



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-62-7

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Márcio Cammarosano

INTRODUÇÃO

No estágio atual da humanidade, e já faz tempo, não há quem viva sem estar submetido, querendo ou não, a uma dada ordem normativa comportamental dotada de coercibilidade e, assim, inserido na sociedade organizada denominada Estado.

Essa forma de organização social é reconhecida como Estado na medida em que compreende, como seus elementos clássicos, povo, território e governo soberano, entendida a soberania de cada Estado como o poder institucionalizado de autodeterminação. O Estado, por definição, é independente politicamente em face de outros, detendo no plano interno o monopólio da força, de forma contínua, duradoura e incontestável. Enquanto a organização considerada assim se mantiver, existirá como Estado, reconhecido pela comunidade internacional como tal.

A possível existência, dentro de um mesmo Estado, de um conflito armado relevante que tenha até por finalidade a substituição do governo, situação essa patológica, não implica negar a existência do Estado, mas sim reconhecimento da existência de luta pelo poder, o que pode desaguar na criação de um novo Estado cuja população e território estavam até então, total ou parcialmente, submetidos a outro governo, a final destituído pelo grupo opositor.

Mas em todo Estado, como instrumento ou técnica de organização da sociedade e do poder, e dele indissociável, há uma ordem normativa dotada de coercibilidade que se costuma designar como sendo Direito.

O Direito, repita-se, é uma técnica ou instrumento de que se vale quem exerce o poder político, consubstanciando normas comportamentais produzidas pelo Estado ou por quem essas mesmas normas atribuem essa capacidade, qual seja, a de produzir outras normas como fontes de direito, dentre as quais podem ser incluídas certos usos e costumes.

Esse plexo normativo é qualificado como Direito porque dotado de coercibilidade, nos termos em que nele assinalado. Coercibilidade enquanto qualidade de

ensejar o uso da coerção, se necessário, garantida em última instância pelo Estado como organização juridicamente soberana da sociedade política.

Outra questão, objeto de interminável discussão, mesmo porque filosófica, é a de qualificar como sendo ou não Direito, para variados efeitos, toda e qualquer ordem normativa do comportamento dotada de coercibilidade, para além de qualquer juízo de valor que a respeito dela se possa fazer, como também a igualmente interminável discussão quanto a integrarem ou não o que se denomina Direito imperativos outros na sua gênese morais.

Consoante a posição que seja adotada, estarão fixadas premissas que hão de ensejar variadas conclusões.

E na medida em que esta ou aquela posição seja a acolhida pelos titulares dos poderes de Estado, as repercussões de ordem prática são importantíssimas.

Discussões quanto à abrangência ou denotação do que se entende como sendo Direito, adquirem ainda outra dimensão em face da existência de normas postas pelo próprio Estado que, por sua vez, prescrevem o dever de obediência, expressamente, a princípios como o da moralidade administrativa.

É o que ocorre no Brasil com a Constituição da República dispondo que dentre os princípios conformadores da atuação da administração pública insere-se o da moralidade (art. 37, *caput*), e que a proteção da moralidade administrativa pode ser levada a efeito mediante a propositura, por qualquer cidadão, da ação popular (art. 5º, LXXIII).

Desse tema já nos ocupamos em alguns trabalhos acadêmicos, especialmente em nossa tese de doutorado, posteriormente publicada como livro sob o título *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*.¹

Nessa tese sustentamos que o princípio da moralidade é princípio jurídico. Consubstancia valores morais juridicizados e nos termos em que juridicizados.

Está, pois, reportado ao próprio direito posto e não direta e imediatamente a padrões morais de comportamento supostamente prevalentes na sociedade, como se imperativos morais valessem indiscriminadamente como normas incorporadas automaticamente ao ordenamento jurídico e, assim, dotadas igualmente de coercibilidade.

Por certo continuamos a nos dedicar ao estudo da matéria, aprofundando nossas

¹ Publicado pela Editora Fórum (Belo Horizonte), em sua primeira edição, no ano de 2006.

pesquisas e reflexões, o que só nos conduziu à ratificação da tese inicialmente sustentada, e agora com maior convicção.

Sem embargo, essa permanente reflexão tem ensejado o desenvolvimento de novos argumentos e o aprimoramento de argumentos preteritamente utilizados. Tem ensejado também outros estudos de filosofia e teoria geral do direito, razão pela qual permitimo-nos retomar uma vez mais o tema, dando ênfase agora a algumas outras ordens de considerações.

Principiemos por considerações a respeito de ética e moral, expressões correlatas, mas não sinônimas.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Ética e moral	4
2. Algumas reflexões a respeito de Ética	6
3. Direito posto e juridicização de valores	11
4. Conceito de direito e crítica do direito	13
5. O princípio jurídico da moralidade administrativa	15
Referências	18

1. ÉTICA E MORAL

É cediço que dentre os problemas de que se ocupa a Filosofia, um deles é o concernente ao valor do comportamento humano, informado pela capacidade do homem de, no exercício do seu livre-arbítrio, fazer escolhas, decidir-se como ser dotado de racionalidade de elevado nível, apto assim a se conduzir consoante sua vontade livre, desta ou daquela forma.

O comportamento humano tem sido, desde tempos imemoriais, objeto de avaliação, isto é, de considerações em face do que se denomina valor do bem.

Os valores ocupam um dos campos de investigação filosófica, qual seja, a

axiologia ou teoria dos valores.

O estudo do valor do bem, que diz respeito ao comportamento humano no exercício de seu livre-arbítrio, é o que se denomina Ética.

Esta, por sua vez, enquanto teoria do valor do bem, tem por objeto de estudo normas comportamentais que prescrevem o que dever ser como sendo bom, correto, isto é, normas morais de comportamento. Já especular a respeito do que deve ser como dever ser, moralmente, é campo da metaética.²

Como afirma Régis Jolivet, “a ideia de moral implica a recorrência às noções de bem e mal, de dever, de obrigação, de responsabilidade (...)”.³

Sem embargo do desenvolvimento, ao longo da história, de variadas doutrinas morais, com seus respectivos fundamentos, a questão moral é recorrente, e em seu nome nós, seres humanos, escrevemos páginas das mais tenebrosas às mais sublimes.

E continuamos a tentar superar as nossas mazelas procedendo a exortações morais, e de forma tanto mais intensa quanto mais decepcionados ficamos com o relativo fracasso de ordens normativas do comportamento humano, dotadas de coercibilidade, como direito posto, insuficiente em rigor para fazer conformar o comportamento de parcelas significativas da sociedade às exigências do que se considera como bem proceder, como desejável porque virtuoso.

Mas não temos nos limitado a exortações morais. Com acentuada perda, por muitos, da confiança quanto à eficácia do direito posto pelo homem, no exercício de sua atividade legiferante, dotada ou não de legitimidade democrática, não têm faltado os que propugnam pela coercitividade não apenas das normas jurídicas, postas por decisão de Estado ou por outras fontes por ele recepcionadas, mas também de normas morais de comportamento.

Instala-se aí, para além da eterna discussão das relações entre direito e moral, uma renovada discussão quanto ao próprio conceito de direito, questão essa, em rigor,

² Para Goffredo Telles Junior, enquanto a moral concreta cuida do que o dever ser é, a moral abstrata cuidaria do que o dever ser deve ser (*Ética*, p. 248). Parece que o que Goffredo designa como sendo Moral abstrata é aquilo de que se ocupa o que hoje outros designam como metaética, isto é “(...) indagação filosófica sobre a natureza e o status da moralidade”, que se põe a questão de “determinar se as expressões de aprovação ou desaprovação moral são objetivas” (MUHLNICKEL, Robert L. O argumento da teoria do erro. *Filosofia ocidental*, p. 283) Para Bruno Verbeek, “um dos problemas centrais em metaética – ou mesmo o problema central dessa subdisciplina- é uma análise dos termos e conceitos centrais da ética, tais como “dever” e “bem”” (Moore e o Argumento da questão em aberto. *Filosofia ocidental*, p. 289).

³ JOLIVET, Régis. *Curso de filosofia*, p. 347.

também filosófica, que a ciência do direito não pode resolver.

Com efeito, já disse Troper que é filosófica, e não jurídica, a questão de “saber se as regras que definem o que é jurídico são realmente jurídicas, se são do direito ou de qualquer outra coisa”.⁴

Miguel Reale professa que o conceito de Direito é um dos assuntos fundamentais da Filosofia do Direito.⁵ E assim é, pois:⁶

“(…) o cientista do Direito já pressupõe a vigência de regras jurídicas. O jurista, enquanto jurista, não pode dar uma definição do Direito, porque, no instante em que o faz, já se coloca em momento logicamente anterior à sua própria ciência.

Há, portanto, um objeto que as ciências não estudam, e são as próprias ciências postas como objeto”.

2. ALGUMAS REFLEXÕES A RESPEITO DE ÉTICA

Diz-se que o ser humano é dotado de liberdade ética. A liberdade do ser humano revela-se nos atos de escolha que, ao longo da vida, fazemos no exercício do nosso livre-arbítrio. A todo instante decidimo-nos por fazer ou não fazer isto ou aquilo, consoante nossa vontade, informada que seja pela nossa capacidade de raciocínio, por reações emocionais, condicionados que estejamos, em maior ou menor grau, por uma série de circunstâncias, inclusive por nossos sentimentos, desejos e tendências adquiridas ou inclinações inatas, fruto aquelas da cultura em que estejamos inseridos, ou estas decorrentes de algumas predisposições genéticas.⁷

O homem é um ser complexo que vive realizando escolhas, opções, ainda que eventualmente possa revelar comportamentos que não sejam de sua livre e espontânea vontade, porque coagido física ou moralmente, sob grave ameaça, de forma inelutável, ou ainda porque fruto seu comportamento de reflexos condicionados ou mesmo privação de capacidade mental.

Situações há também em que o leque de opções comportamentais ou decisórias

⁴ TROPER, Michel. *A filosofia do direito*, p. 8.

⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, pp. 290-291.

⁶ *Idem*, p. 34.

⁷ Cf. TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Ética*, p. 248.

que se lhe apresentam ao espírito é muito reduzido, quando não inexistente, pela falta de “conhecimento como condição do ato de escolha”.⁸

Mas, via de regra, é próprio da natureza humana o livre-arbítrio, sem o qual não há que se cogitar de liberdade ética e, assim, de responsabilidade.

Essa liberdade do homem, de decidir-se por si próprio, de realizar escolhas, de fazer opções, valendo-se de sua qualidade de ser racional dotado de inteligência, consiste, repita-se, na liberdade ética.⁹

O homem toma suas próprias decisões comportamentais, em princípio, raciocinando, comparando e avaliando as opções que tenha diante de si, fazendo, em suma, juízos de valor.

Os juízos de valor, por sua vez, são levados a efeito consoante algum sistema de referência adotado para avaliar algo, para dizer alguma coisa a respeito de algo, como este ou aquele comportamento humano.

Diante de situações semelhantes, pessoas diferentes podem fazer escolhas diversas ou optar por diferentes modos de agir. E assim procedem porque o que se apresenta recomendável para um pode não ser recomendável para outro, por uma ou várias razões.

Esse agir diferente às vezes decorre de juízos de valor não coincidentes quanto a se considerar reprovável ou não determinado comportamento presenciado por duas ou mais pessoas. Outras vezes decorre do temperamento ou disposição de ânimo diferentes de pessoas que fazem um mesmo juízo de valor quanto ao comportamento observado.

Assim, suponhamos que várias pessoas estejam a presenciar outras espancando impiedosamente alguém que já esteja prostrado ao solo, sem condição alguma de defender-ser. E suponhamos que aquelas que não estejam participando da violência que presenciam estejam igualmente cientes de que a vítima é alguém que foi flagrado abusando sexualmente de uma criança. E suponhamos ainda que isso seja realmente verdade.

Dentre os que presenciam a cena, e nada fazem para tentar impedir o linchamento, é possível que alguns considerem que toda aquela violência justifica-se

⁸ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Ética*, p. 162.

⁹ *Idem*, p. 224.

como reação popular ao crime hediondo cometido. Outros, possivelmente, embora reconhecendo ser inominável o abuso cometido contra uma criança, desaprovam o linchamento, o fazer “justiça” com as próprias mãos.

O fato de haver, dentre os que se limitam a assistir à cena dantesca, juízos de valor diferentes, não implica, na hipótese aventada, reações comportamentais diferentes.

Os espectadores que reprovam o linchamento podem haver permanecido inertes até mesmo por receio de, ao saírem em defesa do agredido serem também agredidos pela turba enfurecida. Os que aprovam o linchamento podem haver permanecido inertes por mero comodismo ou por receio de serem por ele também acusados.

No exemplo acima, diferentes juízos de valor não implicam comportamentos diferenciados. E juízos de valor coincidentes – dos que entendem justo o linchamento – não implicam o mesmo comportamento, pois enquanto uns praticam o linchamento, outros limitam-se a assisti-lo.

Seja como for, são diferentes os sistemas de referência, a hierarquia de valores, dentre os que aprovam o linchamento e os que o reprovam.

E o mais paradoxal nisso tudo é que todos os presentes, participantes ou meros espectadores do linchamento, e dentre estes tanto os que o aprovam como os que o reprovam, podem igualmente dizer-se em tese defensores da dignidade da pessoa humana, como a maioria dos que se apresentam inclusive como defensores da pena de morte.

Reale já advertia que pessoas que professam os mesmos valores podem divergir quanto às projeções concretas dos mesmos.¹⁰

Goffredo Telles Junior, por sua vez, diz que “uma coisa terá mais ou menos valor (...) de acordo com o critério pessoal de quem dela toma conhecimento”,¹¹ e acrescenta:¹²

“O mencionado *critério*, por sua vez, tem por fundamento os padrões e as medidas, as escalas ou tábuas de bens, de que cada pessoa se utiliza como *sistema de referência* de seus julgamentos. Nada se pode pesar sem pesos. Nada se pode julgar sem modelos. Os modelos, em razão dos quais é julgada a bondade das cousas, podem variar de pessoa para pessoa, mas sempre são

¹⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, pp. 558-559.

¹¹ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Ética*, p. 230.

¹² *Idem*, pp. 230-231.

bens ou *representações mentais* de bens, cujos valores já se acham firmados na consciência da pessoa que julga (ver §§ 47 e 56)”.

E conclui o autor:¹³

“Relativo pois, essencialmente relativo, é o valor das cousas.

(...)

O valor de cada coisa é relativo porque depende das variáveis hierárquicas de bens, dos sistemas de referência, organizados por quem lhe atribui esse valor. E a mesma coisa pode ter os mais diversos valores, segundo as pessoas que a estimam e segundo as circunstâncias em que é estimada”.

Uma vez mais, são lições de Goffredo Telles Junior:¹⁴

“As tábuas de bens dos homens, suas *ordens éticas*, que são, afinal, suas categorias axiológicas, seus *sistemas de referência*, não se formam na razão pura, como desligadas das cousas, mas, pelo contrário, são hauridas, nas *cousas mesmas* ou, melhor, no *próprio ser humano*, no que há de genético e no que há de temporal ou mesológico no ser humano, ou seja, no *ser humano histórico*.

Esses sistemas de referência, essas categorias axiológicas, são os sistemas e as categorias que cada comunidade consagra como tais, em cada momento de suas respectivas histórias”.

Nessa ordem de raciocínio, é cediço que quando se fala em ética, autores há que encarecem a distinção entre ética abstrata e ética concreta. Aquela, constituída por uma determinada tábua de valores ou sistema axiológico de referência; esta, a concreta, constituída como sistema axiológico de referência vigente, para uma determinada coletividade ou até mesmo para uma pessoa ou grupo de pessoas. E tudo isso ensejando os denominados dilemas morais.¹⁵

Portanto, para além da eterna discussão quanto à relatividade ou não da moral, parece incontestemente que juízos morais conflitantes permeiam as relações humanas até dentro de uma mesma sociedade num mesmo período histórico. Juízos morais conflitantes permeiam debates a respeito de inúmeros temas, como o aborto, a eutanásia, a homoafetividade e a sexualidade em geral, métodos de investigações criminais, a pena de

¹³ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Ética*, pp. 231-232.

¹⁴ *Idem*, pp. 237-238.

¹⁵ Quanto aos dilemas morais, importante consultar, dentre outros, SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*.

morte e tantos outros que enfadonho seria enumerar.

Juízos de valor conflitantes permeiam o debate de grandes questões nacionais, com divergências potencializadas pelos diferentes modos de ver e julgar, pela exacerbação político partidária, ideológica ou ainda por interesses contrariados.

Pessoas e grupos com sistemas de referência total ou parcialmente não coincidentes, não se limitam ao diálogo a respeito do que entendem certo ou errado, do que supõem ser bom ou mau, justo ou injusto, conveniente ou inconveniente, oportuno ou inoportuno, razoável ou não. Não raras vezes agridem-se a todo instante, como se o outro que não perfilha a mesma posição não estivesse apenas possivelmente errado, mas fosse desprezível, mal-intencionado, alguém com quem dialogar seria pura perda de tempo. Onde o pluralismo? Onde a tolerância?

Aplaudidos como heróis em um auditório, são vaiados como vilões em outro.

A intolerância crescente transforma adversários políticos em inimigos de morte com as variadas facções arvorando-se cada qual como a encarnação do bem e a dona da verdade, e os partidários de uns e outros passam a comportar-se, mal comparando, como torcidas organizadas de times de futebol que, quando ensandecidas, querem igualmente a vitória, a qualquer custo, como se dentro do campo não estivesse havendo uma regrada disputa esportiva, mas sendo decidido algo de fundamental para vida mesmo dos próprios torcedores.

Generalizações açodadas desafiam as leis da lógica. Declarações de ódio alimentam conflitos, inviabilizando qualquer entendimento, pela absoluta e obstinada intransigência quanto às posições assumidas, às vezes até preconcebidas.

Réus em ações propostas por quem de direito, transformam-se em julgadores de si mesmo, imputando a instituições de Estado – polícia judiciária, Ministério Público, Poder Judiciário, Tribunais de Contas, Poder Legislativo e entidades da sociedade civil a infâmia de concertarem-se numa orquestração conspiratória contra o Estado de Direito Democrático, a legitimidade da representação popular e contra políticas de inclusão social de que foram beneficiários milhões de brasileiros.

E toda essa alegada conspiração estaria embalada por uma mídia supostamente cooptada e a serviço dos conspiradores, “traidores” da pátria e do povo, como se o direito à liberdade de expressão, num ambiente de pluralismo e ausência de censura, não fosse o melhor antídoto para as eventuais mazelas de alguns segmentos desse setor.

Por outro lado, autoridades constituídas dos três poderes de Estado também se permitem abusos, violando elas mesmas a ordem jurídica que lhes incumbe fazer respeitar, como se os fins justificassem os meios, de que têm sido exemplos edição de normas casuisticamente, ordens desrespeitosas a direitos e garantias individuais e até mesmo desrespeito a prerrogativas da advocacia.

Nesse turbilhão de acontecimentos não faltam os que se põem até a censurar moralmente quem quer que se disponha a delatar antigos comparsas no crime, comparando-os aqueles que traíram companheiros que lutavam contra a opressão, por ideias de liberdade, igualdade e justiça. Eis aí mais uma expressão da decantada crise de valores.

Não obstante esses desencontros de juízos morais há quem sustente que, para além do direito posto, predeterminando formalmente o que deve ser diante de situações tipo descritas hipoteticamente, fruto da atividade legiferante de órgãos competentes, democraticamente constituídos, deveriam prevalecer etéreos padrões morais de comportamentos que supostamente prevalecem na sociedade. Padrões a serem identificados e aplicados *in concreto* não se sabe bem como. Por autoridades supostamente esclarecidas, oniscientes e ungidas sabe-se lá por quais deuses, habilitadas assim, por seu arbítrio, a dizer o que é bom ou mau, o que é certo ou errado, descartando os parâmetros do direito posto, substituindo-os por outros, como os de ordem moral, desprovidos de predeterminação tipológica, objetivamente certificável?

Esse moralismo sim é que, ao longo da história, foi invocado também para justificar até mesmo regimes totalitários, fazendo submeter milhões e milhões de pessoas a autoproclamados salvadores da pátria, do povo e até da humanidade, a déspotas supostamente esclarecidos, cuja vontade e até mesmo desejos não revelados previamente, a todos submetia ilimitada e inexoravelmente.

3. DIREITO POSTO E JURIDICIZAÇÃO DE VALORES

Em verdade, apenas sob a égide do direito posto, e democraticamente, é que se pode falar em grau minimamente aceitável de certeza e segurança quanto ao que é proibido, obrigatório ou permitido fazer, consubstanciando-se um regime de governo pelas leis e não pelos sentimentos, interesses, desejos e vontades episódicas de um ou

alguns poucos detentores do poder político.

Por certo que o inevitável conteúdo axiológico das leis faz delas instrumento de positivação de valores morais. Valem como valores, que auxiliam na interpretação dos textos jurídico-normativos, na colmatação de lacunas, nas escolhas comportadas no exercício de competências discricionárias, no controle da constitucionalidade das leis e demais atos normativos, aqueles valores juridicizados e nos termos em que juridicizados. E os valores juridicizados, exatamente porque assim selecionados, hierarquizados e reciprocamente condicionados como elementos de um mesmo sistema, não autorizam quem quer que seja a invocá-los e manejá-los arbitrariamente. Antes, quem venha a com eles argumentar, para efeito de estudo e aplicação do direito posto, encontrará limites e não mero pretexto para voluntarismos caprichosos.

Não se trata de separar radicalmente duas ordens normativas do comportamento humano, a moral e a jurídica, como se fossem reciprocamente excludentes, compartimentos estanques. Trata-se, isto sim, de saber distingui-las para que não se incida no equivoco oposto de considerar ambas as ordens como recíproca e necessariamente condicionadas, ou a jurídica condicionada à moral, o que leva, em última análise, a um moralismo de cunho autoritário. Com efeito, admitindo-se a existência de uma só ordem moral abstrata e, diante de cada caso, uma só projeção concreta como moralmente válida, quem quer que emita juízo quanto à moralidade ou não de um certo comportamento, das duas uma: ou avaliou corretamente, do ponto de vista da moral, o comportamento considerado, ou não avaliou corretamente. Mas a quem caberá, a final, dizer se a avaliação foi correta ou incorreta, ou mesmo dizer se a norma moral aplicada realmente valia como tal? Parece certo considerar que situações tipo há em que haja um consenso tanto quanto à existência de uma norma moral com conteúdo preciso e em tese aplicável, como quanto às suas admissíveis projeções concretas. Mas haverá sempre consenso quanto a isso diante de toda e qualquer situação concreta? Quando não houver consenso, a quem caberá o juízo final, e com base em qual tábua de referência? E como aferir, em todos os casos, a existência ou não de consenso da totalidade ou maioria dos integrantes de uma mesma comunidade? E qual a comunidade a ser considerada?

A local, a regional, a nacional, a continental ou a mundial?

Sem embargo, procurar objetividade quanto aos juízos de valor com base no suposto *consensus humani generis*, é adotar a doutrina moral do consenso, apenas uma

doutrina dentre as quatro grandes a que se refere Bobbio.¹⁶

Para o grande filósofo de Turim, a denominada moral laica modernamente permite distinguir quatro grandes doutrinas morais: a ética *jusnaturalista*, fundada no conceito da natureza humana; a ética do consenso, fundada na objetividade dos juízos de valor decorrentes do *consensus humani generis*; a ética Kantiana, consubstanciada no imperativo categórico de Kant; a ética utilitarista, fundada nas sensações de prazer e dor. Nenhuma dessas teorias a salvo de críticas.

De qualquer forma, juízos morais costumam ser passíveis de controvérsias em razão mesmo das variadas teorias e da ausência de predeterminação formal que se pudesse considerar objeto de consenso. E diante de possíveis controvérsias, em razão de um pluralismo de concepções a respeito do que se considere bom ou mau, justo ou injusto, especialmente em face dos casos concretos, a quem se deve atribuir a competência para decidir? A integrantes do judiciário, habilitados por definição a julgar os pleitos com base não apenas nas leis postas pelos órgãos juridicamente competentes, mas também habilitados a proclamar o que vale ou não como norma moral, modulando em cada caso suas projeções concretas? E ao fazê-lo, seriam os juízes meros aplicadores de normas ou eles mesmos os produtores das normas morais ou, quando menos, as autoridades competentes para dizer o que vale ou não, e em que termos, como norma moral a aplicar?

Se assim for, será democrático? Ou para que democrático seja impõe-se que um órgão legislativo competente, observado o princípio da maioria, valendo-se destes ou daqueles valores que queira prestigiar, e como queira, os tenha como matéria prima para produzir leis, prescrevendo com a clareza e precisão possíveis os tipos de comportamentos que aquele mesmo órgão decida proibir, obrigar ou permitir?

4. CONCEITO DE DIREITO E CRÍTICA DO DIREITO

Mas enquanto muitos se dedicam a discutir, interminavelmente, as teorias morais, enveredando pelos meandros filosóficos da ética, a nossa posição quanto ao conceito de direito, como objeto de estudo da ciência do direito, é, nuclear, moderada e metodologicamente positivista, qual seja: o que nos propomos conhecer quando falamos

¹⁶ NORBERTO, Bobbio. *Norberto Bobbio: o filósofo e a política*, pp. 185-188.

em direito é a ordem normativa do comportamento humano dotada de coercibilidade, assim considerada aquela posta pelo Estado, bem como as normas que o próprio Estado decide incorporar como integrantes do ordenamento jurídico, como só e fazer com aquelas sedimentadas pelos usos e costumes, assim como as produzidas por terceiros, como as convencionais, desde que não sejam *contra legem*. E também aquelas consubstanciadas nas decisões reiteradas de órgãos competentes do Estado, ao aplicar o direito com força de coisa julgada, formando jurisprudência, aí compreendidas as súmulas de tribunais, especialmente as vinculantes.

Seja como for, o próprio direito posto juridiciza valores, selecionando-os e hierarquizando-os como melhor aprouver aos órgãos de Estado competentes, tendo primazia os inseridos em constituição dotada de supremacia.

Esses valores, juridicizados, e como juridicizados valem exatamente porque juridicizados, compondo inclusive a denominada moralidade administrativa, que é moral jurídica, portanto.

Sem embargo de ser este o objeto de estudo que designamos com sendo Direito, e apenas ele, para além do raciocínio jurídico não se pode pretender que uma vez conhecido esse objeto estejamos privados de, a respeito dele, ajuizarmos, com base em nossa própria tábua hierarquizada de valores, a respeito da sua moralidade ou não, da sua justiça ou não, para que então nos decidamos por nos conformar a ele ou a lutar, e com qual intensidade e meios, pela sua modificação total ou parcial, sabendo das consequências possíveis dessa empreitada, jurídicas e não jurídicas.

Em outras palavras: o fato de elegermos como objeto de estudo, designando-o como Direito, o que se nos apresenta posto como tal, não significa que estejamos proclamando que, por ser direito, deve ser considerado justo e, assim, que estejamos também moralmente obrigados a ele nos submeter incondicionalmente.

A essa submissão também como imperativo moral seríamos levados se adotássemos não uma postura positivista metodológica – que é a nossa, e ainda de forma moderada –, mas uma postura positivista como ideologia.¹⁷

Uma ordem normativa dotada de coercibilidade, e assim qualificada como objeto de estudo designado Direito, independentemente do juízo crítico de valor que dela

¹⁷ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *O positivismo jurídico*, pp. 25-27.

possamos fazer, é exatamente isso: um delimitado objeto de estudo a ser conhecido como é, e não como gostaríamos que fosse, mediante utilização de um método apropriado a esse mister, sem qualquer impedimento de que, à medida em que seja por nós conhecido, a respeito dele façamos, criticamente, juízos de valor. E assim procedendo, enquanto cidadãos providos de livre-arbítrio, haveremos de, até mesmo por razões de ordem moral, por imperativos éticos, comportarmo-nos como melhor nos aprouver, cientes, repita-se, das possíveis consequências das nossas opções.

5. O PRINCÍPIO JURÍDICO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Assentada a premissa de que o denominado princípio da moralidade administrativa é princípio jurídico – jurídico, por integrar ordem normativa dotada de coercibilidade, e princípio, porque norma jurídica de elevado grau de generalidade, abstração e grande abertura denotativa –, impõe-se precisar um pouco mais no que consiste em termos de conteúdo prescritivo.

Contribui para melhor compreensão do conteúdo do princípio da moralidade administrativa recordar que esse conceito, moralidade administrativa, foi utilizado por Hauriou para justificar a construção, pelo Conselho de Estado, na França, da noção do desvio de finalidade. A ideia de moralidade administrativa tornou possível melhor controlar os atos administrativos expedidos no exercício de competência discricionária.

Em sendo discricionários, a concepção de legalidade, à época mais estrita do que a de hoje, não permitiria que com base nela fossem contrastados, a menos que em desacordo com a letra da lei. Seria desbordar dos limites do controle de legalidade contrasta-los sob o argumento de desvio ou excesso de poder. Proceder a tal controle seria abusar, isto sim, da noção de violação da lei.

Com o desenvolvimento da noção de moralidade administrativa, os atos administrativos, mesmo os expedidos no exercício de competência discricionária, deveriam conformar-se também à finalidade da lei, ao espírito da lei, e não apenas à sua letra.

A moralidade não era senão o espírito geral da lei administrativa, que impõe aos

administradores o dever de agir pelo bem do serviço.¹⁸ Assim, o fundamento do controle do exercício da discricionariedade, da apreciação pelo Conselho de Estado de recursos contra atos eivados de desvio de poder, passou a repousar na noção de moralidade administrativa.

José Guilherme Giacomuzzi,¹⁹ por sua vez, informa que o próprio Welter, um dos teóricos da moralidade administrativa, que pretendeu “independentizar a ideia de moralidade, dando-lhe conteúdo e autonomia próprios diversos da legalidade”, já em 1929 dizia que a doutrina francesa não tinha em boa conta o signo “moralidade administrativa” e que ele próprio concordava com o fato de que a legalidade, se entendida em senso lato, poderia em verdade abranger aquilo que ele considerara como controle da moralidade. E continua Giacomuzzi:

“Ora, se um fiel discípulo de Hauriou – e justamente aquele que mais desenvolveu a ideia de moralidade – assevera, ao final de exaustivo estudo, que a legalidade, se estendida sua noção, tenha a capacidade de abranger a moralidade administrativa, não é de se admirar que a cultura jurídica francesa, acostumada a tratar com a ‘bitola’ e sob o signo da legalidade, resolva trilhar o mesmo caminho, sem abandonar seu *significante*, tendo o trabalho único de aumentar-lhe o *significado*. Numa palavra, desenvolveu-se a ideia de moralidade sob o signo, alargado e mais que isto, *interiorizado*, da legalidade administrativa”.

Giacomuzzi,²⁰ para quem todos os vícios do ato administrativo passíveis de serem embutidos em um suposto “controle da moralidade administrativa” estavam ou se alocaram no controle da legalidade, tano na França como no Brasil, indaga:

“O que se passou, então, com a ideia de moralidade administrativa em seu país de origem?

Exsurge simples a resposta, que só recorde: foi engolfada pelo instituto de desvio de poder e encontra-se embebida no controle interno da legalidade, algo que – vale lembrar – Welter já indiretamente vaticinara. Legalidade, dizia ele, ‘entendido o senso largo da palavra’”.

¹⁸ HAURIU, Maurice. *Precis de droit adminiratif*, pp. 455-456.

¹⁹ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública*, pp. 108-109.

²⁰ *Idem*, p. 112.

Por fim, conclui o mesmo autor:²¹

“Não há novidade alguma na positivação da moralidade administrativa na nossa Constituição Federal de 1988. Todo o esforço no sentido de independentizar a moralidade administrativa da legalidade partindo da sua causa final como controle dos móveis subjetivos do agir administrativo é vão. Permanecemos no terreno da legalidade, desde que ‘entendido o senso largo da palavra’”.

O único reparo que faço ao entendimento acima registrado é o de que há, sim, uma novidade na positivação da moralidade administrativa pela Constituição de 1988. Mas essa novidade reside no alargamento do objeto da ação popular, mediante a qual qualquer cidadão está legitimado a propor ação popular também para a defesa da moralidade administrativa em si mesmo considerada, que resulta violada sempre que a ofensa à ordem jurídica estabelecida implicar ofensa a valores ou preceitos morais juridicizados, e como juridicizados, como os da lealdade, da boa-fé, da veracidade e outros mais.

Caracterizam ofensa à moralidade administrativa: intencional violação do direito, por ação ou omissão, quer quanto aos meios de atuação dos agentes públicos, quer quanto aos fins inerentes ao exercício da função pública; o atuar com intenção viciada nos atos expedidos no exercício de competência discricionária; os atos eivados de desvio de poder, nas suas duas modalidades (atos que instrumentalizam busca de finalidade alheia a qualquer interesse público, ou finalidade que não é própria, específica, da competência utilizada); ofensa à ordem jurídica decorrente de grave incúria.

Violada a moralidade administrativa, assim consideradas certas ofensas à ordem jurídico-positiva – regras e princípios jurídicos que têm por abstrato valores morais assim judicizados -, é o quanto basta, em face do disposto no art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, para que qualquer cidadão proponha ação popular, ainda que o faça diante de agravos a direitos de titularidade de terceiros, mesmo de administrados que, por quaisquer razões, permaneçam inertes.²²

²¹ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública*, p. 116.

²² Neste particular, expressiva as considerações realizadas em artigo de nossa autoria, publicado, como parte integrante do *Tratado de direito administrativo I*, sob coordenação dos professores Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento e Ives Gandra da Silva Martins.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *O positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARBONE, Steven; BRUCE, Michael (orgs). *Filosofia ocidental*. Trad. por Ana Lucia da Rocha Franco. São Paulo: Cultrix, 2013.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

HAURIOU, Maurice. *Precis de droit adminiratif*. Paris: Dixième Edition, 1992.

JOLIVET, Régis. *Curso de filosofia*. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1968.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

_____. *Moralidade Administrativa. Tratado de Direito Administrativo I*. Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento, Ivens Gandra da Silva Martins (orgs). São Paulo: Saraiva, 2013.

NORBERTO, Bobbio. *Norberto Bobbio: o filósofo e a política*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Trad. por Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Ética*. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. Trad. por Ana Deiró, São Paulo: Martins Fontes, 2008.