XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIA CONSTITUCIONAL

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

RUBENS BEÇAK

Copyright © 2017 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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria Constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Armando Albuquerque de Oliveira; José Filomeno de Moraes Filho; Rubens Beçak - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-416-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Direitos Humanos. 4. Influência. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

A publicação "Teoria Constitucional" é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate ocorrido no grupo de trabalho homônimo, no dia 21 de julho de 2017, por ocasião do XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, realizado no Centro Internacional de Convenções do Brasil – CICB entre os dias 19 e 21 de julho de 2017.

No XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI Brasília, o GT Teoria Constitucional I apresentou os seus trabalhos juntamente com o GT Teorias da Democracia e Direitos Políticos sob a coordenação dos Professores Doutores Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UFPB), José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR) e Rubens Beçak (USP).

O GT vem se consolidando no estudo e na discussão dos diversos problemas que envolvem a sua temática. Assim, questões relevantes, a exemplo da "influência da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal", entre outras, constituem a presente publicação.

Dessa forma, a publicação apresenta algumas reflexões acerca de alternativas e proposições teóricas que visam ao debate e o aperfeiçoamento das constituições. Assim, os trabalhos aqui publicados, contribuíram de forma relevante para que o GT Teoria Constitucional I permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, levar à comunidade acadêmica e à sociedade uma contribuição acerca da sua temática.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira - UNIPÊ/UFPB

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – UNIFOR

Prof. Dr. Rubens Beçak – USP

CONSEQUÊNCIAS FILOSÓFICAS NO RECONHECIMENTO DA VALIDAÇÃO DO DIREITO PELA MORAL SOB O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

PHILOSOPHICAL CONSEQUENCES IN THE VALIDATION OF LAW BY MORALITY UNDER THE PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE MORALITY

Henrique Sampaio de Azevedo
André Luiz Batalha Alcântara

Resumo

O objetivo do presente artigo foi o estudo do princípio da moralidade administrativa, presente na Constituição Federal Brasileira em seu artigo 37, caput. Fez-se, para tal, pesquisa eminentemente bibliográfica a partir da perspectiva filosófica sobre o tema da relação entre Direito e Moral, buscando uma definição das consequências decorrentes do reconhecimento de princípios como o da moralidade. A partir daí, possibilitou-se a análise crítica da estrutura normativa capaz de instrumentalizar essa exigência e agregá-la aos demais ditames constitucionais, de forma a permitir uma aplicação instruída pela segurança jurídica.

Palavras-chave: Direito público, Princípio da moralidade administrativa, Constituição, Direito e moral, Incorporação, Segurança jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this article was the study of the administrative morality principle, present in the Brazilian Federal Constitution in its article 37, caput. To that end, it was made an eminently bibliographical research based on the philosophical perspective on the subject of the relation between law and morality, seeking a definition of the consequences deriving from principles such as morality. From there, a critical analysis on the normative structure capable of instrumentalizing this norm was carried out, in order to allow an application instructed by legal certainty.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public law, Administrative morality principle, Constitution, Law and morality, Incorporationism, Legal certainty

INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo foi o estudo do princípio da moralidade administrativa, presente na Constituição Federal Brasileira em seu artigo 37, *caput*. Há uma grande controvérsia no meio jurídico nacional acerca do tema, envolvendo desde a sua espécie normativa, o sentido da sua prescrição, além do método a partir do qual se possibilitaria a aplicação do princípio a casos concretos.

Assim, adotou-se, primeiramente, a metodologia de pesquisa bibliográfica, com o fim de identificar a forma pela qual a doutrina especializada, ao longo do amadurecimento da moralidade administrativa na prática constitucional brasileira, buscou delimitar o escopo do princípio, tanto na elaboração de uma estrutura normativa quanto na especificação de seu conteúdo deontológico.

Demonstrou-se, então, que as discussões doutrinárias sobre a moralidade administrativa, esposadas no primeiro capítulo, gravitam em torno da relação entre o Direito e a Moral, sempre com o intuito de demonstrar que se estaria perante um exemplo de conexão explícita, a partir da qual haveria um comando de validação moral dos atos da Administração Pública e seus membros.

Com base nesse "denominador comum" apresentado pelos autores, ou seja, o reconhecimento de uma regra de validação moral, e com base no modelo lógico-formalista concebido por Humberto Ávila, faz-se, no segundo capítulo, um esboço do que seria a estrutura normativa e conceitual do princípio da moralidade administrativa e como o seu comando se comportaria na prática do aplicador do direito. Tal exercício é alicerçado no próprio texto da Constituição Federal de 1988 e na prevalência de sua norma geral de segurança jurídica, de modo a permitir que essa aplicação se dê propriamente de acordo com os objetivos constitucionais e de forma não arbitrária.

A partir daí, faz-se uso de método descritivo-interpretativo, buscando evidenciar os potenciais problemas conceituais, sob a perspectiva jusfilosófica, em se reconhecer no princípio sob análise uma conexão entre o Direito e a Moral. Nesse sentido, são delimitadas duas ordens complementares de problemas: na dimensão consequencialista, ao se adotar a estrutura principiológica, aliada à exigência da utilização de elementos extrajurídicos de difícil densificação, a moralidade administrativa possuiria o potencial de produzir, na realidade, efeitos paradoxais, contrários ao próprio desígnio da norma moral.

Já na dimensão conceitual, ao se considerar a natureza do conteúdo moral e a força das exigências que ela faz ao direito positivo, demonstra-se que a estrutura normativa elaborada pode se

tornar supérflua, colocando em cheque a efetividade pretendida pela própria Constituição em sua previsão, ou entrar em colapso, com uma prevalência excessiva da Moral sobre o Direito.

Para esclarecer, em parte, o segundo problema, retomou-se, então, o estudo da relação entre Moral e Direito, agora sob a perspectiva das demandas existentes daquela sobre este. Intentou-se, assim, abrigar a aplicação do princípio da moralidade administrativa de acordo com a segurança jurídica. Essa utilização se torna possível somente com o reconhecimento de que a autoridade do direito positivo e a pulverização da insegurança, mais do que um compromisso do Direito, é uma exigência da própria Moral.

1 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO MEIO DOUTRINÁRIO BRASILEIRO

Com o advento da Emenda Constitucional 19/98, houve a adição expressa da moralidade como um dos cinco princípios basilares aos quais a Administração Pública deveria obediência constante[1]. No entanto, mais do que qualquer dos demais, a moralidade administrativa demanda um esforço acadêmico considerável para delimitar, com precisão, o que se está prescrevendo quando se ordena a submissão da Administração a ela.

Assim, inicia-se a pesquisa pelo conceito do princípio moralidade administrativa por meio da investigação da doutrina jurídica que lidou com o tema no Brasil, a partir das obras exemplificadas a seguir, escolhidas a partir de sua importância no meio jurídico nacional e de seu tratamento específico do tema em questão.

Há trabalhos tradicionais sobre o tema, de autoria de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[2] e Manoel de Oliveira Franco Sobrinho[3], que datam de antes mesmo da vigência da EC 19/98. Os autores, no entanto, já demonstravam entender a moralidade administrativa como um dever inato ao ordenamento jurídico e à Constituição de 1988, devendo ser entendida como um instituto de correção da Moral sobre o Direito, que estaria em constante aprimoramento ético e submetido a imperativos de justiça.

Mais recentemente, já em comentário à nova redação do artigo 37 da Constituição, outros autores buscam fazer sentido da menção expressa ao princípio da moralidade. Um exemplo é José Guilherme Giacomuzzi, que procura se afastar de uma análise filosófica e travar o caminho dogmático, a partir do qual conclui ser a moralidade administrativa a aplicação da boa-fé ao direito público[4]. Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, afirma ser o princípio da moralidade

administrativa a imposição do cumprimento dos deveres éticos, os quais, se violados, acarretariam na invalidade do direito[5]. Eles seriam informados, basicamente, por uma leitura conjunta aos princípios da lealdade e da boa-fé, obrigando a Administração a agir com sinceridade e lhaneza[6].

É notável, ainda, o empreendimento realizado por Thiago Marrara, ao buscar uma definição elaborada da moralidade administrativa[7]. O autor identifica que a moralidade é, no fundo, uma forma de controle por parte dos cidadãos de "desvios de finalidades" praticados pela Administração Pública, quando esta atua fora das finalidades últimas do Estado de Direito.

Gilmar Ferreira Mendes, a partir do ponto de vista da efetivação da Constituição, afirma que, a despeito de sua baixa densidade, a moralidade pública pode ser aplicada a partir de informações da própria ordem constitucional. Desse modo, caberia ao juiz, nos casos concretos de matéria controversa a determinação da amplitude da interferência do princípio sobre a atuação do administrador[8].

Enfim, os autores mencionados, em geral, apesar de defenderem a sua importância, são uníssonos ao apontar que a grande dificuldade relacionada ao princípio da moralidade administrativa resta em sua precisa concretização, a fim de permitir uma aplicação não arbitrária. Reconhecer a autoridade da moralidade administrativa e não definir objetivamente qual o comando que ela exige de seu aplicador não seria nada além de verdadeiro voluntarismo.

1.1 Moralidade administrativa como uma representação da moral no direito

Há decorrências mais profundas, no entanto, em se reconhecer que o princípio da moralidade administrativa deve ser compreendido como uma manifestação expressa da interação existente entre a Moral e o Direito.

O problema em questão se remete, primeiramente, ao debate travado entre Ronald Dworkin e Herbert Hart, especificamente acerca da capacidade descritiva do positivismo deste, tendo em vista a presença de conexões explícitas com a Moral, *externalizados* por princípios, que não estariam abarcadas em seu edifício teórico, que seria apenas um bom "modelo de regras"[9].

Importa, assim, a breve menção às bases fundamentais que permeiam o pensamento positivista. Primeiro, a tese dos fatos sociais: segundo ela, são determinados fatos da vida social (e não juízos de mérito) que vão necessariamente informar o conteúdo do direito[10]. Em segundo lugar, a tese da separação: Moral e Direito podem ter conexões, *no máximo*, contingenciais, não sendo *necessária* a aprovação daquela para a validade deste[11].

Tais teses culminam em Hart na sua chamada "regra de reconhecimento", termo que utiliza para designar a regra secundária e convencional – uma meta-norma, que dispõe sobre as demais, regras primárias – que, dentro de uma comunidade, determina a anuência às normas que possuem os atributos aceitos como próprios do direito[12]. Ou seja, a regra de reconhecimento, por se tratar de regra convencional, produto dos fatos sociais adstritos a uma comunidade jurídica, vai ter o seu conteúdo jurídico descrito por esses mesmos fatos. Nesse sentido, não haveria qualquer exigência que esses fatos sociais imponham à validade do direito sua conformidade com valores morais[13].

Como sugerido pela doutrina brasileira mencionada, a moralidade administrativa traria uma prescrição que leva o aplicador do direito a fazer considerações sobre valores que não estão presentes no texto normativo, obrigando-o a examinar se a conduta analisada teria sido praticada ou não de acordo com ideais de cunho moral. É precisamente a existência de normas desse gênero que motiva uma das críticas mais célebres de Dworkin ao positivismo jurídico de Hart[14].

Dessa forma, nos termos de Dworkin, normas como a do nosso princípio da moralidade administrativa, *no mínimo*, agiriam *logicamente* como regras (condutas consideradas como imorais não podem ser aceitas no âmbito da Administração) mas *substancialmente* como princípios (para se determinar o que caracterizaria a conduta imoral, o aplicador *deve* recorrer a outros princípios e valores exteriores ao direito)[15]. Por fim, as considerações de valores externos exigidas por princípios seriam vinculantes, mas não em decorrência do direito interno ou de uma regra de reconhecimento que as aceitaria, mas pela *sua própria autoridade moral*[16], o que estaria em clara dissonância com a estrutura hartiana.

Há, a partir de então, uma divisão no pensamento positivista, de forma a acomodar a objeção de Dworkin. Grosso modo, positivistas se dividirão entre o positivismo inclusivo (ou "incorporacionismo") e o positivismo exclusivo[17]. Estes, dentre os quais o grande nome é Joseph Raz, reafirmarão que a tese dos fatos sociais dá conta de descrever o fenômeno apontado por Dworkin, que não passaria de uma espécie de autorização legal para que o julgador chegue a uma determinada decisão com base em normas não-jurídicas, o que não significa que estas adquiririam esse status ao serem utilizadas[18].

Já os primeiros, capitaneados por Jules Coleman, afirmarão que deve-se atentar para a inexistência de conexões *necessárias* entre Moral e Direito, mas seria perfeitamente possível que, numa eventual comunidade, os fatos sociais determinassem que a respectiva regra de reconhecimento levaria em consideração normas morais, que seriam então *incorporadas* ao Direito[19]. É, portanto,

rejeitada a tese *forte* da separação, mas aceita uma tese de *separabilidade* ("separability")[20]. Desde que coerentemente expostas, essas interpretações concorrentes do positivismo jurídico são tidas por autores de ambas as vertentes como alternativas possíveis para descrever o conceito do Direito[21].

Enfim, independente da filiação filosófica, importa ser destacado que, de fato, o papel exercido pelo princípio da moralidade administrativa parece se aproximar ao de um "convite" da Constituição Federal à utilização de elementos extrajurídicos por parte do aplicador do direito. Como visto, ainda que se divirja quanto à descrição desse fenômeno e ao seu caráter normativo, é inegável a sua ocorrência a partir do reconhecimento de que a juridicidade de determinada conduta administrativa estará condicionada à sua qualificação moral.

Assumido esse fato, então, a concretização do princípio da moralidade – ou seja, a grande dificuldade apontada pelos teóricos constitucionais brasileiros –, deverá atentar para a presença de uma prescrição de cunho moral ao aplicador. Para tanto, é necessária uma delimitação precisa, a partir da dogmática constitucional brasileira, da estrutura normativa à qual se submete a moralidade administrativa, para que seja possível a sua aplicação de forma segura. É o que se procurará demonstrar no capítulo seguinte.

2 ANÁLISE ESTRUTURAL DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Inicialmente, mesmo que não seja possível prever um resultado, é possível traçar a estrutura do princípio da moralidade administrativa a partir de uma espécie de "denominador comum" do exercício feito pelo aplicador do direito ao controlar condutas no âmbito da Administração. Se utilizará, para tanto, o modelo sugerido por Humberto Ávila, cuja preocupação é exatamente reduzir a sua indeterminação e promover um ideal de segurança jurídica[22].

Preliminarmente, contudo, importa o exemplo trazido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto baseado no Direito Romano, no qual já havia a intervenção de uma ideia de moralidade com o fim de evitar práticas de "abuso de direito", configurando uma instância de correção do próprio Direito[23].

É essa a ideia que dará a tônica do comando exigido da moralidade, como também identifica Marrara[24]: a submissão de uma conduta que, prima facie, estaria abarcada pelo ordenamento jurídico, a um "filtro" moral, que vai avaliar a sua capacidade em cumprir determinados objetivos.

Este, por sua vez, é formado por uma diversidade de critérios ideais (podendo ser levado em consideração tanto as demais normas do sistema jurídico e precedentes jurisdicionais quanto valores

externos) que vão permitir a conclusão, ao fim, de compatibilidade ou não do ato sob análise com o conceito de moralidade adotado. É aí que se inseririam os "deveres éticos", "probidade", "lealdade", "cooperação", "honestidade", "lhaneza" etc., indicados pelos autores.

Um aspecto importante é destacado ainda por Humberto Ávila, quando aproxima a moralidade de seu conceito de princípio jurídico: esses critérios compõem um estado ideal de coisas ao qual a moralidade se direciona, de maneira finalística. Ou seja, a norma proveniente do princípio da moralidade busca averiguar a adequação do ato praticado no caso concreto a um modelo ideal de conduta a ser atingido. A partir daí, devem ser privilegiados os comportamentos quem mais se aproximem da consecução desse estado ideal[25].

Em seu caso, esse modelo é construído a partir de um conjunto *específico* de obrigações de cunho moral que, em sua interpretação, já estariam presentes na sistemática constitucional: lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade, motivação[26].

Ou seja, a sua proposta definitiva é a observância dos padrões de conduta explicitados pela própria Constituição, que em diversos momentos indica os elementos que devem ser levados em conta na escolha administrativa, por meio de uma interpretação sistemática[27]. Além disso, para criar mais rigor na concretização das obrigações idealizadas pelo princípio, deve-se seguir os precedentes paradigmáticos já decididos e nos quais foi necessária a aplicação dos critérios da moralidade[28].

Primeiramente, há na Constituição um estabelecimento de valores e preceitos fundamentais paralelos – dentre eles a dignidade humana, o trabalho, a livre iniciativa, a justiça, a igualdade, a liberdade, a propriedade, a segurança – que, não apenas não podem ser restringidos, como são tidos como vetores interpretativos da atuação pública no texto constitucional[29].

Em segundo lugar, há na Constituição a previsão específica de um "modo objetivo e impessoal de atuação"[30], lastreado por princípios como os do Estado de Direito, da separação de poderes e da legalidade estrita, que vedam um comportamento do Ente Público baseado puramente em seu próprio arbítrio.

Ademais, a Constituição também é fértil em mecanismos de proteção aos direitos individuais, desde a universalização do acesso à Justiça e a proibição a provas ilícitas ao papel ativo dos cidadãos no controle da moralidade da Administração, por meio de mandados de segurança, ações civis públicas (que endereçam sempre atos de improbidade), ações populares (inclusive visando à contenção de condutas atentatórias à moralidade), que são hábeis a intervir mesmo em atos produzidos por representantes democraticamente eleitos[31].

Em quarto lugar, há ainda um controle rigoroso do ingresso na Administração Pública, com requisitos formais relevantes buscando ao máximo a transparência e a impessoalidade, dentre eles o concurso público, a vedação à acumulação de cargos, critérios de conhecimento notório e reputação ilibada para exercícios de altos cargos administrativos, etc[32].

Por fim, a própria atividade pública é rigorosamente avaliada, com um controle minucioso da legitimidade de sua atuação por órgãos técnicos e políticos[33].

É a partir desse conjunto de critérios de condutas que Ávila identifica, então, o que o próprio texto da Constituição de 88 delimitaria como o estado de coisas idealizado pelo princípio da moralidade administrativa, a partir do qual seriam analisadas as condutas da Administração.

Para isso, no entanto, deve haver uma preocupação constante com a objetividade dos critérios que informarão o estado ideal de coisas projetado pelo princípio da moralidade. Retorna-se, desse modo, ao problema inicial: não há uma padronização ou sistematização do significado desses parâmetros ou dos comandos constitucionais/morais. Se observa, em muitas das vezes, uma regressão circular a termos igualmente abstratos, que em nada esclarecem os fins a serem buscados e tornam mais incertos os resultados do princípio da moralidade[34].

Logo, para que esses termos – e quaisquer outros critérios morais que se afirme fazer parte do conceito de moralidade – tenham um sentido próprio e orientem a solução do caso em jogo, eles deverão ser dotados de algum conteúdo instruído por uma teoria. O aplicador do direito, então, poderá cumprir o papel de preenche-lo de acordo com as particularidades fáticas e jurídicas (determinando qual seria a atuação ideal que deveria ter sido escolhida naquela ocasião), mas também a partir da adoção de valores alheios à legislação formal, como o autor mesmo reconhece[35].

Por fim, Ávila recomenda que a função exercida pelo princípio da moralidade deve atuar, idealmente, de forma *residual*[36]. Por um privilégio às soluções fornecidas por normas de maior objetividade e segurança, será sempre preferível invocar a sua análise apenas quando estas estiverem ausentes ou impossibilitadas[37].

Até aqui, há então a seguinte estrutura: ao se deparar com um questionamento acerca de conduta sobre a qual incide a jurisdição do princípio da moralidade administrativa, o aplicador do direito deve: 1) analisar se ela está de acordo, preliminarmente, com as demais normas jurídicas aplicáveis, inclusive outros princípios da Administração, que sugiram soluções mais objetivas; 2) caso contrário, avaliar se a conduta pode ser tratada de forma analógica a outros casos de suposta violação à moralidade já decididos; 3) por fim, averiguar se o comportamento, no caso, foi praticado de acordo

com os critérios morais próprios da moralidade administrativa – em seu caso, lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade, motivação –, que, novamente, também devem ser todos analisados sob a luz da sistemática normativa e jurisprudencial.

É possível visualizar, desse modo, que as etapas assim estruturadas estão agrupadas por um racional bem delimitado, qual seja, a manutenção última da segurança jurídica. Com efeito, Ávila defende a segurança jurídica como princípio normativo e norteador do Direito brasileiro[38], arrebatando consigo a própria moralidade administrativa.

Interpretada nessa chave, a moralidade serviria então a dois propósitos: *regular a atividade administrativa* e *proteger a confiança pública*. Na primeira dimensão, sob a perspectiva da própria Administração, ela agiria como um mecanismo de controle de atos contrários aos seus fundamentos, estes refletidos nos critérios do princípio da moralidade; na segunda, sob a perspectiva do administrado, a moralidade teria o papel de gerar a expectativa de comportamentos probos e transparentes por parte do Estado[39].

Por certo, reportar-se à racionalidade de casos já decididos, agir a partir de métodos analógicos dentro do próprio sistema e apenas apelar a normas mais abstratas quando não há outras alternativas melhores são meios relevantes de se garantir a segurança jurídica necessária para um bom funcionamento do sistema jurídico. Mais além, é relevante que essa segurança se estabeleça sobre bases aprovadas pela moralidade.

No entanto, essa estrutura pode encontrar problemas, na eventualidade de uma mesma questão suscitar respostas diferentes da segurança jurídica e da prescrição moral.

3 CONFLITOS ENTRE A ESTRUTURA NORMATIVA E A PRESCRIÇÃO MORAL

Há a possibilidade de se visualizar, ao menos, duas ordens de problemas relacionadas à estrutura dos princípios jurídicos na obtenção dos fins por eles intencionados.

Em primeiro lugar, há uma dimensão consequencialista, a partir da qual é possível indagar se a estrutura principiológica é, de fato, adequada para o alcance prático dos próprios fins aos quais se os princípios se propõem.

3.1 Dimensão consequencialista

Inicialmente, é interessante a denúncia de Carlos Ari Sundfeld, que demonstra não haver um ganho significativo no investimento em princípios[40]. A indeterminação, própria de termos como

"moralidade", não estaria a serviço de um bom ordenamento jurídico. Isso porque, com a exigência de um processo interpretativo muito mais sofisticado, haveria uma inflação do próprio Direito, especialmente da atividade judicial, para responder à criação das normas pouco claras extraídas dos princípios[41]. É o que um autor de viés formalista, como Cass Sunstein, designaria como um aumento injustificado de custos de decisão e custos de erro (que para essa vertente seria o mediador entre empreendimentos teóricos) sem uma devida compensação na justificação ou na deliberação dentro do sistema político[42].

No entanto, mesmo esse protagonismo forçado do Judiciário, na visão de Sundfeld, *não é* capaz de solucionar de forma satisfatória o problema da imprecisão e abertura dos princípios jurídicos se não estiver disposta a se autolimitar e indicar com clareza o alcance de sua competência, algo que não se observa com frequência[43]. No fundo, os princípios acabariam por se tornar instrumentos "cômodos" para incentivar um ordenamento jurídico menos responsável[44].

A partir de uma diferente perspectiva, partindo de uma análise institucional do direito regulatório, Julia Black atinge o mesmo ponto ao descrever os "paradoxos" da regulação com base em princípios (*principles-based regulation, PBR*)[45]. Segundo a autora, houve uma grande atração a essa espécie de regulações exatamente pelo seu caráter utópico, sempre direcionado a um estado ideal de coisas. A mudança de paradigma seria então de uma regulação assertiva para um compartilhamento de objetivos entre reguladores e regulados, segundo um regime de mútua confiança[46]. Apesar de ser uma estratégia interessante, Black reconhece a existência de, ao menos, sete paradoxos em sua aplicação, todos eles envolvendo o atingimento de resultados diametralmente opostos aos pretendidos inicialmente[47].

Nesse momento, é relevante aqui a referência a um fenômeno que possui ligação direta com a ideia de segurança jurídica, que, em tese, seria o objeto final da moralidade administrativa idealizada por Ávila. Black demonstra que os princípios introduzem uma forma de comunicação diferente das regras, com o objetivo de, demonstrando os fins a serem alcançados, facilitar a sua assimilação. No entanto, a incerteza que é trazida por essa nova forma de discurso acaba, em verdade, atingindo o resultado oposto, ou seja, dificultando o entendimento do real significado desses fins, levando a comportamentos contraditórios de reguladores e regulados[48].

Ao mesmo tempo, para que de fato detenham algum tipo de credibilidade e efetividade, os princípios demandam *enforcement* e critérios bem definidos de condutas a serem seguidas, criando então a segurança jurídica e expectativa necessária. Contudo, a adoção desses modelos acaba por trair

a própria vantagem dos princípios sobre as regras, que, ao final do processo de depuração da incerteza e criação de mecanismos sancionatórios, se torna uma regra, com a desvantagem de todo o desgaste resultante da sua instabilidade[49].

Nesse sentido, as críticas até aqui se direcionam à conveniência da adoção de uma legislação que se vale de forma demasiada em normas de natureza principiológica. Essas informações podem ser de grande relevância para a discussão institucional, assumida a conclusão de que opção por uma legislação que se arvora em princípios terá sempre uma tendência muito forte a não produzir os resultados por ela desejados, mas não atacam diretamente a natureza da prescrição do princípio em jogo.

Já os conflitos em segunda ordem, relativos ao próprio problema da conjunção entre a exigência moral e estrutura normativa no princípio da moralidade administrativa são mais profundos, ensejando um retorno à investigação da relação entre a Moral e o Direito.

3.2 Dimensão estrutural

Até então, analisou-se a moralidade administrativa por dois ângulos: no primeiro capítulo, deu-se destaque para as manifestações da doutrina jurídica brasileira acerca da natureza da prescrição moral contida nesse princípio. A importância desse primeiro passo foi demonstrar que, de fato, parece haver uma ordem reconhecida pelos autores indicando que o julgador identifique o que é *jurídico* a partir de uma valoração de cunho *moral*.

No segundo momento, a norma foi analisada a partir de sua estrutura normativa, de acordo com a dogmática constitucional que a impõe. A conclusão, a partir do projeto de Humberto Ávila, foi que a sua aplicação deve ser feita de maneira restrita e residual, informando um rigoroso código de condutas e sempre tendo como norte interpretativo a ideia de segurança jurídica, até pela indeterminação natural ao termo "moralidade".

A forma como esse conjunto vai ser aplicado, no entanto, pode evidenciar conflitos internos entre as duas forças presentes nessa estrutura.

Com efeito, ao se admitir que o princípio da moralidade administrativa é uma forma de salientar a conexão da Moral ao Direito – que é então impingido a levar em consideração valores morais na definição do seu próprio conteúdo – este, invariavelmente, vai ter um peso menor se forem reconhecidas determinações de natureza substantiva por parte daquela.

Ao elaborar a estrutura normativa da moralidade administrativa, no segundo capítulo, todo o exercício teórico se direcionou à organização e descrição do instituto do princípio, descrevendo como seria possível a interpretação do *termo* moralidade a partir das demais informações cedidas pela Constituição. Obviamente, há aí um pressuposto de que o seu conteúdo vai ser preenchido de forma orientada primariamente pelo próprio sistema jurídico. É essa assunção que permite Ávila, a partir dos outros preceitos extraídos da Constituição de 88, descrever os critérios presentes na moralidade administrativa e compreendê-los de acordo com a segurança jurídica, que vai se configurar como e fim a ser atingido pelo ordenamento e vetor interpretativo das demais normas[50]. Em suma, o que o autor procura é interpretar o significado da Moral *a partir* do Direito.

No entanto, se de fato houver uma relação entre a Moral e o Direito evidenciada pelo princípio da moralidade administrativa e esta representar mais do que um apelo genérico, de forma a nortear a interpretação de suas demais normas, mas a vinculação de deveres *substantivos* à Administração, estes não poderão ser tão facilmente afastados somente por razões internas ao próprio Direito (como a defesa da segurança jurídica proposta por Ávila). Ou seja, se se concluir que a Moral *exige* do Direito, e não faculta, a obediência a determinadas condutas específicas, a prescrição da moralidade ganha força em relação às etapas identificadas da aplicação do princípio.

Nesse sentido, é interessante observar a utilização do princípio na prática institucional do Judiciário brasileiro. Há inúmeras instâncias de aplicação do princípio da moralidade administrativa, utilizando os mais diferentes critérios e com diversos graus de abstração. O exemplo de maior destaque, todavia, foi dado em 2008 no Recurso Extraordinário 579.951/RN, no qual o Supremo Tribunal Federal julgou a prática do nepotismo[51].

No caso, o STF decidiu de maneira unânime que, apesar de inexistir lei formal coibindo a sua prática, o nepotismo seria incompatível com a Constituição brasileira por estar em desacordo com os princípios expostos no artigo 37, *em especial* o referente à moralidade administrativa. Ainda que, a priori, não houvesse uma vedação específica expressa pela legislação impedindo a nomeação de parentes a cargos públicos, tal prática não passaria pelo teste da moral administrativa imposto pela Constituição, argumentou o Tribunal.

Com efeito, verificou-se, em certa medida, a utilização pelo STF do raciocínio analógico proposto por Ávila. Ao indicar que, embora restrita ao âmbito do Poder Judiciário, já havia norma restringindo a prática do nepotismo (Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça), o Supremo Tribunal Federal demonstrou que aquela conduta já havia sido repelida pelo ordenamento

brasileiro[52]. No entanto, isso só foi feito de maneira complementar, uma vez esclarecido que aquela não era uma proibição pontual, mas que a moralidade, *por si só*, tornaria sempre inviável a adoção de qualquer sistema que fosse permissivo com o nepotismo[53].

Portanto, é possível extrair do julgamento do STF que, quaisquer que fossem as demais normas do ordenamento brasileiro ou os respectivos precedentes judiciais, ainda assim seria imperiosa a prevalência do princípio da moralidade, vedando o nepotismo por razões alheias ao Direito e aos fatos adstritos à comunidade brasileira, mas próprias das ideias universais de justiça, democracia, boa-fé, componentes da Moral. Ou seja, se é verdade que a intensidade do princípio da moralidade administrativa o torna capaz, em casos específicos, de suplantar argumentativamente os obstáculos estruturais por razões morais, fica em cheque a capacidade do próprio Direito em controlar a validação que a moral vai exercer sobre ele.

Tal cenário, aliado à incerteza comunicativa própria dos princípios e à dificuldade natural na definição do significado dos critérios morais pode gerar uma norma que, no fundo, seria capaz de justificar ou invalidar *qualquer* conduta. Ao mesmo tempo, fechar completamente a possibilidade do princípio da moralidade administrativa de expressar juízos de valor de cunho moral sobre o Direito, devendo apenas se remeter aos demais ditames constitucionais, significaria torna-lo letra morta na Constituição, restando como referência meramente alegórica ao que já está prescrito de maneira mais clara em outras normas.

Por óbvio, esse é o exato oposto do que uma Constituição preocupada com a segurança jurídica, a criação de expectativas legítimas e, ao mesmo tempo, a sua própria efetividade, procura construir ao institucionalizar a moralidade administrativa. No entanto, seria esse um comprometimento necessário, caso se reconheça a validação das condutas pela Moral?

Logo, a resposta parece estar no caminho sugerido por Ávila em sua defesa da segurança jurídica[54]: seria possível conceber a segurança jurídica como um princípio normativo não só do Direito, mas da própria Moral?

Com isso, se altera a perspectiva da análise. Assumida essa relação, torna-se necessário indagar, afinal, como se constituiria a exigência da Moral *ao* Direito, isto é, que efeitos ocorrem no mundo jurídico a partir da aprovação ou desaprovação de um de seus elementos por um comando moral.

4 A AUTORIDADE DO DIREITO POSITIVO COMO UMA EXIGÊNCIA DA MORAL

O objetivo no capítulo derradeiro será, de forma breve, investigar a afirmação de que, por se reconhecer uma instância de valoração moral na avaliação do direito positivo, esta deverá estar intrinsecamente associado a ele, permitindo ao julgador a criação de uma identidade entre os resultados imoral/antijurídico.

Para esse último exercício, far-se-á uso da descrição dessa relação como feita por autores de concepções diametralmente opostas quanto ao papel que o direito positivo presta à Moral: o já citado Joseph Raz, ícone do positivismo exclusivo, e John Finnis, expoente defensor do Direito natural tomista.

Raz, particularmente, demonstra que a Moral não atua exatamente como uma espécie elevada de código de normas jurisdicionais, naturais ao Direito, mas como um conjunto característico de razões. Pessoas humanas estariam sujeitas à Moral exatamente por serem pessoas, capazes de compreendê-la e de racionalizá-la[55].

Nesse sentido, ele inverte de maneira radical a questão envolvendo a incorporação da Moral pelo Direito: se os juízes são seres humanos e, invariavelmente, vão estar influenciados pela Moral, qual é então o propósito do Direito? Caso se aceite que o Direito necessariamente deve produzir uma diferença prática na tomada de decisão[56], em verdade o fenômeno existente na relação entre Direito e Moral é precisamente o oposto: antes da incorporação, há a *exclusão* de blocos da Moral pelo Direito, que vai se tornar, desse modo, uma espécie de razão dominante e *autoritativa*[57]. Assim, as instâncias nas quais haveria abertura para que o juiz fizesse uso de razões extrajurídicas não seriam demonstrações de inclusão, mas *não-exclusão* da Moral.

Raz não entende, contudo, que a exclusão da Moral significaria uma eliminação desta em favor do Direito. Na verdade, é a forma como as pessoas reagem à Moral que seria modulada a partir da introdução de uma razão jurídica, com o fim próprio de delimitar a abrangência da Moral, concretizá-la, calibrar suas sanções e comandos, facilitar a sua compreensão, etc[58]. Até por esse motivo, a propriedade maior do Direito que o permite produzir diferenças práticas na sociedade seria exatamente a sua capacidade de modular e sofisticar a aplicação de razões morais[59].

Essa visão não é muito diferente da esposada por John Finnis, ainda que este atinja-a por um caminho absolutamente distinto. Finnis faz uma pergunta semelhante a de Raz: o autor reintroduz a questão acerca da necessidade de adoção de um sistema jurídico, uma vez reconhecida a influência da moral.

O autor australiano parte de um projeto teórico de reformulação da ética tomista, com o objetivo de ressignificar a Lei Natural, de modo a torná-la uma "gramática comum", mesmo a aqueles que não aceitam os pressupostos da filosofia clássica[60].

Toda a sua teoria do Direito, então, vai se direcionar à consecução de máximas de bem comum[61]. Ou seja, é uma visão da Moral que traz consigo um conjunto de prescrições comportamentais substantivas e universais (não importando, aqui, destrinchá-las de modo exaustivo).

Ainda assim, no entanto, sua visão do papel do Direito positivo vai se aproximar com a de um positiva. Em verdade, Finnis afirma contundentemente que toda a tradição clássica do Direito Natural já afirmava que não haveria uma conexão *necessária* entre a validade de regras jurídicas e morais, semelhante ao que autores como Jules Coleman descrevem com o seu positivismo inclusivo[62]. Mais do que isso, o recurso a princípios para julgamentos alheios ao direito positivo, "tornando casos fáceis em difíceis", não teria qualquer relação com exigências da Moral sobre o Direito, mas o contrário, uma apropriação indevida do Direito de um dialeto moral[63].

Isso ocorre porque a função precípua do Direito será, exatamente, facilitar a execução do bem comum dentro de uma comunidade. Na ocorrência de dúvidas ou incertezas relevantes quanto ao seu verdadeiro teor, utiliza-se o Direito positivo como mecanismo de direcionamento. Até por essa razão, seria *moralmente necessária* tanto a autoridade do Direito como a ideia de segurança e legalidade (*Rule of Law*)[64]. Não se extrai daí, nesse sentido, que qualquer norma "injusta" – que falha em proporcionar o bem comum –, seria automaticamente repelida do Direito pela Moral (ainda que ele reconheça que essas não seriam normas *plenas*), dado que as razões subjacentes à autoridade e manutenção da segurança do Direito ainda seriam mais relevantes e se sobreporiam aos ditames morais[65]. Ou seja, o verdadeiro conflito ocorre não no âmbito jurídico, mas no interior da própria Moral: é mais importante eliminar uma norma considerada imoral ou manter e seguir a autoridade *moral* do Direito? Para o autor, então, a segunda postura é a que possui uma maior tendência a prevalecer, pela força de suas próprias razões.

Desse modo, Finnis busca demonstrar que, mesmo seguida a tradição do direito natural, a grande diferença restará, mesmo, na qualificação dos deveres jurídicos exigidos pela Moral, seja, em seu caso, a promoção de um modelo de bem comum, ou um estado de coisas ideal, na linguagem utilizada por Ávila. A despeito disso, a relação entre Moral e a validade do Direito não somente não é *necessária*, confirmando que este, de fato, a adquire a partir do reconhecimento de fatos sociais,

mas que uma reprovação moral ao Direito positivo não implica necessariamente em seu descarte, por uma exigência da própria Moral.

CONCLUSÃO

Conclui-se, enfim, que mesmo que se reconheça o princípio da moralidade administrativa como um feixe de validação do Direito a partir da Moral, isso não significa uma permissão à justificação ou reprovação de qualquer medida, sob o puro argumento de se estar agindo a favor da boa-fé, da ética, da justiça, etc.

Ou seja, não basta ao julgador, munido do princípio da moralidade administrativa, apenas recorrer à Moral e se olvidar de enfrentar a dogmática indicada pela Constituição para a solução de questões que suscitem o seu questionamento, sob o risco de se promover, em verdade, um julgamento *contrário* à exigência moral.

Nesse sentido, a estrutura normativa proposta por Ávila, na qual a prescrição moral ocupa um papel específico e na qual há uma subsidiariedade à segurança jurídica, resistiria como uma alternativa de operacionalização da ideia de controle da imoralidade promovida pelo Ente Público, ao conferir alguma densidade normativa à ideia de moralidade administrativa.

É relevante, ainda assim, a demonstração dos problemas práticos enfrentados por esse modelo de norma, que pode acabar por produzir consequências contrárias às desejadas em sua aplicação na sociedade. Como visto, a própria noção da autoridade do direito positivo como uma exigência da Moral é tida como uma forma de resolver problemas relacionados à incerteza. Se, então, sob o argumento de promover um maior respeito à moralidade, uma estrutura jurídica desencadeia mais imprecisão e insegurança jurídica, se está diante, em verdade, de uma incoerência interna à própria ideia da Moral.

LISTA DE REFERÊNCIAS

[1] "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 (...)". BRASIL. Constituição (1988), artigo 37, caput. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm.

[2] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***Moralidade Administrativa***: Do conceito à efetivação. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 190:1-44, out/dez. 1992.
[3] FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. ***O princípio da moralidade administrativa***. Curitiba: Genesis, 1993.
[4] GIACOMUZZI, José Guilherme. ***A Moralidade Administrativa***: História de um conceito. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 230, pp. 291-303, Out./Dez. 2002
[5] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. ***Curso de Direito Administrativo***. São Paulo: Malheiros Editores, 29ª ed., 2011, p. 122.
[6] Idem.
[7] MARRARA, Thiago. ***O conteúdo do princípio da moralidade***: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). ***Princípios de Direito Administrativo***. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 159-179.
[8] MENDES, Gilmar Ferreira et al. ***Curso de Direito Constitucional***. São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 2011, p. 863.
[9] DWORKIN, Ronald. ***Taking Rights Seriously***. Massachusetts: Harvard University Press. 1978, p. 22.
[10] SHAPIRO, Scott J. ***Legality***. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 44.
[11] WALUCHOW, Wilfrid. ***Legal positivism, inclusive versus exclusive***. In: CRAIG, Edward J. (Ed.), Routledge Encyclopedia of Philosophy. Londres: Routledge, 2001.
[12] SHAPIRO, Scott J. Op. cit., 2011, p. 84.
[13] WALUCHOW, Wilfrid. Op. cit., 2001.
[14] Ibid., p. 25.
[15] Ibid., pp 27-28.
[16] DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 43.
[17] Não importa ao presente artigo destrinchar as diferenças estruturais entre os positivismos inclusivo e exclusivo, bastando o reconhecimento da absorção por ambos das críticas de Dworkin à tese da separação. Para maiores detalhes dessa controvérsia, v. *Inclusive v. Exclusive Positivism* In: WALUCHOW, Wilfrid. ***Inclusive Legal Positivism***. Oxford University Press, 2003.
[18] WALUCHOW, Wilfrid. Op. cit., 2001.
[19] HIMMA, Kenneth Eimar. ***Inclusive Legal Positivism***. In: COLEMAN, Jules, SHAPIRO, Scott J. (eds.). ***The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law***. Oxford University Press, 2002.
[20] WALUCHOW, Wilfrid. Op. cit., 2001.
[21] SHAPIRO, Scott J. ***Law, Morality, and the Guidance of Conduct***. Legal Theory, Cambridge University Press, Volume 6, Issue 02, 2000, p. 170.
[22] ÁVILA, Humberto. ***Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa***. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-razoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa.
[23] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 4.
[24] MARRARA, Thiago. Op. cit., pp. 162-163.
[25] ÁVILA, Humberto. Op. cit., 2005, p. 4.
[26] Idem.
[27] Ibid., p. 6.
[28] Ibid., p. 7.
[29] Ibid., p. 6.
[30] Idem.
[31] Idem.
[32] Idem.
[33] Idem.

[34] Ibid., p. 2.
[35] Ibid., p. 7.
[36] Idem.
[37] Ibid., p. 8.
[38] ÁVILA, Humberto. ***Certainty in Law***. Suíça: Springer International Publishing (Law and Philosophy Library), 2016, pp. 58-59.
[39] Ibid., p. 153.
[40] SUNDFELD, Carlos Ari. ***Direito Administrativo para Céticos***. São Paulo: Malheiros. 2013, p. 61.
[41] Ibid., p. 70.
[42] SUNSTEIN, Cass R. ***Beyond Judicial Minimalism***. John M. Olin Law & Economics Working Paper nº 432. 2008. Disponível em: http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html.
[43] SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., pp. 74-75.
[44] Ibid., p. 81.
[45] BLACK, Julia. ***Forms and paradoxes of principles-based regulation***. Capital Markets Law Journal 3, 2008, pp. 425-457.
[46] Ibid., p. 430.
[47] Ibid., p. 446.
[48] Ibid., p. 448.
[49] Ibid., pp. 449-450.
[50] ÁVILA, Humberto. Op. cit., 2016, pp. 481-482.
[51] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 579.951/RN – Rio Grande do Norte, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Acórdão em 20/08/2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587.
[52] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 579.951/RN – Rio Grande do Norte, Op. cit., p. 1887.
[53] Ibid., p. 1892.
[54] "Is there a connection between law and legal certainty? What is the (moral) value of legal certainty? To answer these questions successfully, it is indispensable to investigate the concept of law, the meaning of morality, and the relationship between legal certainty and other values". ÁVILA, Humberto. Op. cit., 2016, p. 34.
[55] RAZ, Joseph. ***Incorporation by Law***. Legal Theory, v. 10, pp 1-17 Disponível em: http://journals.cambridge.org/abstract_S135232520400014X.
[56] A tese da diferença prática é tradicional ao positivismo, a partir da qual, para ser considerada como uma norma *jurídica*, esta precisa ser capaz, por essa razão, de influenciar comportamentos. Este é um dos temas que divide não só positivismos inclusivo e exclusivo, mas também correntes internas ao primeiro. V. SHAPIRO, Scott J. ***Law, Morality, and the Guidance of Conduct***. Legal Theory, Cambridge University Press, Volume 6, Issue 02, 2000, pp. 127-170.
[57] RAZ, Joseph. Id., ibid., p. 8.
[58] Ibid., p. 9.
[59] Ibid., p. 8.
[60] FINNIS, John. ***Natural Law and Natural Rights***. Oxford University Press, 2011.
[61] FINNIS, John. ***Philosophy of Law***. Collected Essays: Volume IV. Oxford University Press, 2011
[62] "classical natural law theory has always enthusiastically affirmed that statement" [there is no necessary connection between law and morality]. "Some laws are utterly unjust, utterly immoral; the fact that something is declared or enacted as law by the social sources authorized or recognized as sources of valid law in no way entails that it is (or is even regarded by anyone as) morally acceptable or is even relevant to a consideration of someone's moral responsibilities". Id., ibid., p. 105.
[63] Ibid., p. 15.
[64] Ibid., p. 8.

[65] Para a consideração da teoria de Finnis sobre normas *extremamente* injustas, que demandariam o seu próprio descumprimento, v. Is the Radbruch Formula the Right Thesis about the Consequences of Injustice in Law? In: FINNIS, John. ***Law as Fact and as Reason for Action***: A Response to Robert Alexy on Law's 'Ideal Dimension'. Journal Articles. Paper 1065. 2014. Disponível em: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/1065.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. ***Certainty in Law***. Suíça: Springer International Publishing (Law and Philosophy Library), 2016.

_____. ***Theory of legal principles***. Dordrecht: Springer (Law and Philosophy Library), 2007.

ÁVILA, Humberto. ***Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa***. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-razoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. ***Curso de Direito Administrativo***. São Paulo: Malheiros Editores, 29ª ed., 2011.

BLACK, Julia. ***Forms and paradoxes of principles-based regulation***. Capital Markets Law Journal 3, 2008, pp. 425-457.

DICKSON, Julie. ***Evaluation and Legal Theory***. Oxford: Hart Publishing, 2001.

COLEMAN, Jules, SHAPIRO, Scott J. (eds.). ***The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law***. Oxford University Press, 2002.

DWORKIN, Ronald. ***Taking Rights Seriously***. Massachusetts: Harvard University Press. 1978.

FINNIS, John. ***Law as Fact and as Reason for Action***: A Response to Robert Alexy on Law's 'Ideal Dimension'. Journal Articles. Paper 1065. 2014. Disponível em: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/1065.

_____. ***Natural Law and Natural Rights***. Oxford University Press, 2011.

_____. ***Philosophy of Law. Collected Essays***: Volume IV. Oxford University Press, 2011.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. ***O princípio constitucional da moralidade administrativa***. 2 ed., Curitiba: Gênesis, 1993.

GIACOMUZZI, José Guilherme. ***A Moralidade Administrativa***: História de um conceito. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 230, pp. 291-303, Out./Dez. 2002.

LEAL, Fernando. ***Racional ou Hiper-racional?*** A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.

MARRARA, Thiago. ***O conteúdo do princípio da moralidade***: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). ***Princípios de Direito Administrativo***. São Paulo: Atlas, 2012, p. 159-179.

MARTINS, Ricardo Marcondes. ***Estudos de Direito administrativo neoconstitucional***. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 29-62.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. ***Curso de Direito Constitucional***. São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***Moralidade Administrativa***: do conceito à efetivação. Revista de Direito Administrativo. n. 190, 1992, p. 1-44.

POZZOLO, Susanna. ***Un constitucionalismo ambíguo***. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). ***Neoconstitucionalismo(s)***. Madrid: Trota, 2003, p. 187-210.

RAZ, Joseph. ***Incorporation by Law***. Legal Theory, v. 10, pp 1-17 Disponível em: http://journals.cambridge.org/abstract_S135232520400014X.

SHAPIRO, Scott J. ***Law, Morality, and the Guidance of Conduct***. Legal Theory, Cambridge University Press, Volume 6, Issue 02, 2000, pp. 127-170.

_____. ***Legality***. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. ***Direito Administrativo para Céticos***. São Paulo: Malheiros. 2013.

SUNSTEIN, ***Cass R. Beyond Judicial Minimalism***. John M. Olin Law & Economics Working Paper nº 432. 2008. Disponível em: http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html.

WALUCHOW, Wilfrid. ***Inclusive Legal Positivism***. Oxford University Press, 2003.

_____. ***Legal positivism, inclusive versus exclusive***. In: CRAIG, Edward J. (Ed.), Routledge Encyclopedia of Philosophy. Londres: Routledge, 2001.

BRASIL. Constituição (1988), artigo 37, caput. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 579.951/RN – Rio Grande do Norte, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Acórdão em 20/08/2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587.