

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II**

**DENISE BITTENCOURT FREIDRICH**

**GIOVANI DA SILVA CORRALO**

**ROGÉRIO GESTA LEAL**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

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

CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Denise Bittencourt Freidrich, Giovani da Silva Corralo, Rogério Gesta Leal

– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-142-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :

Belo Horizonte, MG).

---

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC

[www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br)

# XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

## DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

---

### **Apresentação**

Sem ter a pretensão de dizer algo desconhecido, o Direito Administrativo é uma área da ciência jurídica de grande conservadorismo. Tal assertiva justifica a relevância de construirmos um espaço de discussão e debate dos institutos jurídicos administrativos, haja vista a necessidade de passarem por uma releitura à luz de novos postulados e de novos paradigmas teóricos.

Sem sombra de dúvida, o grupo temático do CONPEDI denominado Direito Administrativo e Gestão Pública II oportunizou este espaço de discussão e de debate que giram em torno de temas jurídicos diretamente ligados ao interesse público e a valores sociais indissociáveis da dignidade da pessoa humana.

Em tal momento podemos refletir acerca da responsabilidade do Estado, bem como da responsabilidade dos advogados na condição de parecerista em procedimentos licitatórios. O tema da improbidade não poderia ter ficado de lado, como não ficou, especialmente no momento atual da história brasileira que, diariamente, notícias sobre corrupção são veiculadas nos espaços midiáticos. Por falar em corrupção, esta também teve um espaço privilegiado ao se discutir sobre possíveis efeitos da Lei Anticorrupção. Diretamente relacionado a ela, o dever de transparência e de informação do Estado, como forma de assegurar uma administração pública em conformidade com os princípios republicanos.

O ativismo judicial, que muitas vezes acaba fazendo as vezes da administração pública, ao assegurar determinado direito ao cidadão, e assim implementa, ou não (muitas discussões há sobre o tema) uma política pública, e tal situação assume impactos maiores se for no âmbito do espaço municipal, no qual a gestão dos recursos apresenta-se com maiores dificuldades que na esfera federal ou estadual, haja vista as atribuições que os municípios receberam do constituinte de 1988, sem, contudo, ter-lhes outorgado os devidos e necessários repasses financeiros. A escassez de recursos públicos também é deflagrada no pagamento dos precatórios, e aqui, mais uma vez, se revela uma postura do Poder Judiciário questionável, quando chamado a decidir da possibilidade de prorrogação dos prazos.

Notória e festejada transformação, passa a administração pública, ao não estar apenas vinculada a estrita legalidade de seus atos e decisões, mas deve sim guiar-se por valores

morais e éticos. Da mesma forma a procedimentalização da atividade administrativa, repleta de valores tais como o contraditório e a ampla defesa, a informalidade, entre tantos outros.

Esses e muitos outros temas estiveram na pauta dos debates que desenvolveram-se ao longo da apresentação dos trabalhos no XXIV Congresso do CONPEDI que ocorreu em Belo Horizonte e versou sobre o tema Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade .  
Desejamos uma excelente leitura a todos!

Denise Bittencourt Friedrich

## **PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998: UMA VISÃO POSITIVISTA E PÓS POSITIVISTA**

### **PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE MORALITY IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1998: VISIONS POSITIVIST AND NON-POSITIVIST**

**Alessandra Mara de Freitas Silva  
André Almeida Nelvam**

#### **Resumo**

O presente artigo tem por objetivo a análise do princípio da moralidade administrativa, norma positiva da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no contexto da discussão sobre a aproximação ou não da moral no conceito de Direito. Busca-se responder se a inserção do princípio da moralidade no texto constitucional está relacionada com a vertente não-positivista que entende a moral como elemento do Direito. Para tanto, são expostas a teoria positivista de Hans Kelsen, teoria não-positivista de Robert Alexy e o tratamento doutrinário dado ao princípio da moralidade administrativa no Direito Administrativo. Conclui-se que para o positivismo a conteúdo do princípio da moralidade não toca a essência da separação entre Moral e Direito. Na visão não-positivista, a inserção do conteúdo apenas reforça uma conexão que já é essencial ao próprio Direito.

**Palavras-chave:** Princípio da moralidade, Tese da conexão, Positivismo, Não-positivismo

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article aims to analyze the principle of administrative morality, positive norm of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, in the context of the discussion about the connection between Moral and Law. It seeks to answer whether the inclusion of the principle of morality in the Constitution is related to the non-positivist side who understands the moral element as related to the law. To that end, exposed the positivist theory of Hans Kelsen, non-positivist theory of Robert Alexy and the doctrinal treatment of the principle of administrative morality in Administrative Law. In conclusion, to positivism content of the principle of morality does not touch the essence of the separation of Moral and Law. In the non-positivist view, the inclusion of content only adds a connection that is already central to the law itself.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Principle of morality, Thesis of the connection, Positivism, Non-positivism

## 1 INTRODUÇÃO

A questão central na divergência existente no positivismo jurídico reside na pergunta: há conexão entre direito e moral?

ALEXY, Robert (2014, p. 241) defende a tese de que “existe uma conexão necessária entre direito e moral, em relação à qual o positivismo jurídico falha enquanto teoria abrangente”. Segundo o autor,

todos os positivistas jurídicos defendem a tese da separação. Ela afirma que o de direito deve ser definido sem a inclusão de qualquer conceito moral. Assim, restam a uma teoria positivista somente dois elementos definitórios: a legalidade autoritativa e a eficácia social. (...) Todos os não positivistas defendem a tese da conexão. Ela afirma que o conceito de direito deve ser definido através da inclusão de elementos morais. (2014, p. 272).

ALEXY, Robert (2014, p. 272) ainda explica que tanto os positivistas quanto os não positivistas aceitam que o conceito de direito deve abranger a legalidade autoritativa e a eficácia social. A diferença reside na definição do direito, no qual pela teoria não positivista – tese da conexão - deve-se defini-lo com características que se ajustam aos fatos e também aos elementos morais.

A moralidade administrativa foi erigida como princípio constitucional na Carta Magna de 1988, conforme a seguir será exposto. Poderíamos dizer que a inserção da moralidade administrativa em um Texto Constitucional aproxima o direito da moral? Ou seja, pela tese da separação - visão positivista - como entender que deve existir uma separação entre moral e direito se a moral está prevista na própria legislação?

Em outro aspecto, na visão não positivista – tese da conexão - o princípio da moralidade positivado reforça a teoria de que não se pode dissociar o elemento moral do direito? O presente trabalho trata de um simples ensaio no qual se buscará contextualizar o princípio da moralidade administrativa previsto na Carta Constitucional de 1988 e a discussão existente acerca da relação do direito e a da moral na visão positivista e não positivista. Não se pretende aqui esgotar o tema, e com a intenção de delimitá-lo, utilizaremos como marco teórico do positivismo Hans Kelsen e do não positivismo, Robert Alexy.

## 2 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A VISÃO POSITIVISTA

Conforme veremos oportunamente no capítulo 4, a inserção do princípio da moralidade no texto constitucional tem por objetivo o controle da atividade administrativa através da ideia de que a positividade do conteúdo vincula diretamente a atividade do aplicador.

Para a análise da repercussão do princípio da moralidade administrativa como meio de vinculação sob um viés positivista, toma-se como marco teórico o pensamento de Hans Kelsen. Apesar deste autor não considerar a normatividade de princípios não positivados, isso não significa que sua teoria despreze a existência deste tipo normativo. Isso é bem claro em sua obra *Teoria Geral das Normas*, quando afirma que

princípios da Moral, da Política, do Costume, são ‘materializados’ por atos jurídicos-formativos, apenas pode significar que normas jurídicas produzidas por atos jurídicos-formativos – segundo seu conteúdo – correspondem a esses princípios. Isto não é, porém, nenhuma razão para considerar esses princípios como Direito positivo, quer dizer, para estender o conceito de Direito positivo de modo que ele também abranja esses ‘princípios’. (KELSEN, 1986, p. 151).

O princípio da moralidade administrativa, então, por positivado na Constituição, adequa-se à análise positivista. Porém, seu conteúdo não é objeto da ciência pura do direito, devendo ser considerado, entretanto, por seus aplicadores. Desta maneira, os limites da interpretação para o positivismo jurídico indicarão o caminho da questão.

Kelsen liga a interpretação à relação de hierarquia entre normas, onde “uma norma superior (...) determina não só o processo em que a norma inferior ou ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar.” (KELSEN, 2009: 388). Porém, a vinculação não é completa, sendo o ato de aplicação sempre, em diferentes graus, um ato de criação do direito.

As atividades de criação e aplicação do direito, associadas às funções legislativas e de execução, usualmente consideradas opostas,

não são duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, e duas etapas intermediárias. (...) O direito, no caminho que percorre desde a Constituição até os atos de execução material, não para de se concretizar. (...) A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui. (KELSEN, 2003: 125 e 126).

O grau de indeterminação ainda sofre influência de outros fatores, podendo ser intencional ou não-intencional, ou seja, abertura de possibilidades de aplicação previstas ou não pelo legislador. Entende-se que o princípio da moralidade se enquadra no tipo de

indeterminação não-intencional, por duas razões. A primeira, que a positivação, como visto, visa restringir a aplicação e não ampliar a discricionariedade do aplicador. A segunda, por entender Kelsen que “a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que uma norma se exprime” é um exemplo de indeterminação não-intencional. (KELSEN, 2009: 389).

A relação de proporção entre abertura textual e discricionariedade na aplicação é também defendida por Hart. Segundo o autor, quanto maior o grau de abstração da norma, mais amplas e variadas as possibilidades de aplicação e concretização. Para tanto, é necessário que a legislação deixe alguns conteúdos abertos à determinação posterior, à luz da contingência da realidade (HART, 2001, pp. 137-149).

Neste ponto, a tese de Hart vai ao encontro da teoria da moldura formulada por Kelsen, segundo a qual o aplicador possui uma margem, determinada pela própria lei, de possibilidades de aplicação. “Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções, (...) uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.” (KELSEN, 2009:390 e 391).

Ainda, reforça Kelsen a inexistência de um método de interpretação que possa restringir a margem legislativa de uma norma cujo conteúdo determine uma moldura mais aberta. A interpretação e aplicação do direito referem-se a atos de vontade e não de conhecimento de algo preexistente.

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade de cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor (...). Relativamente a este (direito positivo), a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre (...). (KELSEN, 2009: 393).

Note-se que para o autor, o conteúdo moral da norma não é excluído do direito, podendo fazer parte inclusive dos critérios decisórios. Porém, enfatiza não ser objeto da ciência jurídica. “Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre sua validade e verificabilidade”. (KELSEN, 2009: 393).

Nesse caminho, o princípio da moralidade administrativa é direito porque positivado. Sua aplicação poderá levar em conta todas as temáticas inerentes ao seu conteúdo semântico determinante da moldura constitucionalmente posta. A inserção da



moralidade como princípio constitucional, para o positivismo, não torna seu conteúdo objeto do conhecimento jurídico. Para o positivismo, o conteúdo das normas não relativiza a separação entre direito e moral.

Por outro lado, a expectativa administrativista de controle da atividade do aplicador através do princípio da moralidade merece algumas digressões quando colocada sob o prisma da teoria positivista de Hans Kelsen. Trata-se, em primeiro momento, de uma das garantias constitucionais, que segundo o autor “significam (...) garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis.” (KELSEN, 2003: 126).

Os atos administrativos também são objeto do controle de constitucionalidade, devendo ser subordinados à moldura, ainda que aberta, imposta pelo texto maior. Afinal, “não são apenas as normas gerais- leis ou decretos – que são imediatamente subordinadas à Constituição e que, por conseguinte, podem ser imediatamente inconstitucionais, mas também os atos individuais.” (KELSEN, 2003: 134).

Ocorre que há uma diferenciação estrutural que repercutirá sobre o impacto do princípio da moralidade quando meio de controle dos atos administrativos e quando meio de controle das decisões judiciais. Isso porque a margem de criação da jurisdição constitucional é maior do que a margem atribuída à atividade administrativa. Enquanto a primeira está vinculada à Constituição, podendo inclusive retirar do ordenamento leis, decretos e atos individuais inconstitucionais, a atividade administrativa permanece subordinada às normas inferiores à Constituição. A natureza da atividade jurisdicional, neste ponto, se aproxima da atividade legislativa, considerando que o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência dos seus membros, é organizado em forma de tribunal.

Tanto quanto se possa distingui-las, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste, antes de mais nada, em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais. Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. (KELSEN, 2003: 151 e 152).

A aplicação administrativa, assim, pelo positivismo, sofre aumento da restrição a partir do conteúdo principiológico constitucional. Além de se subordinar às leis que regulamentam o princípio, em todas as suas escalas, também deve atentar-se à interpretação jurisdicional do seu conteúdo, considerando que seus atos podem ser tidos por

inconstitucionais pela aplicação direta da Constituição feita pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, o conteúdo do princípio em si não ampliaria as possibilidades de aplicação judicial. Contudo, a posição hierárquica superior do seu texto somada à sua textura aberta permite ao julgador um leque maior de possibilidades decisórias, aumentando sua discricionariedade. Estará o aplicador subordinado somente à Constituição, podendo, inclusive, controlar a atividade legislativa ordinária com base no princípio. “Com efeito, o conteúdo da Constituição pode tornar inútil uma lei.” (KELSEN, 2003, p.133).

O princípio da moralidade administrativa, então, sob a concepção positivista, restringirá a atuação do administrador e ampliará a do juiz. A expectativa de controle da atuação estatal global é atendida em parte, deslocando, em razão do conteúdo aberto e da atribuição ao Poder Judiciário de guardião da Constituição, o poder de criação do direito sobre a matéria.

Como citado, o conteúdo da norma constitucional, para Kelsen, não altera a natureza do direito. O princípio da moralidade, quando enquadrado na visão positivista, não funcionaria como uma ligação direta necessária entre direito e moral. Isso induz a imaginar que a interpretação pelo aplicador continua livre na medida em que está posicionado na escala de competências, sem qualquer restrição adicional ao preenchimento do conteúdo aberto da norma.

### **3 VISÃO NÃO POSITIVISTA: A PRETENSÃO À CORREÇÃO.**

Robert Alexy inicia o capítulo II de sua obra *Conceito e validade do Direito* (2009, p.15) sintetizando que “[...] qualquer tentativa de conceituação do fenômeno jurídico acaba por relacionar, necessariamente, três elementos muito bem definidos, a saber, a legalidade conforme o ordenamento, a eficácia social e a correção material.”

Os diversos matizes das conceituações doutrinárias acerca do que é o direito são reflexos da importância mais ou menos acentuada que o intérprete, eventualmente, acabe por conferir a um ou outro desses elementos. Nesse sentido, esclarece o próprio Alexy:

Quem não atribui importância alguma à legalidade conforme o ordenamento e à eficácia social e considera exclusivamente à correção material obtém um conceito de direito puramente jusnatural ou jusracional. Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista. No espaço compreendido entre esses dois extremos é possível conceber muitas formas intermediárias. (ALEXY, 2009:15)

Em razão de nossos objetivos, há que se destacar o elemento da correção material,

delimitando, de forma precisa, que sentido o autor dele se utiliza. Na verdade, relacionada à busca da adequação da moral à norma jurídica, perguntas cotidianas frequentemente surgem quando se discute sobre o valor das sentenças e a legitimidade do juiz em proferi-las.

Assim, indaga-se se serão as sentenças (ou proposições jurídicas em geral) arbitrárias, subjetivas ou refletindo somente emoções do juiz ou do falante; se pode o juiz dar uma sentença sem afirmar, mesmo que implicitamente, que ela é correta; se teriam as discussões em torno de controvérsias jurídicas algum significado se elas fossem consideradas como somente uma opinião subjetiva, sem fundamentos que poderiam ser aceitos por todos, entre outras.

Segundo Alexy, a resposta para as três indagações seria a mesma: não. Isso porque toda proposição jurídica erige necessariamente uma pretensão de correção. Segundo Habermans (1997:281), “correção significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos.” Uma proposição que se pretende correta nada mais é do que uma proposição que pode ser justificada racionalmente através de uma argumentação racional, e não arbitrária e despojada de valor, ou seja, meramente subjetiva.

Implícita na afirmação de que toda proposição jurídica necessariamente erige uma pretensão de correção está algo mais além de uma disputa acerca do caráter científico da jurisprudência. É a própria legitimidade do judiciário como instância de julgamento que está em jogo. Se a sentença deve ser vista como refletindo valores subjetivos do juiz, e (ela poderia variar diametralmente se no dia anterior ele tiver brigado com a esposapor exemplo), por que haver um corpo constituído de juízes para tomar decisões? Em que sentido a legitimidade deles seria maior do que a de qualquer outro cidadão? E por que a argumentação jurídica (que, por essa visão, não seria nada além de uma retórica para disfarçar a verdadeira intenção do julgador) não poderia ser substituída por um método mais rápido e barato de decisão como, por exemplo, a disputa em um jogo de cara ou coroa?

Evidentemente, Alexy não acredita que o juiz possa se despojar de toda a carga pessoal na fundamentação. Há, por certo, na tomada de decisão, uma mistura entre a sua impressão inicial com a necessidade de justificar a decisão. Mas essa justificação não se reduz a um esclarecimento da psique do juiz. Ela deve ser feita à luz do ordenamento jurídico vigente, e vista como uma tentativa de ser a resposta mais adequada ao caso. Num outro sentido, a pretensão de correção que necessariamente todo ato de fala normativo erige visa mais criar um critério ideal de verdade prática que, embora não possa ser alcançado, deve ser incessantemente buscado a fim de que os atos dos participantes tenham sentido.

Na mesma obra, especificamente em seu capítulo III, que trata da validade do

direito e, mais detalhadamente, sobre o conceito ético de validade, Alexy (2009: 103) defende que:

O objeto do conceito ético de validade é a validade moral. Uma norma é moralmente válida quando é moralmente justificada. Um conceito de validade moral subjaz às teorias do direito natural e do direito racional. A validade de uma norma do direito natural ou do direito racional não se baseia em sua eficácia social nem em sua legalidade conforme o ordenamento, mas unicamente em sua correção material, que deve ser demonstrada por meio de uma justificação moral. (ALEXY, 2009:103).

Esse trecho torna evidente que, para o autor, a correção material de uma norma é equivalente à possibilidade de sua justificação moral. Essa sinonímia inicial permite antever as linhas mestras sob as quais Alexy construirá o conceito de pretensão à correção: se a correção material nada mais é que a possibilidade de justificação moral, a pretensão à correção nada mais será que a pretensão a uma justificativa moral. Entende o autor que toda norma, embora não necessite ser moralmente correta, deve ao menos “apresentar-se” como tal, ou seja, deve ter, ao menos, uma pretensão à correção.

A fim de comprovar sua tese, o referencial lança mão de alguns exemplos que esclarecem o conceito proposto, considerando hipóteses como a do primeiro artigo da constituição de um estado fictício, vazado nos seguintes termos: “X é uma república soberana, federal e injusta”; ou o caso de um juiz que viesse a proferir a seguinte decisão: “O réu é condenado à prisão perpétua em virtude de uma interpretação incorreta do direito vigente.” (ALEXY, 2009, p.44-45).

Algo de equivocado salta aos olhos logo de início, denotando defeito em ambas as construções normativas propostas; a razão da ininteligibilidade reside, sobretudo, no fato de que ambas as situações, em comento, padecem de um defeito conceitual, ou seja, os exemplos em questão acabam por infringir regras constitutivas da própria comunicação, o que impede a compreensão de modo coerente. Eis a explicação do autor:

Assim, o que resta é apenas um defeito conceitual. Aqui, essa expressão é empregada num sentido amplo, que também se refere a infrações de regras constitutivas dos atos da fala, ou seja, a expressões linguísticas como ações. Ao ato de legislação constitucional está necessariamente vinculada uma pretensão à correção, que, neste caso, é, sobretudo, uma pretensão à justiça. (ALEXY, 2009, p. 45).

Como a amostra atesta, Alexy sustenta – e esse é o ponto principal do argumento – que, da mesma forma como a linguagem é permeada de certas regras que são inerentes à sua própria estrutura e que não podem ser desrespeitadas, sem prejuízo da inteligibilidade da

comunicação, o direito, também deve ser moralmente justificável ou, ao menos, pretender sê-lo, sob pena de não poder ser racionalmente compreendido como direito; daí se falar na pretensão à correção, como elemento constitutivo do próprio fenômeno jurídico.

Sob essa ótica, assim como quem diz “[...] o livro está sobre a mesa, embora eu não acredite que esteja”, o constituinte incorre em uma contradição performativa, que descaracteriza sua atividade, se o material de sua autoria nega essa pretensão à correção, ainda que a execução da norma ulterior busque supri-la. No mesmo sentido, o exemplo do órgão ou servidor estatal que, por medida de “justiça”, busque executar a sentença de um indivíduo condenado nos termos da expressão “interpretação incorreta do direito vigente”.

No entanto, ainda seria possível objetar que uma pretensão à correção moral não está necessariamente ligada ao direito, pelo que cumpre expor, ainda que de maneira sucinta, o referencial teórico em que Robert Alexy assenta sua construção doutrinária e que lhe permite, entre outras possibilidades, aplicar conceitos da teoria do discurso ao direito.

O fato de uma sentença explicitamente não possuir uma pretensão de correção, como uma sentença de morte que fosse pronunciada somente para satisfazer um tirano, não refuta a tese de que o Direito necessariamente erige uma pretensão de correção. Da mesma forma que anteriormente, é necessário distinguir entre uma pretensão de correção erigida subjetivamente e outra objetivamente. Pois embora o tirano possa subjetivamente não ter levantado a pretensão na sua sentença, devido a ele agir como uma autoridade jurídica tal pretensão está objetivamente ligada a seu cargo.

Em segundo lugar, deve-se ater ao fato de que decisões individuais, bem como normas, estão imersas num sistema jurídico. Esse necessariamente erige uma pretensão de correção, caso contrário, não pode ser considerado um sistema jurídico. Sistemas jurídicos só perdem seu caráter jurídico no caso de uma grande quantidade de decisões e normas seguirem esse padrão de injustiça, quando então poderia se dizer que o sistema como um todo abandonou a pretensão de correção. (ALEXY, 2000, p. 142).

E se o Direito está necessariamente conectado com uma pretensão de correção, ele consiste em mais do que puro poder, ordens fundadas em ameaças ou uma espécie de "coerção organizada". Sua natureza compreende não só um lado real, mas também um crítico, ou ideal. Esta conexão, além do mais, é o principal fundamento tanto para um ataque àquele que é o principal alicerce do positivismo, a separação conceitual entre Direito e moral.

#### **4 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE**

Antônio José Brandão (1987, p. 454) faz um estudo da evolução da moralidade administrativa, mostrando que foi no direito civil que a regra moral primeiro se imiscuiu na esfera jurídica, por meio da doutrina do exercício abusivo dos direitos e, depois, pelas doutrinas do não-locupletamento à custa alheia e da obrigação natural.

Essa mesma intromissão verificou-se no âmbito do direito público, em especial no Direito Administrativo, no qual penetrou quando se começou a discutir o problema do exame jurisdicional do desvio do poder. Dentro da teoria do desvio de poder, começou-se a discutir que a “Administração Pública pode se utilizar de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente.” (DI PIETRO, 2004, p. 78).

Segundo Hely Lopes Meirelles (2005: 89), o sistematizador de tal conceito é Maurice Hauriou (1926:127), que define a moralidade administrativa como, “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.” De acordo com o jurista, não se trata da moral comum, mas, sim, de uma moral jurídica, ou seja, o Administrador, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. “A moral comum é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.” (HARIOU, 1926, p. 197).

Ainda, para o jurista, existe a moral administrativa, que é “imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário.” (HAURIOU, 1926, p. 197). Baseado em monografia do jurista português Antônio José Brandão, Silvério Carvalho Nunes destaca:

Hauriou desenvolveu tese audaciosa e avançada para a época segundo a qual a legalidade dos atos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei, mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da ‘boa administração’, determinante necessária de qualquer decisão, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cujo campo de aplicação pertence ao recurso denominado de ‘moralidade administrativa. (BRANDÃO, 1987, p. 454).

O desenvolvimento da tese de Hauriou decorreu da percepção de que poderia haver divergência entre a intenção do agente público na prática do ato administrativo e os respectivos conteúdos e finalidades desse ato. Notou que comumente ocorria abuso na aplicação da lei e, principalmente, nos atos de competência discricionária em que o agente produtor do ato escolhe uma das opções veiculadas por parâmetros legais, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

O conceito de Hauriou teve, portanto, fundamental importância na possibilidade de controle não só da forma ou legalidade externa do ato, mas também do conteúdo do mesmo. Dessa forma, percebe-se que o estudo inicialmente empreendido acerca do princípio da moralidade administrativa teve como principal escopo a ampliação da possibilidade de verificação da legalidade e da pertinência dos atos administrativos, sendo essa sua primeira função reconhecida doutrinariamente, portanto.

Tal preocupação com o controle dos atos administrativos e a ampliação de seus instrumentos era comum aos estudiosos da época de Hauriou e, bem por isso, sua tese teve aceitação rápida e passou a ser alvo de diversas análises doutrinárias a partir de então. Seguindo as lições de José Brandão, Silvério Carvalho Nunes destaca que para Hauriou moralidade administrativa era “um conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração”. Assim, esse conceito de moralidade administrativa foi desenvolvido posteriormente por Henri Welter (1929, p. 74), que enuncia:

[...] a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum, ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral da administração e pela idéia de função administrativa. (WELTER, 1929, p. 74)

Brandão destaca que

A atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence – princípios de Direito Natural já lapidarmente formulados pelos juristas romanos. À luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à ideia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum. (BRANDÃO (1987, p. 545) *apud* WELTER (1929, p. 74)).

Com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa, o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade, sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. “O direito ampliou seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral.” (DI PIETRO, 2004: 78).

Para Welter a moralidade administrativa, portanto, não se confunde com a moral comum. Ela é espécie do gênero moralidade institucional. Assim, tanto para Hauriou quanto para Welter o controle da moralidade administrativa é coincidente com o princípio da legalidade em sentido amplo, pois, para que aquela seja respeitada, este não poderia ser violado.

A distinção, aqui, entre o âmbito da Moral e do Direito fazia-se salutar para o entendimento do princípio da moralidade administrativa, pois se reconhecia, nesse, que as normas jurídicas positivadas traziam dentro de si uma carga de moral que era intrínseca ao Direito e que deveria ser respeitada, principalmente no que tange à aplicação das normas jurídicas, porém não se confundia, necessariamente, com a Moral comum da sociedade.

O pensamento francês, portanto, como se pode perceber, primava por reconhecer que a moralidade administrativa, presente fora do âmbito da Moral comum, consubstanciava-se em normas jurídicas, das quais exsurgiam limites para a atuação do administrador segundo entendimento de “boa administração”, “eficiência administrativa”, “disciplina hierárquica” entre outros.

Tal paradigma de entendimento, contudo, reconhecia na moral administrativa o conteúdo de normas programáticas apenas, ou seja, não vinculantes imediatamente e nem mesmo autônomas, pois representavam ilações acerca de outras normas jurídicas. Essa postura dogmática do Direito era acarretada pelo entendimento vigente, segundo o qual apenas o texto da lei era fonte primária de Direito, não se permitindo que valores, por exemplo, pudessem se sobrepor à literalidade do quanto disposto na lei.

No Brasil, inúmeros estudiosos têm se debruçado sobre o estudo do princípio da moralidade, seu alcance, sua aplicação, contudo, ponto comum a que chegam os estudiosos contemporâneos é que o reconhecimento da juridicidade ao princípio da moralidade é questão pacífica após o advento da Constituição de 1988.

Entretanto, antes da Constituição de 1988, comumente denominada Constituição-cidadã, nem todos os administradores brasileiros reconheciam a índole jurídica da moralidade administrativa. Havia certa resistência dos doutrinadores acerca da possibilidade



de conceituação do princípio, precipuamente porque se poderia correr o risco de trazer ao Direito conceitos que lhe eram estranhos, oriundos da Moral comum.

Inexistindo previsão expressa nos textos constitucionais anteriores, reconhecer-se o princípio da moralidade administrativa como princípio implícito era considerada atitude perniciosa para a harmonia do sistema, mesmo porque nenhuma definição lograva afastar o referido princípio das normas de Moral comum.

Hodiernamente, contudo, inúmeras são as aplicações do princípio da moralidade, destacando-se a de poder ser fundamento de ação popular para anulação de ato lesivo à moralidade administrativa.

No direito positivo brasileiro, a lei que rege a ação popular (Lei 4.717 de 29 de junho de 1965) consagrou a tese que coloca o desvio de poder como uma das hipóteses de ato administrativo ilegal, ao defini-lo no artigo 2º, parágrafo único, alínea e, como aquele que se verifica “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”

A Constituição de 1967, no artigo 84, V, mantido como artigo 82, V, na Emenda Constitucional n. 1, de 1969, considerava como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentassem contra a probidade administrativa. A Constituição de 1988, além de repetir aquela norma no artigo 85, V, faz um avanço, ao mencionar vários princípios éticos relacionados à moralidade administrativa. No artigo 37§4º da CF/88, a Constituição prevê sanções para os atos de improbidade administrativa, nos quais se encontram inseridos os atos imorais:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Também no texto constitucional, a Ação Popular, um Remédio Constitucional que configura um dos grandes instrumentos da cidadania, é a forma de anulação de atos públicos praticados, entre outras hipóteses, em detrimento da moralidade administrativa, conforme se vê:

Art. 5º [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

A própria cidadania passiva (direito de ser votado) fica condicionada à ausência de infrações ao referido princípio:

Art. 14 [...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Porém, a grande inovação foi inserir no *caput* do art. 37 da CRFB/1988, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:" ( grifo nosso)

Os princípios da Administração Pública constituem os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Sendo o Direito Administrativo de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios representam papel relevante neste ramo do direito.

A Lei n. 9.784 de 1999, no art. 2º, faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Vale notar que, na forma do art. 11 da Lei 8.429 de 02 de junho de 1992, que trata do enriquecimento ilícito, constitui “ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da Administração Pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”.

Em análise rasa, os manuais de Direito Administrativo defendem que a inserção da moralidade no texto constitucional ampliou do princípio da legalidade, que passou a abranger valores outros, como os da razoabilidade, boa-fé, economicidade e tantos outros consagrados na doutrina, jurisprudência e mesmo na Constituição e nas leis infraconstitucionais. Nesse contexto, é possível falar em legalidade estrita, significando a exigência de lei, em sentido formal, para a prática de determinados atos; como é possível falar em legalidade em sentido amplo para não só abranger a obediência à lei, mas também a observância dos princípios e valores que estão no ordenamento jurídico.

Porém, além de atender à legalidade, o ato administrativo público deve conformar-se com a moralidade e finalidade administrativas para dar plena legitimidade à sua atuação. Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que tanto atende às exigências da lei como se conforma com os preceitos da instituição pública.

Cumprir simplesmente a lei na friez de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito, sendo que a legalidade, no sentido amplo, abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do direito e da moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais. Assim, foi desses princípios que o Direito Público extraiu e sistematizou a teoria da *moralidade administrativa*.

Trazendo à baila a tese da conexão – defendida pelos não positivistas – existe aqui uma ampla inserção dos elementos morais no conceito de direito, no qual pelo princípio da moralidade, o que se exige é um comportamento ético, jurídico, o adequado. Não basta a simples previsão legal que autorize o agir da administração pública; é necessário que, além de legal, seja aceitável do ponto de vista ético-moral. Nesses casos, trabalha-se com conceitos jurídicos indeterminados que, em muitas situações, tornam difíceis a interpretação e aplicação de sanções.

A jurisprudência<sup>1</sup> já decidiu que “o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.”

Com esse julgado pioneiro, a moralidade administrativa ficou consagrada pela Justiça como necessária à validade da conduta do administrador público.

## 5 CONCLUSÃO

O ponto central deste trabalho buscou analisar o princípio da moralidade administrativa no contexto da discussão entre a relação do direito e a moral na visão positivista e não positivista.

Afirma-se que na visão positivista, o princípio da moralidade administrativa não aproxima o direito da moral, ele é direito porque positivado. Para o positivismo, o conteúdo

---

<sup>1</sup> TJSP, RDA 89/134. Acórdão da lavra do Desembargador Cardoso Rolim.

das normas não relativiza a separação entre direito e moral. Sua aplicação poderá levar em conta todas as temáticas inerentes ao seu conteúdo semântico determinante da moldura constitucionalmente posta.

Porém, a aplicação administrativa, além de se subordinar às leis que regulamentam o princípio em todas as suas escalas, deve submeter-se a interpretação judicial do seu conteúdo, havendo, no nosso ponto de vista, um aumento da restrição de sua atuação.

De outra sorte, a positivação do princípio da moralidade administrativa por si só não amplia as possibilidades de aplicação judicial. Mas há de se reconhecer que a abertura textual confere julgador um leque maior de possibilidades decisórias, aumentando sua discricionariedade.

O princípio da moralidade administrativa, então, sob a concepção positivista, restringe a atuação do administrador e amplia a do juiz. Ao mesmo tempo que limita a atuação do Agente a todas as escalas de aplicação dentro da moldura de Hans Kelsen, a fluidez do conceito da moralidade administrativa permite ao julgador a discricionariedade quanto ao conteúdo e definição do mesmo. A expectativa de controle da atuação estatal é relativamente atendida, deslocando, em razão do conteúdo aberto e da atribuição ao Poder Judiciário de guardião da Constituição, o poder de criação do direito sobre a matéria.

Já na visão não positivista, toda proposição jurídica erige necessariamente uma pretensão de correção. Conforme já foi dito, segundo Habermans (1997, p. 281), “correção significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos.” Uma proposição que se pretende correta nada mais é do que uma proposição que pode ser justificada racionalmente através de uma argumentação racional, e não arbitrária e despojada de valor, ou seja, meramente subjetiva.

Implícita na afirmação de que toda proposição jurídica necessariamente erige uma pretensão de correção está a própria legitimidade do judiciário como instância de julgamento. Segundo Alexy (2009, p. 103) a correção material de uma norma é equivalente à possibilidade de sua justificação moral. Se a correção material nada mais é que a possibilidade de justificação moral, a pretensão à correção nada mais será que a pretensão a uma justificativa moral.

Neste diapasão, na visão não positivista, poder-se-ia afirmar que o princípio da moralidade administrativa reforça a tese da conexão, no qual o conceito de direito deve ser definido através da inclusão de elementos morais. Entende o autor supracitado que toda norma, embora não necessite ser moralmente correta, deve ao menos “apresentar-se” como tal, ou seja, deve ter, ao menos, uma pretensão à correção.

Evidentemente, Alexy não acredita que o juiz possa se despojar de toda a carga pessoal na fundamentação. Há, por certo, na tomada de decisão, uma mistura entre a sua impressão inicial com a necessidade de justificar a decisão, mas essa justificação deve ser feita à luz do ordenamento jurídico vigente, e vista como uma tentativa de ser a resposta mais adequada ao caso e, com a necessidade de fundamentação argumentativa na aplicação do direito, aqui, no não-positivismo, podemos defender que tanto a aplicação administrativa quanto a judicial são limitadas.

Mas como já amplamente defendido, o tema merece maior reflexão utilizando-se inclusive de outros marcos teóricos positivistas e não positivistas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **‘On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin’s critique’**. Ratio Juris, volume 13, número 2, 2000, p. 142.

\_\_\_\_\_. **Conceito e validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonnono. 1.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Nini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995.

BARRETO, V. P. de. (Cord.) **Dicionário de filosofia do Direito**. São Leopoldo/RS: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BROWN, G. D.; RICE, S. **Professional english in use: law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

DARDANI, Marina Centurion. Princípio constitucional da moralidade administrativa: uma análise pós-positivista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3794, 20 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25912>>. Acesso em: 3 dez. 2014

ELY, J. H. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**: introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cuaba. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POHLMANN, Eduardo Augusto. O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1613, 1 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10723>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **Hans Kelsen: teoria jurídica e política**. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 185-231.