Porém, os "cidadãos da sociedade" (Gesellschaftsbürger) só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos do Estado (Staatsburger), fizerem uso adequado de sua autonomia política - uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles o 'mesmo valor'. (HABERMAS, 2003, p. 154/155).

Em conclusão, Habermas discorre que as leis, as decisões políticas e judiciais para estarem num plano de validade democrática e também passível de aceitação geral, dependerão da aprovação pública da sociedade.

3 A CENTRALIDADE DA DISCUSSÃO SOBRE A TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS E A SUA APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO

Constatou-se que as condutas investigadas neste artigo não representam, certamente, o sentimento da grande maioria da população; portanto, o desrespeito à lei não pode ser considerado como algo normal ou alinhado à cultura ou à tradição do povo brasileiro.

Neste viés que será edificada a discussão acerca da teoria desenvolvida por Jürgen Habermas e a evolução do pensamento do autor, em contrapartida com a análise elaborada por José de Oliveira Ascensão sobre a estruturação das instituições e seus elos de índole cultural, e de outros critérios de testabilidade utilizados por outros doutrinadores.

A teoria objeto deste estudo situa o Direito numa dupla tensão entre o plano factual e o normativo, no sentido de que a positividade do Direito e o seu caráter coercitivo independem da aceitação do destinatário para a sua aplicação (facticidade), e a pretensão de legitimidade do Direito, que é condição necessária para a sua validade em um Estado Democrático de Direito, como acentua Guilherme Scotti:

A tensão externa ao direito seria entre, por um lado, no plano da facticidade, a capacidade sempre parcial do direito de alterar a realidade, garantindo sua efetividade e, por outro, no plano da validade, a normatividade contrafactual das normas jurídicas, que não podem depender da completa efetividade para a manutenção da validade da ordem jurídica. Por meio deste raciocínio a Teoria Discursiva se afasta tanto do positivismo jurídico, que situa o direito apenas no plano normativo, quanto das correntes realistas e céticas, que o entendem apenas a partir da facticidade. (2017, p.8)

Ainda, a temática será coteja em vista das ponderações de David Hume sobre as explicações causais do comportamento ético, ao afirmar que o fato de acreditar-se em leis, em assertivas que afirmam a regularidade de certos eventos, ou em certos tipos de eventos constantemente associados – realçando que este fato é devido ao (isto é, constantemente associado ao) hábito e costume, cuja teoria foi reformulada por Karl R. Popper da seguinte forma:

Só quando nos lembramos de que as palavras "costume" e "hábito" são usadas por Hume, como também na linguagem corrente, não só para descrever comportamentos regulares mas sobretudo para teorizar sobre sua origem (atribuída à repetição frequente) é que podemos reformular sua teoria psicológica de maneira mais satisfatória. Podemos afirmar então que, como acontece com qualquer outro hábito nosso hábito de acreditar em leis é produto da repetição frequente — da observação repetida de que as coisas de uma certa natureza associam-se constantemente a coisas de outra natureza. (1980, p.12)

Apesar das refutações de Popper à teoria psicológica de Hume, há fortes argumentos para afirmar que o respeito às leis, no sentido de adequação ao padrão ético de comportamento, parte da construção do senso comum, diante dos resultados típicos das repetições de condutas para a formação deste padrão comportamental ético, em que pese que a violação normativa é fato indeclinável da vida em sociedade. Por isso, a necessidade de contemplação no corpo da

norma de um preceito secundário, típico do Direito Penal, que prevê a respectiva coerção em caso do seu descumprimento.

Fica evidente que o método de pesquisa utilizado neste trabalho será o hipotéticodedutivo edificado por Karl R. Popper (1980, p.12), com a finalidade de testar a Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas.

4 A CONVIVÊNCIA HUMANA E O PADRÃO DE COMPORTAMENTO ÉTICO

Conforme delineado no tópico anterior, o agir ético consubstancia-se em definir um estilo de vida individual e coletivo, em que pese existir neste padrão de comportamento uma carga egocêntrica que o difere do agir moral.

Partindo das palavras de José de Oliveira Ascensão que:

A convivência humana é uma realidade ética, que acorda considerações de dever ser. Na ordem social encontramos uma bipolaridade, ou uma tensão, entre ser e dever ser, que nos acordando para a complexidade do fenómeno jurídico. (2003, p. 24/25)

A tensão existente entre o mundo do ser e do dever é demonstrada com certa obviedade num cenário de proteção de bens jurídicos e de utilização das normas jurídicas como mecanismo de controle social - muito evidente no Direito Penal, quando os ramos auxiliares do Direito falham neste controle — perlustrando que existem muitas outras condutas que situam-se fora do campo da moralidade coletiva; entretanto, conforme constatação prática, não merecem salvaguarda do sistema normativo.

A constatação desta limitação normativa no sentido de definir o dever ser, justifica-se no simples fato de que nenhuma junção de causas e efeitos é capaz de absorver todos os comportamentos humanos, por mais rica que seja a construção normativa. Por outro lado, determinadas condutas, que apesar de estarem tipicamente identificadas no campo normativo, rotineiramente são desrespeitadas de forma coletiva ou por uma parcela significativa da população.

O autor acima citado realça que a ordem normativa é uma ordem violável, mas destaca que existe um limite para este desrespeito normativo, que modula o padrão de comportamento ético coletivo:

Toda a ordem normativa é uma ordem violável, no sentido atrás indicado. Pode o homem adequar ou não a ela e sua conduta; tal rebelião, enquanto se não propagar no todo social, não põe em causa a vigência da regra. Como toda a realidade ética, a

conduta prevista é proposta aos membros da comunidade, mas não é uma conduta fatal. (ASCENSÃO, 2003, p. 24/25)

Apesar do desenvolvimento da teoria de Jürgen Habermas acerca do seu discurso prático-moral e da releitura de suas reflexões teóricas, é importante realçar que este estudo, valendo-se de casos práticos, focará na análise das fraudes constatadas em plena Pandemia da Covid-19, utilizando-as como parâmetro para discorrer sobre o comportamento ético individual e coletivo, especialmente sob a ótica institucional na seara pública, num sentido de interesse coletivo.

A proposição deste estudo é analisar o comportamental individual e coletivo *lato sensu*, cujo padrão de comportamento deveria ser exigido de todas as pessoas que vivem em sociedade, regulando as suas ações e omissões em relação ao próximo, aos animais, às pesquisas científicas, aos negócios, aos esportes; enfim, nos mais variados campos de atuação da vida humana.

Conforme depreende-se do contexto histórico do debate acerca da ética como interesse comum da humanidade, que passa a ganhar significado com a evolução histórica a partir do século XVIII, portanto, não é algo novo que se coloca em discussão, especialmente na estruturação da ética institucional moldada por meio do corpo de normas vigentes.

O fenômeno denominado de Mundialização Humanista que passa a ser objeto de profundas discussões globais, com significativos avanços até a modernidade, deixando evidente que para a sua concretização e êxito dependerá certamente da compreensão global dos princípios éticos e a internalização da ordem normativa como padrão de comportamento coletivo para o fortalecimento das instituições, em especial as públicas (COMPARATO, 2016).

No atual cenário político-econômico mundial, onde impera o modelo capitalista, norteado pelo incentivo constante ao consumo e à geração de lucros; num cenário em que fez surgir instituições privadas transnacionais, muitas delas com suporte econômico igual ou superior a muitos Estados relevantes no cenário global, demonstra-se a importância das instituições privadas neste processo de edificação de um padrão de comportamento ético, apesar de haver muitas críticas sobre este propalado padrão ético capitalista.

Como ficará demonstrado no decorrer deste trabalho, testemunha-se um franco movimento que parte das instituições privadas e da própria sociedade, exigindo a construção de um modal de comportamento ético institucional, especialmente no Brasil, após ser desvelado nos últimos anos muitos casos de corrupção; contudo, apesar da iniciativa privada ter se conscientizado, mesmo à fórceps, sobre a necessidade da construção de programas de

compliance institucional, não se percebe a mesma ressonância desses programas nas instituições públicas.

Além da conduta individual de todo cidadão comum, cobra-se há muito tempo o desenvolvimento de um padrão de conduta ética daqueles que ocupam cargos e funções públicas, com notável cobrança história acerca do comportamento ético da classe política.

Neste caminho que é necessária a compreensão exata do conceito de instituição e sua importância como molde ao comportamento individual e à sua irradiação coletiva, num sentido claro de respeito à ordem normativa imperante, que situa-se dentre do campo de atuação ético.

5 A NECESSIDADE DE EDIFICAÇÃO DE UM PADRÃO DE COMPORTAMENTO ÉTICO INSTITUCIONAL

O Brasil é pródigo em produzir maus exemplos do atuar antiético e criminoso na senda pública; porém, apesar dos inúmeros casos noticiados diariamente na mídia, não há grandes resultados no tocante à punição de agentes públicos por comportamentos ilícitos que ultrapassam o limite estrito da ética (norma), apesar de existir no Direito Administrativo sancionador mecanismos jurídicos capazes de valorar e engendrar punições até por violação ao princípio da moralidade, que estrutura um dos pilares da Administração Pública.

A grande evolução percebida hodiernamente no Brasil, em especial após a consecução de grandes avanços judiciais para a apuração de ilícitos em contratos públicos envolvendo as maiores empresas nacionais e muitas outras estrangeiras, que se adaptaram ao sistema de corrupção institucional que se instalou no País; em decorrência disso, gestou-se em muitas empresas processos internos para a instituição e estruturação de mecanismo de *compliance* com a finalidade de detectar e combater atos de corrupção institucional.

É perceptível também, em menor velocidade, a edificação de modelos de *compliance* institucional na esfera pública (PARANÁ, 2019), com o espeque na definição de padrões de comportamento ético voltados às contratações públicas e o relacionamento com o setor privado.

A preocupação das empresas, pelo menos no plano teórico, quando adotam um modelo de *compliance* institucional, volta-se especificamente para os negócios ligados à atividade econômica da empresa e para a blindagem dos seus relacionamentos empresariais na seara pública e privada, obviamente para eliminar ou minorar eventuais condutas ilícitas de seus dirigentes e da própria empresa num sentido mais amplo como instituição.

No setor público, os primeiros passos para a construção do *compliance* institucional direciona-se para as contratações públicas e para a adoção de boas práticas relacionadas às

licitações e parcerias com a iniciativa privada, estabelecendo protocolos e cláusulas contratuais anticorrupção.

O combate à corrupção institucionalizada vai muito além da confecção de meras cláusulas ou cartilhas procedimentais, pois deve alcançar a criação de um padrão de comportamento ético que obedeça a ordem normativa e que obtenha força suficiente para ultrapassar a linha de um mero instrumento de coerção para tornar-se num elemento de transformação da sociedade.

A transformação do seio comunitário deve estar fundada numa forte índole cultural de respeito às normas, que permita moldar o comportamento da grande maioria das pessoas, criando um senso comum que permita separar de forma clara e precisa os que optam por violar a ordem normativa daqueles que anuem voluntariamente ou conformam-se com o padrão éticonormativo instituído.

Obviamente que a construção do plano normativo idealizado neste estudo advém de um modelo de Estado Democrático de Direito, onde a maioria escolhe seus representantes legais por intermédio do sufrágio universal.

Partindo-se para uma análise focal, constata-se que não existe a preocupação de estruturação de um plano macro que seja capaz de moldar um padrão de comportamento ético dentro de todas as estruturas da Administração Pública que contemple, por exemplo, programas de aperfeiçoamento profissional aos servidores públicos com o objetivo de prestar melhores serviços aos contribuintes, num ideal de eficientização e não simplesmente de combate à corrupção.

Uma instituição privada ineficaz, caso tenha propósitos econômicos, certamente quedará num processo falimentar; diversamente, uma instituição pública ineficaz pode ser tão ou mais prejudicial à sociedade do que uma instituição pública corrupta; por isso, o princípio da eficiência necessita ser destacado para a consecução das atividades precípuas da Administração Pública.

Neste sentido, vislumbra-se que são parcos os exemplos sobre a edição de códigos de ética e disciplina setorizados para definir com clareza os direitos e as obrigações do servidor público em relação ao serviço específico prestado diretamente por ele; sendo que muitas vezes o servidor comete ilícitos, de toda ordem, por falta de conhecimento de normas básicas de conduta profissional.

Não raro, os servidores públicos somente tomam conhecimento de seus direitos e obrigações quando cometem eventuais ilicitudes, voluntárias ou não, e sujeitam-se ao crivo de um processo administrativo disciplinar ou até judicial.

Conforme ilustrado neste estudo, mesmo em plena Pandemia mundial da Covid-19, num momento de fragilidade extrema das pessoas e das próprias instituições públicas e privadas, há lugar para sucessivas fraudes com o dinheiro público.

Ainda, surpreendentemente, emergem outras irregularidades que eram cometidas há muito tempo, passando a aflorar de forma preocupante que micro fraudes - se é que podem assim ser denominadas - quando analisadas num contexto global, afiguram-se por demais perniciosas à coletividade, como constatado nas fraudes ao auxílio emergencial.

Ficou demonstrado que as fraudes desnudadas recentemente por órgãos de controle externo da Administração Pública, acerca do recebimento indevido do auxílio emergencial prestado pelo Governo Federal através da Lei nº. 13.982/20, não partiram apenas de atos individuais de cidadãos que atuam à margem da lei, mas de situações precedentes, geradas pelas próprias instituições públicas, por seus prepostos, com o objetivo de fraudar dolosamente os dados do CADIÚNICO do Governo Federal, cujo atuar ilícito por estar estruturado em muitos interesses escusos, provavelmente até de índole político-eleitoral.

6 A TESTABILIDADE DA TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS

Partindo do método hipotético-dedutivo estruturado por Karl R. Popper e elaborando alguns critérios para testar a teoria objeto deste estudo, percebe-se claramente que, apesar da existência de um padrão normativo ou ético, edificado por meio de processos legislativos democráticos, demonstra que muitas normas parecem não encontrar pleno assentimento coletivo.

Trazendo a lume o que José de Oliveira Ascensão discorre sobre as instituições e a sua forma de estruturação na ordem social, percebe-se que o padrão ético-normativo imposto pelo Estado nem sempre se edifica com os interesses das instituições sociais, destacando os elementos de ordem cultural.

Esses elementos, de que os indivíduos participam, dão ao final a essência de cada sociedade. Por eles a massa de indivíduos forma a unidade de ordem que é a sociedade; são ele que permitem que esta permaneça íntegra no tempo para além da variação dos seus membros. [...] A ordem social funda-se pois em instituições: pode exprimir-se por regras, mas essas devem corresponder às instituições sociais. (2003, p. 28)

Num plano investigativo empírico, analisado sob a perspectiva de repetição das condutas particulares, percebeu-se uma reiteração nas condutas ilícitas no caso específico das

fraudes no recebimento do auxílio emergencial, mesmo diante de uma ameaça repressiva do Estado e da publicização de dados sobre fraudes cometidas por servidores públicos.

Além disso, apesar de o percentual de pessoas que violaram as normas jurídicas para receber o referido benefício ser infinitamente menor do que o número de cidadãos brasileiros, o que rechaçaria em tese um padrão de comportamento coletivo, verificou-se que a violação ao plano ético-normativo parte exatamente de quem deveria respeitar a norma diante dos princípios motores da Administração Pública.

Em que pese o fato de a grande maioria da população brasileira comportar-se eticamente, cuja constatação demonstra que a coletividade amolda-se ao padrão ético-normativo imperante; ao revés, demonstrou-se que as instituições públicas e os servidores públicos que deveriam velar pela legalidade demonstram desapreço pela norma vigente.

Dados recentes informados pela Controladoria Geral da União e já referenciados neste trabalho demonstram que no mês de maio de 2020, 396.316 agentes públicos receberem o auxílio emergencial de forma indevida (BRASIL, 2020).

Estes dados divulgados pela Controladoria do União foram confrontados com outros dados fornecidos pelo mesmo órgão em data posterior (julho de 2020), que comprovam que as fraudes, ao invés de diminuírem com a publicização dos fatos, aumentaram significativamente, verificando-se que na etapa seguinte do programa de auxílio emergencial as fraudes somam aproximadamente um bilhão de reais e teriam sido destinadas a 680.564 (seiscentos e oitenta mil, quinhentos e sessenta e quatro) agentes públicos (BRASIL, 2020).

É crucial realçar que a Controladoria Geral da União destaca que podem existir casos em que o nome do agente público foi incluído na lista de forma automática ou por fraude de terceiros.

Ressalvadas essas situações, nota-se que, mesmo existindo no sistema jurídico nacional a possibilidade de punição, no caso dos servidores públicos, pelas esferas administrativa e judicial, inclusive criminal com forte conteúdo coercitivo - no sentido repressivo – a norma jurídica como corpo ético a ser respeitado não está exercendo seu papel fundamental para significativo número de pessoas.

Percebe-se pelos números divulgados por órgãos estatais, que a possibilidade de severa coerção não está demovendo as pessoas de comportarem-se de acordo com o padrão ético estabelecido pela legislação vigente.

Ao utilizar-se os critérios ou finalidades do Direito Penal, ficou demonstrado que a norma falhou em relação ao universo de pessoas que cometeram fraudes no recebimento do auxílio emergencial; esta falha ocorreu tanto do ponto de vista da prevenção especial como da

prevenção geral, pois as fraudes reincidiram e aumentaram de volume na segunda fase do programa de auxílio.

Deste modo, a Teoria de Habermas, ao ser analisada em conjunto com a definição de "instituição", defendida por José de Oliveira Ascensão, apresenta-se fragilizada exatamente no ponto em que defende a validade da norma assentada no critério da sua aceitação geral; no sentido da aprovação pública da sociedade; porém, vislumbrou-se no caso tratado em particular que o desrespeito ético normativo parte em determinadas situações das próprias instituições públicas.

Além disso, surgem novos questionamentos quando Jürgen Habermas destaca o entrelaçamento entre a forma jurídica moderna, a sua dimensão institucional e o princípio do discurso, que diz ser neutro em razão do Direito e da moral, quando ressalta o princípio democrático como o caminho eficaz para criação e produção de normas jurídicas legítimas.

Não há como negar a legitimidade de normas edificadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Poder Executivo, pois são idealizadas por representantes escolhidos democraticamente pela maioria dos cidadãos; no entanto, surge um outro problema: será que aquelas pessoas que compõem o quadro político nacional representam verdadeiramente o senso comum?

Muito pertinente é o pensamento de Guilherme Scotti sobre o paradigma do poder político no Estado Democrático de Direito:

No paradigma do Estado Democrático de Direito o poder político, para ser legítimo, deve derivar do poder comunicativo gerado a partir da esfera pública política. O Estado, embora ocupe o centro dessa esfera pública, destacadamente com os complexos parlamentares, não mais se confunde com a mesma, em seu todo (como se concebia nos paradigmas liberal e social, especialmente nesse último). A sociedade civil, seus movimentos sociais, organizações e associações de toda ordem, os meios de comunicação de massa, partidos políticos etc., compõem um complexo mais ou menos institucionalizado de formação, reprodução e canalização da opinião pública e da vontade política que, filtrados por sua pertinência, constituem o *input* dos órgãos políticos estatais. A oposição entre Estado e Sociedade, quanto à titularidade da interpretação do sistema dos direitos, mostra-se falsa se, tanto em sua gênese quanto na reprodução e reconstrução hermenêutica do sentido de suas normas, o direito puder ser visto como imposto pelos cidadãos por si mesmos. (2017, p. 10)

A fria afirmação de que a legitimidade das normas jurídicas está baseada no princípio democrático que, segundo Jürgen Habermas, serve como mecanismo concreto de definição de um padrão ético individual e coletivo, é o bastante para inserir todas as normas jurídicas no campo da eticidade, sendo capaz, no plano hipotético, também seria capaz de moldar e definir o comportamento ético das instituições públicas brasileiras.

Neste plano, não há como afirmar, no dizer de José de Oliveira Ascensão, que o desrespeito à norma - no caso específico das fraudes ao auxílio emergencial por servidores públicos - esteja arraigada na ideia de violação ao costume e à tradição brasileira, pois a massacrante maioria da população mantém estrito respeito às normas e não seria capaz de cometer ilícitos dessa natureza.

Também se cria uma séria lacuna na pesquisa empírica de David Hume, que afirma que as leis são cumpridas porque acredita-se em regularidades de certos eventos ou em certos tipos de eventos constantemente associados, relacionando a crença nas leis ao hábito e ao costume; neste ponto, conforme demonstrado por dados divulgados pela Controladoria Geral da União, que mesmo diante da publicização das fraudes, na segunda etapa do programa de auxílio emergencial, constatou-se que se avolumaram.

A realidade e o pensamento dos autores citados remetem este estudo a criar novas problemáticas, ao invés de apontar uma solução ao objeto da pesquisa, cujo tema merece profundas análise que, num primeiro momento, referem-se até à forma de escolha dos representantes políticos, baseada no princípio democrático, buscando investigar como proporcionar a representatividade da maioria da população nos órgãos políticos do Estado para os fins de construção de instituições públicas éticas, que representem o anseio da coletividade ou pelo menos da maioria dela, em respeito ao princípio democrático em que se assenta o Estado de Direito.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa iniciou-se genericamente fazendo cotejo acerca de frequentes crimes e fraudes de toda ordem que são verificados no Brasil, desde grandes desvios de dinheiro público, num sistema de corrupção enraizado nas instituições públicas e que contam com a coparticipação salutar de grandes empresas nacionais e estrangeiras.

Partindo desta constatação geral, o estudo buscou investigar casos concretos envolvendo fraudes contra o patrimônio público na percepção do auxílio emergencial, com destaque para fatos envolvendo servidores públicos e prováveis manipulações em cadastros públicos (CADIÚNICO), o que permitiu verificar uma reiteração das condutas ilícitas antes mesmo da instituição legal do auxílio emergencial.

Tornou-se possível verificar, ainda, que os cadastros feitos por servidores públicos foram realizados pelas próprias instituições em que eles fazem parte, haja vista que a União delega aos Municípios a atribuição de verificação e inclusão de pessoas ou famílias em situação

de vulnerabilidade social num dos programas sociais disponíveis, que são alimentados pelo CADIÚNICO.

Verificou-se que, mesmo diante da publicização das fraudes por órgãos de controle externo da Administração Pública, com ampla e massiva divulgação pela mídia nacional, não houve recuo e cessação das condutas ilícitas.

Mesmo havendo a ameaça de coerção pelas esferas administrativa e judicial, inclusive por intermédio do Direito Penal, demonstrando a necessidade de intervenção jurídica mais drástica e repressiva diante da natureza do bem jurídico tutelado (patrimônio público), comprovou-se que não houve a repercussão esperada do ordenamento ético-normativo no comportamento de uma significativa parcela de pessoas, notadamente de servidores públicos.

Analisando a concepção de José de Oliveira Ascensão sobre a importância das instituições públicas, avocando os critérios de índole cultural que unificam as pessoas em torno de uma sociedade, além disso, focando nas lições de Jürgen Habermas sobre o plano de validade democrático das normas edificadas sob a premissa da aprovação pública da sociedade, percebese certa fragilidade na Teoria objeto deste estudo.

A missão deste estudo está muito distante de refutar a validade dos critérios fundantes da teoria do discurso jurídico como forma de discurso prático-moral de Jürgen Habermas, inclusive respeitando sua claríssima evolução no que toca à validação das normas pelo assentimento coletivo baseado na representatividade democrática, porém, por certo que criouse novas problemáticas.

Resgatando as assertivas de David Hume sobre o hábito de acreditar em leis ser um produto de repetição frequente, que culminaria num "senso comum", faz surgir a seguinte problemática: o padrão de comportamento ético-normativo erige-se através das instituições ou deve partir da atos individuais em massa para redefinir os caminhos das instituições?

Surgem mais indagações ou problemas do que soluções nesta pesquisa, restando perguntar se os representantes políticos, eleitos pelo voto popular, quando exercem a atividade típica de legislar estão expressando de forma fidedigna o verdadeiro padrão ético comunitário. Ou será que o sistema de escolha destes representantes pelo sufrágio universal não se encontra viciado ao ponto de não permitir o ingresso de forma maciça de mandatários que reflitam o padrão de comportamento ético da maioria da população?

Independentemente das respostas à pergunta acima elaboradas, se é que um dia será respondida, ficou evidente a necessidade de construção de um padrão de comportamento éticonormativo institucional, num ambiente em que a boa-fé esteja situada no campo da objetividade como ponto de partida.

Neste sentido, é crucial citar Iara Guazzelli (2016, p. 7), quando afirma que: "Para sermos morais, devemos construir estruturas sociais morais, formas coletivas de viver em sociedade cujo princípio seja a universalidade, isto é, a garantia do respeito dos direitos de todos os seres humanos".

Talvez tudo isso passe pelo caminho de uma profunda modificação no sistema de representação democrática no Brasil, permitindo que cheguem às Casas Legislativas pessoas que possam pensar e elaborar leis que atendam o que David Hume afirma sobre o senso comum, com a finalidade de arraigar essas ideias às instituições públicas que se comportam na contramão do interesse coletivo e são utilizadas para atender interesses de cunho individual ou de grupos políticos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Willian. Discurso Jurídico como Forma de Discurso Prático-moral. *In* **Diálogos jurídicos na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao professor José Maria Pinheiro Madeira. Coordenação Geral Cleyson de Moraes Mello Guilherme Sandoval Góes. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda., 2015. Disponívelem:https://www.academia.edu/16494893/Di%C3%A1logos_Jur%C3%ADdicos_na_Contemporaineidade. Acesso em 7 de jul. 2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**. Introdução e Teoria. Uma perspectiva Lusobrasileira. 11 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/08/cgu-identifica-agentes-publicos-que-receberam-auxilio-emergencial-de-forma-indevida. Acesso em: 5 de ago. 2020.

_____. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/06/cgu-cruza-bases-de-dados-para-identificar-pagamentos-irregulares-do-auxilio-emergencial. Acesso em 5 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº. 6.135, de 26 de junho de 2007**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6135.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº. 13.982, de 2 de abril de 2020. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958. Acesso em: 10 ago. 2020.

CHAMON Júnior, Lúcio Antônio. **Do caso especial da argumentação moral ao princípio do discurso**. *in* O fundamento do direito. Rio de Janeiro: Freitas e Bastos, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética. Direito, Moral, e Religião no Mundo Moderno. 3 ed. São Paulo: Companhia de Letras, 2016.

GUAZZELLI, Iara. A especificidade do fato moral em Habermas: o uso moral da razão prática, p. 3 Disponível em: https://silo.tips/download/a-especificidade-do-fato-moral-em-habermas-o-uso-moral-da-razao-pratica. Acesso em: 9 jul. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. O estado democrático de direito - uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? Era das transições. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HUME, David. *Teatrise of human Nature*. Tomo I, parte III, seção vi e xii; *in* POPPER, Karl R. Conjecturas e Refutações: O Progresso do Conhecimento Científico. Brasília: Editora UNB, 1980.

PARANÁ. **Governo do Estado**. Disponível em: em: do Estado. Disponível em: em: do Estado. Disponível em: em: do Estado. Disponível em: do Estado. Disponível em: do Estado-regulamenta-o-Programa-de-Integridade-e-Compliance. Acesso em 1 de ago. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Disponível em: https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/tce-pr-atua-para-devolucao-de-auxilio-recebido-ilegalmente-por-servidores/7957/N. Acesso em: 1 ago. 2020.

ROCHLITZ, Rainer. **Razão e Racionalidade em Habermas**. *in* Habermas: o uso público da razão. Coordenado por Rainer Rachlitz. Tradução: Léa Novaes. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

SCOTTI, Guilherme. Teoria Discursiva do Direito. *In* Enciclopédia Jurídica da PUC/SP, tomo I (recurso eletrônico): teoria geral e filosofia do direito. Coordenadores Celso Fernandes Campilongo; Alvaro Gonzaga e André Luiz Freire. São Paulo, 2017. Disponível em:https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/99/edicao-1/discursiva-do-direito,-teoria. Acesso em: 15 jun. 2020.