



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “Prof. Jacy de Assis”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO



MARCUS VINICIUS RIBEIRO CUNHA

**O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: por uma definição de
parâmetros hermenêuticos sensíveis ao pluralismo e à segurança jurídica**

UBERLÂNDIA

2015

MARCUS VINICIUS RIBEIRO CUNHA

**O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: por uma definição de
parâmetros hermenêuticos sensíveis ao pluralismo e à segurança jurídica**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Público, da Faculdade de Direito “Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Alexandre Garrido da Silva.

UBERLÂNDIA

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

C972p
2015

Cunha, Marcus Vinicius Ribeiro, 1981-
O princípio da moralidade administrativa: por uma definição de
parâmetros hermenêuticos sensíveis ao pluralismo e à segurança jurídica
/ Marcus Vinicius Ribeiro Cunha. - 2015.
137 f.

Orientador: Alexandre Garrido da Silva.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Administração pública - Teses. 3. Moralidade
administrativa - Teses. 4. Pluralismo - Teses. I. Silva, Alexandre Garrido
da. II. Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação
em Direito. III. Título.

CDU: 340

*Aos meus queridos filhos,
Pedro Henrique e Paola,
pelo amor incondicional.*

*À minha amada Gabriela,
fonte constante de inspiração.*

*Aos meus pais, Aloisio e Sirley,
pelo exemplo constante.*

AGRADECIMENTOS

A todos que de forma direta ou indireta contribuíram para a concretização deste trabalho, em especial a meu orientador, Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva, pela amizade e pela dedicação no compartilhamento de conhecimentos, bem como a todos os demais professores e colegas discentes do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade “Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia, pelos ensinamentos e companheirismo.

Ademais, gostaria de agradecer de forma enfática à minha família, Gabriela, Pedro Henrique, Paola, Sirley e Aloisio (*in memoriam*), pelo amor, carinho e compreensão durante o período de aulas, de pesquisa e de elaboração da presente dissertação, o que certamente tornou mais prazerosa e menos pesada essa difícil jornada.

“A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar. ”

Eduardo Galeano

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo estudar o princípio da moralidade administrativa, em especial quanto ao seu conteúdo, bem como no que tange a melhor forma de operacionalizar sua interpretação/aplicação. Nesse desiderato, se é notória a necessidade de eticizar a Administração Pública, o administrador e seus respectivos atos praticados no exercício da função pública, também não se pode permitir que a definição do que seja ético em um Estado de Direito esteja completamente aberta a decisões arbitrárias. Diante desse panorama, busca-se responder com o presente trabalho aos seguintes questionamentos: *a definição do conteúdo do princípio da moralidade administrativa possui limites? E, em caso afirmativo, quais seriam esses limites e quais seriam os parâmetros/métodos adequados a serem empregados durante o processo de interpretação e aplicação do princípio da moralidade?* É com o propósito de superar essas questões que a pesquisa será desenvolvida. Assim, iniciar-se-á com breves distinções entre a Ética, Moral e Direito, apresentando correntes filosóficas que buscaram avaliar a relação de separação ou de vinculação dos sistemas jurídico e moral ao longo dos anos, encerrando a parte inicial com algumas ponderações críticas quanto ao pós-positivismo, apontando a necessidade de se estabelecerem parâmetros interpretativos, mormente em um contexto pós-moderno marcado pelo pluralismo e sedento por maior segurança, inclusive a jurídica. A seguir, abordar-se-á a principiologia, enquanto estudo dos princípios jurídicos, abordando algumas definições, distinções entre as regras, os princípios e os postulados normativos. Além disso, serão apresentadas as principais funções dos princípios, buscando demonstrar sua importância no sistema jurídico contemporâneo, sem, contudo, esquecer-se da necessidade de balizamentos no ato de interpretá-los e aplicá-los em casos concretos. Por fim, no terceiro e derradeiro capítulo, tratar-se-á de analisar o princípio jurídico da moralidade administrativa, apresentando algumas definições, um histórico no plano mundial e, posteriormente, no plano interno brasileiro até chegar ao tratamento conferido ao referido princípio pela Carta Magna de 1988. Ademais, ainda no terceiro capítulo, serão diferenciadas a moralidade juridicizada da moralidade comum; será também verificada a questão da interpretação e aplicação do princípio da moralidade, apresentando um método e parâmetros voltados a conferir maior segurança jurídica na realização desse processo hermenêutico, concluindo com o estudo da Administração Pública na contemporaneidade e o papel desempenhado pelo princípio da moralidade administrativa. Utilizar-se-á, para tanto, como referências teóricas os estudos de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. Outrossim, para a concretização do intento, será realizada a pesquisa teórica, após levantamento bibliográfico de contribuições científicas sobre o assunto, bem como a pesquisa documental, por meio da análise de legislações e jurisprudências. Outrossim, o método a ser utilizado será o dedutivo, que parte de inferências e ideias gerais para aplicação a situações reais, sendo que os procedimentos técnicos a serem usados serão a análise temática e a interpretativa.

Palavras-Chave: Administração Pública; Pós-Positivismo; Moralidade; Pluralismo; Segurança Jurídica.

ABSTRACT

This work has the purpose to study the principle of administrative morality, especially as to their content, as well as regarding how best to operationalize its interpretation / application. In this goal, it is evident the need for ethicizar Public Administration, the Administrator and their respective acts performed in the exercise of public service, it can not allow the definition of what is ethical in a rule of law is fully open to arbitrary decisions . Against this background, we seek to answer with this study the following questions: the definition of the principle of administrative morality content has limits? And, if so, what are those limits and what are the parameters / methods suitable to be used during the process of interpretation and application of the principle of morality? It is in order to overcome these issues that the research will be developed. So, will begin with brief distinctions between Ethics, Morality and Law, presenting philosophical currents that sought to evaluate the relationship or separation of binding legal and moral systems over the years, ending the first part with some critical considerations as post-positivism, pointing to the need to establish interpretive parameters, especially in a postmodern context marked by pluralism and thirsty for increased security, including legal. The following will be addressed-the set of principles, while study of legal principles, addressing some definitions, distinctions between the rules, principles and normative postulates. In addition, the main functions of principles will be presented and attempts to demonstrate its importance in contemporary legal system, without, however, forget the need to reference point in the act of interpreting them and apply them in specific cases. Finally, the third and final chapter, it is a matter-of analyzing the legal principle of administrative morality, with some definitions, a history on the world stage and later in the Brazilian domestic level until you reach the treatment given to this principle by the Charter Magna 1988. In addition, even in the third chapter, will be differentiated juridicizada the morality of common morality; is also checked the question of the interpretation and application of the principle of morality, presenting a method and parameters aimed at greater legal certainty in achieving this hermeneutical process, concluding with the study of public administration in contemporary times and the role of the principle of administrative morality. Use it will, therefore, as theoretical references studies of Ronald Dworkin and Robert Alexy. Moreover, to achieve the purpose, the theoretical research will be performed after literature of scientific contributions on the subject, as well as documentary research, through the analysis of legislation and case law. Furthermore, the method to be used is the deductive, that part of inferences and general ideas for application to real situations, and the technical procedures to be used will be the thematic analysis and interpretation.

Keywords: Public Administration; Post-positivism; Morality; Pluralism; Legal Security.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. DIREITO E MORAL: VINCULAÇÃO OU SEPARAÇÃO

- 2.1. Ética, Moral e Direito: breves distinções
- 2.2. O Jusnaturalismo e a ideia de vinculação entre os sistemas da Moral e do Direito
- 2.3. O Juspositivismo e a ideia de separação entre os sistemas da Moral e do Direito
- 2.4. Críticas de Ronald Dworkin ao pensamento juspositivista
- 2.5. O Pós-positivismo jurídico e a retomada da ideia de vinculação entre os sistemas da Moral e do Direito
 - 2.5.1. O Neoconstitucionalismo
 - 2.5.2. Ativismo judicial no contexto pós-positivista
 - 2.5.3. A pós-modernidade e as sociedades de risco: algumas preocupações e apontamentos críticos ao novo modelo de constitucionalismo pós-positivista

3. PRINCIPIOLOGIA

- 3.1. Apontamentos introdutórios
- 3.2. Histórico acerca da normatividade dos princípios jurídicos
- 3.3. Distinções entre princípios, regras e postulados normativos
- 3.4. Principais funções dos princípios
- 3.5. A interpretação e aplicação dos princípios jurídicos: a necessidade de seleção prévia de um método
- 3.6. A razoabilidade como postulado normativo dos princípios jurídicos

4. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

- 4.1. Compreendendo o princípio da moralidade administrativa: definições, amplitude, autonomia e necessidade de aferição da intencionalidade

- 4.1.1. Definições
- 4.1.2. Amplitude do princípio da moralidade no Direito Administrativo brasileiro
- 4.1.3. Autonomia em relação ao princípio da legalidade
- 4.1.4. Aferição da intencionalidade do ato/conduto violador(a) da moralidade administrativa: necessidade ou dispensabilidade?
- 4.2. Histórico do princípio da moralidade
 - 4.2.1. No Direito estrangeiro
 - 4.2.2. No direito brasileiro
- 4.3. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição brasileira de 1988
- 4.4. Breves apontamentos sobre a incidência do princípio da moralidade no processo administrativo brasileiro
- 4.5. Moralidade jurídica x moralidade comum
- 4.6. Problematizações do princípio da moralidade administrativa: a necessidade de um método seguro, racional e controlável de interpretação e aplicação do princípio
- 4.7. A Administração Pública na contemporaneidade e o princípio da moralidade administrativa

5. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Passados mais de cento e dez anos desde a primeira referência ao tema da moralidade administrativa feita na França por Hauriou¹, completados mais de vinte e seis anos da constitucionalização do princípio da moralidade na Carta Magna brasileira e publicadas incontáveis obras jurídicas sobre o tema, questão intrigante que se apresenta de plano e que merece ser elucidada o quanto antes é: por que se propor a escrever sobre o princípio da moralidade administrativa?

São muitas as motivações que ensejaram a escolha pelo tema a ser investigado no presente trabalho.

A primeira delas é o fato de que, apesar do princípio da moralidade administrativa já ser objeto de debate jurídico há anos, seja no meio acadêmico, seja nos tribunais, ainda existe enorme divergência quanto ao seu conteúdo, bem como quanto a melhor forma de interpretá-lo/aplicá-lo.

Outra razão para se dedicar ao tema proposto é a importância que os princípios jurídicos representam para o ordenamento jurídico contemporâneo, mormente em um contexto pós-positivista, oxigenando o Direito por meio da juridicização de valores sociais.

Outrossim, destaca-se a grande afeição do Direito Administrativo brasileiro e seus administrativistas por estudar e debater o tema dos princípios, posto que funcionam como molduras normativas à discricionariedade do agente público no trato com os administrados e com a *res publica*.

Não poderia deixar de evidenciar como justificativa de escolha do tema os constantes escândalos de corrupção que, infelizmente, tornaram-se comuns no Brasil e no mundo, em completa afronta aos ditames constitucionais que deveriam reger o administrar público.

¹ Sobre o histórico do princípio da moralidade administrativa vide o terceiro capítulo do presente trabalho em tópico próprio.

Por fim, e talvez esse seja o maior desafio do presente estudo, logicamente sem desprezar os anteriormente citados, encontra-se a vontade de viabilizar diretrizes e parâmetros aptos a orientar o intérprete do princípio da moralidade administrativa a encontrar a melhor decisão possível para cada caso concreto, de forma racional, controlável e fundamentada, sem afãs moralizantes subjetivos, respeitando-se o pluralismo e à segurança jurídica.

Destarte, questiona-se: *a definição do conteúdo do princípio da moralidade administrativa possui limites? E, em caso afirmativo, quais seriam esses limites e quais seriam os parâmetros/métodos adequados a serem empregados durante o processo de interpretação e aplicação do princípio da moralidade?*

Nesse desiderato, se é notória a necessidade de eticizar a Administração Pública, o administrador e seus respectivos atos praticados no exercício da função pública, também não se pode permitir que a definição do conteúdo dessa eticidade esteja completamente aberta a decisões subjetivas do intérprete.

Diante desse objetivo geral de encontrar parâmetros hermenêuticos sensíveis ao pluralismo e à segurança jurídica, será imprescindível analisar três objetivos específicos, cada um correspondente a um dos capítulos do presente estudo. O primeiro será investigar a relação entre Direito e Moral ao longo do tempo, culminando com a apresentação da algumas preocupações e apontamentos críticos ao novo modelo de constitucionalismo pós-positivista. O segundo será estudar a questão da principiologia, na busca de seleção de um método seguro para a interpretação e aplicação dos princípios jurídicos. O terceiro será buscar compreender o princípio da moralidade em específico.

Assim, a presente investigação se inicia com breves distinções entre a Ética, Moral e Direito, apresentando correntes filosóficas que buscaram avaliar a questão no que tange à separação ou à vinculação dos sistemas jurídico e moral, encerrando o primeiro capítulo com algumas ponderações críticas quanto ao pós-positivismo principiológico e apontando a necessidade de se estabelecerem parâmetros interpretativos, mormente em um contexto pós-moderno marcado pelo pluralismo e sedente por maior segurança, inclusive jurídica.

A seguir, abordar-se-á a principiologia, enquanto estudo dos princípios jurídicos, abordando algumas definições, distinções entre as regras, os princípios e os postulados normativos, além disso, serão apresentadas as principais funções dos princípios, buscando

demonstrar sua importância no sistema jurídico contemporâneo, sem, contudo, esquecer-se da necessidade de balizamentos no ato de interpretá-los e aplicá-los em casos concretos.

Por fim, no terceiro e último capítulo, tratar-se-á de analisar o princípio jurídico da moralidade administrativa, apresentando algumas definições, um histórico no plano mundial e, posteriormente, no plano interno brasileiro até chegar ao tratamento conferido ao referido princípio após sua positivação na Carta Magna de 1988.

Ainda no terceiro capítulo, serão diferenciadas a moralidade juridicizada da moralidade comum; será também verificada a questão da interpretação e aplicação do princípio da moralidade, apresentando um método e parâmetros voltados a conferir maior segurança jurídica na realização desse processo hermenêutico, concluindo com o estudo da Administração Pública na contemporaneidade e o papel desempenhado pelo princípio da moralidade administrativa.

No presente trabalho utilizar-se-á como referências teóricas os estudos de Ronald Dworkin e de Robert Alexy.

Outrossim, o tema proposto será realizado por meio de pesquisa teórica, a ser realizada após levantamento bibliográfico de contribuições científicas sobre o assunto, bem como a documental, por meio da análise de legislações e jurisprudências. O método a ser utilizado será o dedutivo, que parte de inferências e ideias gerais para aplicação a situações reais, sendo que os procedimentos técnicos a serem usados serão a análise temática e a interpretativa.

2. DIREITO E MORAL: VINCULAÇÃO OU SEPARAÇÃO

No intuito de facilitar a compreensão do leitor acerca do tema a ser investigado no presente estudo, pretende-se neste capítulo abordar breves distinções entre a Ética, a Moral e o Direito, passando em seguida à análise de como os dois últimos (Direito e Moral) se relacionaram ao longo do tempo, concluindo com algumas preocupações e apontamentos críticos ao novo modelo de constitucionalismo pós-positivista.

2.1. Ética, Moral e Direito: breves distinções

Etimologicamente, “ética” deriva da palavra *ethos*. Entretanto, cumpre observar que tal palavra grega possui originariamente duas grafias - *ἦθος* (*êthos*) e *ἔθος* (*éthos*) – e significados diversos, dentre os quais Aristóteles usou em “Ética a Nicômano” a expressão *êthos* no sentido de “modo de ser” ou “caráter”. A propósito, Antônio Macena Figueiredo e Dirce Guilhem² ressaltam:

Interessa o caráter em seu sentido estritamente moral, isto é, a disposição fundamental de uma pessoa diante da vida, seu modo de ser estável do ponto de vista dos hábitos morais (disposição, atitudes, virtudes e vícios) que a marcam – que caracterizam – e lhe conferem a índole peculiar que a distingue dos demais. Refere-se ao conjunto das qualidades, boas ou más, de um indivíduo, resultante do progressivo exercício na vida coletiva. [...] Esse modo de ser, “apresenta uma dupla dimensão de permanência e de dinamismo. O núcleo de nossa identidade pessoal é o produto das opções morais que vamos fazendo em nossa biografia. Essas opções vão conformando nossa fisionomia moral – a classe de pessoas que somos, nossa índole moral –, ou seja, a disposição para nos deixar mover por uns motivos e não por outros”.

² FIGUEIREDO, Antônio Macena; GUILHEM, Dirce. Ética e Moral. **INTERthesis**, Florianópolis, v. 5, jan./jul. 2008, p. 33.

Inobstante, sobreleva-se também a expressão *éthos* com o significado de hábito, costume, tradição. Também esta variante é de interesse da Ética, na medida em que é repetição de atos aceitos pela sociedade que consolida um costume ou uma tradição.

Assim, a ideia oriunda da junção de *êthos* enquanto caráter e *éthos* enquanto hábito/costume/tradição permitiria compreender o cerne da ética: esta seria uma ciência que investigaria os atos morais habituais que configurariam o caráter social de normalidade. Dessume-se então que Ética seria uma teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade³ ou, posto de outra forma:

[...] ética pode ser entendida como a ciência da reta ordenação dos atos humanos desde os últimos princípios da razão (*kathein*). [...] a “ética” se ocupa da reflexão filosófica sobre a conduta humana sob o prisma dos atos morais. Ela vai examinar a natureza dos valores morais e a possibilidade de justificar seu uso na apreciação e na orientação de nossas ações, nas nossas vidas e nas nossas instituições. A ética estuda as relações entre o indivíduo e o contexto em que está situação. Ou seja, entre o que é individualizado e o mundo a sua volta [mundo moral]. Procura enunciar e explicar as regras [sobre se fundamenta a ação humana ou razão pela qual se deve fazer algo], normas, leis e princípios que regem os fenômenos éticos. São fenômenos éticos todos os acontecimentos que ocorrem nas relações entre o indivíduo e o seu contexto.⁴

Marilena Chauí⁵ bem sintetiza:

A filosofia moral ou a disciplina denominada a *ética* nasce quando se passa a indagar o que são, de onde vêm e o que valem os costumes. [...] A filosofia moral ou a ética nasce quando, além das questões sobre os costumes, também se busca compreender o caráter de cada pessoa, isto é, o senso moral e a consciência moral individuais.

Por sua vez, “moral” deriva do latim *mos*, que significava tanto costume, quanto caráter, visto que a expressão ora mencionada era usada como equivalente latino tanto de *êthos* como de *éthos*. Não sem motivo, costumam-se adotar as expressões Moral e Ética como se sinônimas fossem; fato é que Moral e Ética guardam conceitos diferentes entre si apesar de possuírem íntima relação.

³ VÁZQUEZ, Adolfo Sanchez. **Ética**. Trad. de João Dell’Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 23.

⁴ FIGUEIREDO, Antônio Macena; GUILHEM, Dirce. Ética e Moral. **INTERthesis**, Florianópolis, v. 5, jan./jul. 2008, p. 35.

⁵ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2011, p. 386.

Nesse sentido, Antônio Macena Figueiredo⁶ explica:

No latim não existia uma palavra para traduzir o *êthos*, nem tampouco outra para representar o sentido do termo *êthos*, dado na língua grega. Então, na essência, esta distinção foi perdida. Ambas foram traduzidas por “*mos*” ou “*mores*” (plural de *mos*, do qual vem o termo *moralis*), pois era a palavra que mais se aproximava do sentido de *ethos*, que nessa língua pode significar tanto “costumes” como “caráter” ou gênero de vida.

Assim, pode-se dizer que ao englobar e associar caráter e costumes, a Moral consubstancia-se no conjunto de valores aceitos costumeiramente e eleitos pela sociedade como paradigmas de conduta do indivíduo perante seus semelhantes: um comportamento desenvolvido dentro dos parâmetros de normalidade balizados pelos valores sociais e aceitáveis pela sociedade e, portanto, considerado Moral. Ato contínuo, a Moral refere-se tanto aos costumes quanto às normas de comportamento aceitas pela sociedade conforme a tradição ou realidade cultural; seria um sistema normativo-principiológico-valorativo aceito livremente pelos membros da sociedade, em que as normas seriam dotadas de um caráter histórico e social.

Frise-se que a Moral não possui o atributo da imperatividade, e, por isso, seus preceitos são voluntariamente seguidos, seguem-se preceitos morais se tais forem entendidos como valores subjetivos necessários à satisfação de uma necessidade ou anseio individual. Com efeito, os valores morais situam-se na consciência individual, cabendo ao indivíduo julgar o certo ou errado, tolerável ou intolerável segundo suas convicções.

Contudo, cede-se que a sociedade necessita de regras perenes que, no objetivo de se manter a paz e ordem sociais, regulem a conduta do particular. Nesse sentido, sobressai-se o Direito enquanto sistema de normas de caráter imperativo e coercitivo que dispõe sobre condutas consideradas imprescindíveis à normalidade da vida social, e por isso de respeito e cumprimento obrigatórios independentemente da vontade do particular.

Assim, uma distinção relevante a ser usada para diferenciar o sistema da Moral e o do Direito refere-se à espontaneidade ou não do indivíduo no cumprimento de regras sociais. Quando o cumprimento de uma determinada regra social ocorre com espontaneidade, considera-se que se está diante de um ato pertencente ao campo da Moral –

⁶ FIGUEIREDO, Antônio Macena. Ética: origens e distinção da Moral. **Saúde, Ética & Justiça**, São Paulo, v. 13, n. 1, jan/jul. 2008, p. 5.

como, por exemplo, quando não se dirige automóvel estando sob o efeito de álcool por consciência própria dos perigos que essa conduta representa aos outros e a si mesmo. Entretanto, quando o cumprimento de uma regra social depende do uso da força e coação, ainda que institucionalizadas, entende-se estar diante de um ato relacionado à categoria do Direito e não mais da Moral, posto que a espontaneidade cede lugar à coercibilidade.

Portanto, ao contrário das normas morais, as jurídicas são de cumprimento obrigatório, dado que o atributo da coercibilidade permite às últimas a possibilidade de se exigir judicialmente o cumprimento caso este não se dê espontaneamente.

Vicente Ráo⁷ apresenta ainda a distinção da Moral e do Direito com base na natureza da sanção, aduzindo que:

[...] O desrespeito da norma moral pode causar um remorso (sanção individual e interna), ou a desconsideração social (sanção externa, mas de natureza simplesmente ética). Mas, a eficácia da norma jurídica é assegurada pela possibilidade de uma coerção material, praticada pela força do Estado.

Para a melhor compreensão do tema mostra-se importante, ainda que sucintamente, relembrar duas importantes formulações acerca da distinção entre os sistemas da Moral e do Direito, sendo a primeira de Thommasius e a outra de Kant.

Neste sentido, Thommasius demarcou as três áreas da conduta humana, quais sejam, a Moral, a política e o Direito, no intuito de comprovar que as obrigações morais advêm do interior e, por isso, insuscetíveis à repressão, ao passo que os deveres jurídicos seriam externos e, portanto, sujeitos à coerção⁸.

Segundo Thommasius, a Moral diz respeito exclusivamente à consciência do sujeito, ao *forum internum*, tendendo à busca da paz interna, ao passo que o direito regula exclusivamente as ações exteriores, tendendo à busca da paz externa, da coexistência e convivência exterior, fundada no princípio *neminem laedere*⁹.

Miguel Reale, na linha de outros grandes jusfilósofos dentre os quais Del Vecchio, aproveitando os pretéritos conceitos de “relação” de Aristóteles, de “alteritas” de Santo Tomás, de “exterioridade” formulado por Chistian Thomasius, de “heteronomia” de Kant e de “querer entrelaçante” desenvolvido por Stammler, adota como critério distintivo do

⁷ RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69.

⁸ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 97.

⁹ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, p. 97.

Direito em relação à Moral a ideia de “bilateralidade atributiva”, ou seja, quando duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender ou a fazer garantidamente algo¹⁰.

Na mesma linha de pensamento, no intuito de traçar distinções seguras entre as normas jurídicas ou de garantia e as normas morais ou de aperfeiçoamento, Maria Helena Diniz atribui às primeiras a característica de ser “bilateral” (por ser imperativa e autorizante), conferindo “ao lesado pela sua violação o poder de exigir seu cumprimento ou a reparação do mal sofrido”, enquanto as demais normas são “unilaterais”, uma vez que não existe a autorização do emprego da coação para garantir seu cumprimento¹¹.

Digno de registro, também, a construção distintiva realizada por Marcelo Maciel Ramos entre as normas de conduta jurídicas e as demais. Segundo o referido doutrinador, as normas de conduta estabelecem deveres, sendo que destas podem-se extrair dois elementos, quais sejam: o agir humano e o dever que elas estipulam. Assim, Ramos¹² defende que existem quatro critérios capazes de distinguir regras de comportamento, sendo eles, a) a unilateralidade ou bilateralidade da relação de dever; b) a autonomia ou heteronomia do conteúdo da prescrição; c) a interioridade ou a exterioridade da conformação da ação à norma; d) o tipo de garantia de efetividade que o mandamento estabelece/coercitividade.

Utilizando-se dos critérios acima mencionados, o que distingue a norma jurídica dos outros tipos normativos são, em síntese, a bilateralidade, a heteronomia, a exterioridade e a coercitividade¹³.

Quanto à bilateralidade, a norma jurídica, da mesma forma que atribui um direito, institui um dever; no que tange à heteronomia, encontra-se associada ao fato de que a norma jurídica é válida para todos de igual maneira; com relação à exterioridade é posta independentemente da concordância ou consciência interior do indivíduo, sendo necessária apenas a conformação externa com o teor da norma; e, por último, no que concerne à

¹⁰ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.50.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 387-388.

¹² RAMOS, Marcelo Maciel. **Os Fundamentos Éticos da Cultura Jurídica Ocidental**: dos gregos aos cristãos. São Paulo: Alameda, 2012, p.72.

¹³ RAMOS, Marcelo Maciel. **Os Fundamentos Éticos da Cultura Jurídica Ocidental**: dos gregos aos cristãos, p.72.

coercitividade, usando o pensamento de Bobbio, o preceito jurídico da norma é assegurado por meio da imposição de sanções externas¹⁴.

Por fim, arremata-se com a distinção oferecida por Roberto Lyra Filho quanto ao Direito e à Moral:

Essa é a razão pela qual o Direito não se confunde com a Moral. A Moral é também processo, também está inserida na dialética social; também se transmite a séries múltiplas de normas, conforme as classes e grupos em que se divide a estrutura social; também gera obrigações exigíveis e estabelece órgãos e procedimentos para a sua aplicação coercitiva: ela é, portanto, bilateral, como o Direito; o que não é, entretanto, é recíproca. Recíproco é só o Direito. Na Moral se armam deveres que cada um há de cumprir em relação aos demais e até a si mesmo. Todavia, os princípios sociais e históricos da vida honesta não dependem da reciprocidade. Queremos dizer, com isso, que os deveres morais de cada um não dependem dos deveres morais dos outros para se tornarem obrigatórios, nem no sentido de que estes últimos cumpram ou deixem de cumprir os seus próprios deveres, nem no sentido de que os preceitos morais se destinem a garantir o equilíbrio recíproco do exercício da liberdade. A Moral visa ao aperfeiçoamento de cada um, dentro da honestidade. O Direito visa ao desdobramento da liberdade dentro dos limites da coexistência. [...]. A Moral, entretanto, permanece como estabelecimento de restrições à nossa liberdade, em si mesmas tidas como necessárias, para tornar-nos pessoas socialmente melhores, enquanto o Direito só nos restringe a liberdade para garantir o que, nela, afete aos demais.¹⁵

Destarte, a despeito das distinções apresentadas não se pode negar que tanto o Direito como a Moral estabelecem normas de conduta. Portanto, tanto a Moral como o Direito enquanto sistemas normativos interagem e se relacionam intimamente com a Ética, na medida em que esta tem o papel de refletir e analisar filosoficamente os fundamentos humanísticos das respectivas normas jurídicas e morais.

Conclui-se que, enquanto ciência, o Direito é orientado e potencializado por valores obtidos e revistos continuamente a partir da cultura social no decorrer e em conformidade com a evolução histórica desta última, materializados no ordenamento jurídico por meio de regras e princípios expressos e implícitos, os quais iluminam o Direito em busca da realização da justiça e em face do que se pode dizer que a constante busca pela justiça é a tônica delineadora das relações entre Moral e Direito.

Assim, em apertada síntese, Moral é o conjunto de regras de comportamento costumeiramente adotado como válido pela sociedade e respeitado livremente pelo

¹⁴ RAMOS, Marcelo Maciel. **Os Fundamentos Éticos da Cultura Jurídica Ocidental**: dos gregos aos cristãos, p.75-77.

¹⁵ LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 2012, p. 102-103.

indivíduo, por questões de foro íntimo; Direito é o sistema de normas de comportamento dotadas de imperatividade e coerção, de forma a obrigar o indivíduo a se comportar de modo útil ou não nocivo à paz e ordem sociais; e ética perfaz-se na investigação e reflexão filosóficas sobre os fundamentos da validade de tais regras e a atinente comparação com outras morais e direitos de sociedades diferentes, de forma a buscar e compreender justificativas para as regras propostas pela Moral e pelo Direito.

Nesse mister, importa verificar-se a íntima relação entre Direito e Moral apesar de suas diferenças, conforme bem aponta Miguel Reale:

Nesta matéria devemos lembrar-nos de que a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las. Ao homem afoito e de pouca cultura basta perceber uma diferença entre dois seres para, imediatamente, extremá-los um do outro, mas os mais experientes sabem a arte de distinguir sem separar, a não ser que haja razões essenciais que justifiquem a contraposição.¹⁶

Portanto, para melhor compreensão do tema proposto, após a apresentação, ainda que sucinta, das principais distinções entre a Ética, a Moral e o Direito, calha verificar como esses dois últimos se relacionaram ao longo do tempo, num primeiro momento vinculados (jusnaturalismo), posteriormente separados (juspositivismo), mostrando, ao final, como a Moral e o Direito se relacionam no contexto pós-positivista.

Já advertia Robert Alexy nos idos de 1992, logo no início de sua obra *Conceito e Validade do Direito*, que “o principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista”¹⁷.

E continua Alexy¹⁸, explicando que as teorias positivistas defendem a tese da separação, ou seja, que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais, no sentido de que não existiria nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral.

¹⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*, p. 41.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 03.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*, p. 03.

De outro lado, todas as teorias não positivistas defendem a tese da vinculação, em que o conceito de Direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais¹⁹.

Assim, é de extrema importância o estudo da forma como se relacionaram, ao longo do tempo, os sistemas da Moral e do Direito, verificando as características dessa relação no período do jusnaturalismo, do juspositivismo e do pós-positivismo.

2.2. O Jusnaturalismo e a ideia de vinculação entre os sistemas da Moral e do Direito

O Jusnaturalismo é uma corrente filosófica, com origem atribuída à cultura clássica grega²⁰ e que possui adeptos até os dias atuais, que defende a existência de um Direito natural, decorrente da natureza, de alguma divindade ou da razão, universal, formado por um conjunto de valores e normas não emanados pelo Estado e que independem de qualquer legislação positiva. Esse Direito natural tem validade em si mesmo, estando legitimado por uma ética superior, estabelecendo limites à própria norma estatal²¹.

Adotando-se como referência as lições de Norberto Bobbio, tem-se que a primeira manifestação do pensamento jusnaturalista ocorreu na Antiguidade grega, perdurando até Roma Antiga, caracterizado pela ideia de uma justiça universal e imutável²², usando “a natureza como fonte da lei”²³.

Posteriormente, durante a Idade Média, desenvolveu-se o chamado jusnaturalismo medieval, marcado pela forte influência teológica, passando os fundamentos do Direito natural para a inteligência e a vontade divina²⁴. A lei humana, portanto, deveria ser forjada

¹⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**, p. 04-05.

²⁰ Segundo Mariá Brochado, depois do século VIII, com a expansão colonial e a organização das cidades é que surge uma primeira ideia de generalização dos usos para a vida comunitária, atribuindo a Platão, no livro III de As leis, a pioneira invocação da noção de costumes que merecem ser preservados em nome do interesse comum (BROCHADO, Mariá. **Direito e Ética**: a eticidade do fenômeno jurídico. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 28-29).

²¹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 320.

²² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone Editora, 2006, p. 22.

²³ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 262.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, p. 36-38.

a partir da lei divina, razão pela qual aquela lei não possuiria falhas ou erros, seria perfeita²⁵.

Por fim, com o gradual processo de “laicização da cultura moderna”²⁶, o jusnaturalismo afasta-se do fundamento teológico para o Direito, apoiando-se na razão humana como fundamento. O pensamento deixava de ser submisso à crença cristã, desenvolvendo-se a busca pelo conhecimento e pela liberdade²⁷.

Ocorre que apesar das transformações do pensamento jusnaturalista ao longo dos anos, conforme acima apresentado, é possível falar em um ponto comum: o Direito estava vinculado à moral.

Nesse sentido, aduz Márcia Noll Barboza²⁸:

Com efeito, de um lado se encontram as teorias jusnaturalistas, a propugnar, no decorrer dos séculos, as mais diferentes noções de justiça, a ela atribuindo conteúdos que vão desde a escravidão à soberania popular. Assemelham-se, porém, essas mesmas teorias quanto à via de fundamentação, sustentando a existência de normas morais objetivas e absolutas – o direito natural -, extraídas, pela revelação de Deus ou da razão, da natureza.

No esforço ético em analisar a relação entre Direito e Moral, a primeira teoria digna de registro é a do Mínimo Ético, a qual compreende que o Direito representa o mínimo do campo da Moral necessário para a vida em sociedade: os dispositivos morais que a comunidade considerasse mais relevantes para a paz social deveriam ser concebidos como normas jurídicas pelo Direito, permitindo o uso de seus instrumentos de coerção, principalmente a força institucionalizada, para garantia de sua observância²⁹. Assim, para os adeptos dessa teoria, toda norma jurídica tem um conteúdo Moral, mas a recíproca nem sempre é verdadeira – nem toda regra moral é revestida de juridicidade.

Ocorre que esse raciocínio não pode se sustentar, haja vista que o Direito regula diversas situações amorais e imorais, seja quando a norma jurídica disciplina questões completamente indiferentes à Moral - por exemplo, a que envolve os prazos processuais -, seja quando prevê situações de licitude que entretanto se mostram imorais, motivos pelos

²⁵ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**, p. 261.

²⁶ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**, p. 261.

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p. 321.

²⁸ BARBOZA, Márcia Noll. **O Princípio da Moralidade Administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de Moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22.

²⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 42.

quais não se deve conceber o Direito plenamente dentro do campo da Moral, como pensavam alguns doutrinadores defensores dessas ideias - entre outros, destacam-se Jeremias Bentham e, posteriormente, Georg Jellinek³⁰.

2.3. O Juspositivismo e a ideia de separação entre os sistemas da Moral e do Direito

Se é fato que o pensamento jusnaturalista foi muito importante no processo evolutivo do Direito, seja pela difusão da ideia de que a pessoa possui “um espaço de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo próprio Estado”³¹, contemporaneamente compreendidos como direitos humanos e/ou fundamentais, seja pela influência no processo de codificação do direito no século XVIII, também é indene de dúvidas que as consequências de suas maiores vitórias representaram a razão de sua gradual superação pelo juspositivismo. Nesse sentido, conforme Barroso³², “já não traziam a revolução, mas a conservação”.

O termo positivismo foi usado pioneiramente por Saint-Simon, no intuito de se referir ao método exato das ciências e sua extensão para a Filosofia, possuindo Augusto Comte³³, contudo, posição de destaque na difusão dessa expressão representando uma grande corrente filosófica³⁴.

Norberto Bobbio³⁵, um dos seus maiores expoentes na seara do Direito, em sua destacada obra sobre o tema, traça os pontos fundamentais da doutrina juspositivista, quais sejam: a) aborda o Direito como um fato e não como um valor; b) define o Direito em função do elemento da coação, desenvolvendo a teoria da coatividade do direito; c) entende a legislação como fonte preeminente do Direito; d) construção da teoria da norma jurídica,

³⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 42-43.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p.321-322.

³² BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p.323.

³³ Segundo Luis Roberto Barroso, em *Interpretação e aplicação da constituição*, p.324, “o termo ‘positivismo’ designa a crença ambiciosa na ciência e nos seus métodos. Em sentido estrito, identifica o pensamento de Auguste Comte, que em seu *Curso de filosofia positiva* (seis volumes escritos entre 1830 e 1842) desenvolveu a denominada lei dos três estados, segundo a qual o conhecimento humano havia atravessado três estágios históricos: o teleológico, o metafísico e ingressara no estágio positivo ou científico”.

³⁴ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 909.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito, p. 131-133.

como ponto central do direito; e) por meio da concepção de coerência e completude, desenvolve-se a teoria do ordenamento jurídico, considerando o conjunto de normas vigentes numa sociedade; f) adoção do método mecanicista de interpretação do direito; g) o desenvolvimento da teoria da obediência absoluta da lei.

Sabe-se que são muitos os pensadores que aderiram ao pensamento positivista, cada um com suas especificidades e características próprias, entretanto não se pode negar que o maior expoente foi Hans Kelsen³⁶.

Hans Kelsen, com fulcro na ideia de pureza metódica³⁷, sustentava que a ciência jurídica deveria se desapegar de métodos válidos para outras ciências, ou seja, deveria investigar o Direito por processos próprios, depurando a ciência jurídica pela não apreciação de ideologias políticas, de aspectos valorativos, bem como afastando a influência de outras ciências (sociológicas, psicológicas, filosóficas, etc) na análise da norma jurídica³⁸. Enfim, “a grande aspiração kelseniana foi a de salvaguardar a autonomia, a neutralidade e a objetividade da ciência do direito”³⁹.

O juspositivismo ou positivismo jurídico⁴⁰ reduziu o âmbito do Direito à norma jurídica, ou, nas palavras de Maria Helena Diniz⁴¹: “a lei e o direito constituem a mesma realidade, pois a única fonte do direito é a lei e tudo o que estiver estabelecido na lei é direito”.

Assim, ao conceito positivista de Direito restam apenas dois elementos de definição: o da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e o da eficácia social⁴².

Segundo Eros Grau⁴³, ao descrever o Direito no contexto positivista, entende como “sistema de normas primárias e secundárias que regula o uso da força com pretensão de monopólio, objetivando excluir o seu uso privado (da força) nas relações sociais”.

³⁶ Conforme já aduzido, assim como o jusnaturalismo, dentro do pensamento juspositivismo existem diversas teorias, cada qual com suas características, a depender de cada autor, sendo que uma marca uníssona em todas as roupagens do positivismo jurídico é “a inexistência de uma vinculação conceitual necessária entre o direito e a moral”, conforme adverte Márcia Noll Barboza, **O Princípio da Moralidade Administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica, p. 22-23.

³⁷ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 01.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, p. 118.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, p. 120.

⁴⁰ Conforme ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, p. 909, “foi esse o nome que Hans Kelsen deu à sua doutrina formalista do direito e do Estado”.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, p. 50.

⁴² ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**, p. 04.

Nesse ínterim, a postura do jurista, na visão de Hans Kelsen, é, partindo da norma jurídica existente, buscar fundamentação de validade em outra norma jurídica, configurando um sistema normativo em que a norma jurídica é “o princípio e o fim de todo o sistema”⁴⁴.

Portanto, diferentemente do jusnaturalismo, defendia o juspositivismo a inexistência de vinculação necessária entre o Direito e a Moral⁴⁵, admitindo a possibilidade, inclusive, de um Direito injusto⁴⁶.

O pensamento de Kelsen pautava-se na relativização da Moral, ou seja, de que não existia um padrão absoluto de valor, razão pela qual pregava a separação entre o Direito e a Moral, afirmando que “a exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral”⁴⁷. E completa, aduzindo que “Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema Moral”⁴⁸.

Ademais, ainda segundo o próprio Hans Kelsen⁴⁹:

[...] se o valor é construído por uma norma objetivamente válida, o juízo, que afirma que um *quid* real, uma conduta humana efetiva, é ‘boa’, isto é, valiosa, ou ‘má’, isto é, desvaliosa, exprime e traduz que ela é conforme a uma norma objetivamente válida, ou seja, que deve ser (tal como é), ou que contradiz uma norma objetivamente válida, que dizer, não deve ser (tal como é).

Portanto, reforça Kelsen⁵⁰, “na independência da validade do direito positivo da relação que este tenha com uma norma de justiça reside o essencial da distinção entre a doutrina do direito natural e o positivismo jurídico”. Assim, adotando um sistema

⁴³ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, p.102.

⁴⁴ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**, p. 374.

⁴⁵ Alguns autores preferem usar a expressão “não conexão necessária” entre o direito e a moral ao invés da expressão “separação” entre o direito e a moral, posto que “para o positivismo jurídico, não há problema que as normas mantenham relação com termos morais; mas a ausência dessa relação não constitui um defeito na juridicidade da norma”, conforme Max Möller, **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 95.

⁴⁶ “Um Direito Positivo pode ser justo ou injusto; a possibilidade de ser justo ou injusto é uma consequência essencial do fato de ser positivo” (KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** A Justiça, o Direito e a Política no espelho da Ciência. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 364).

⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 75.

⁴⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 76.

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 20.

⁵⁰ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 7.

normativo escalonado, em que uma norma jurídica deve se fundamentar em termos de validade em outra hierarquicamente superior, e assim sucessivamente, até que se alcance a norma hipotética fundamental, o Direito positivo válido (independentemente de ser ou não justo) deve ser observado devido ao seu caráter imperativo e coercitivo.

Acontece que o juspositivismo normativista de Kelsen não foi a única teoria que abordou a questão da relação entre Direito e Moral. Diversos autores, cada qual com suas especificidades, desenvolveram suas teorias positivistas, umas mais extremadas outras nem tanto, sendo possível destacar um ponto unânime em todas, qual seja, a separação entre os sistemas do Direito e da Moral.

A diferença entre essas teorias no que tange à referida separação, conforme aduz Möller⁵¹, situa-se na defesa de uma posição forte (chamado também como positivismo excludente) ou fraca (chamado também como positivismo includente ou *soft positivism*), sendo que enquanto as ideias do jurista Hans Kelsen podem ser definidas como integrante da tese da separação forte entre Moral e Direito, a teoria de Hart pode ser situada dentre os adeptos de uma separação fraca.

Sem qualquer pretensão de esgotamento de sua teoria, pode-se afirmar que segundo Hart⁵², apesar de existir uma conexão entre a ordem moral e a jurídica, devendo a última coincidir na medida do possível com a primeira, defende a distinção entre a imoralidade e a invalidade, sendo que a primeira não conduziria, necessariamente, à segunda.

Entretanto, apesar de integrar o grupo dos positivistas (segundo Hart ele integraria os chamados positivistas moderados)⁵³, enxerga o Direito como fato social, concebendo a noção de norma fundamental, chamada por ele de *regra de reconhecimento*, a qual serve como instrumento de avaliação quanto ao pertencimento de uma norma àquele sistema⁵⁴.

Segundo Hart⁵⁵, as normas jurídicas classificar-se-iam em normas primárias, que são os comandos exigindo comportamentos ou abstenções aos seres humanos, enquanto as secundárias conferem poder de criação, modificação ou extinção de normas primárias, assim como disciplinam os diferentes modos de sua aplicação, concluindo o professor de

⁵¹ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo, p. 104.

⁵² HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 223-228.

⁵³ HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**, p.312.

⁵⁴ HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**, p.117.

⁵⁵ HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**, p. 91.

Oxford no sentido de que “a união das regras primárias e secundárias está no centro de um sistema jurídico”.

A doutrina reconhece destacada importância à teoria de Hart, posto que conseguiu introduzir a compreensão de que o processo de interpretação é fundamental à definição do Direito, superando o reducionismo de Kelsen ao entender que o Direito se resumia à norma, haja vista que segundo Hart o sentido da norma é completado pelo processo de interpretação⁵⁶.

Ademais, desenvolveu em sua obra *O Conceito de Direito*⁵⁷ uma ideia intitulada como “conteúdo mínimo do direito natural”⁵⁸, atribuindo um conteúdo mínimo ao Direito, o que se costuma apontar como uma superação do radicalismo do relativismo ético kelseniano⁵⁹.

Portanto, a partir da síntese, ainda que bastante apertada, das principais linhas do juspositivismo, usando como referenciais teóricos Kelsen e Hart, ambos adeptos da ideia de separação do Direito da Moral, contudo o primeiro de forma mais rígida, pôde-se perceber as aproximações e os distanciamentos das teorias dos dois referidos pensadores, bem como apreender as principais características daquilo que se convencionou chamar de corrente juspositivista ou positivismo jurídico.

Adverte Robert Alexy que “o rápido exame dos conceitos positivistas de direito mostra que, no âmbito do positivismo jurídico, posições muito distintas são definidas. Comum a todas elas é apenas a tese da separação entre direito e moral”⁶⁰.

Ocorre que assim como ocorreu com o pensamento jusnaturalista, o juspositivismo também se desgastou ao longo do tempo e passou a sofrer resistências filosóficas (destaque para, por exemplo, a jurisprudência dos interesses, iniciada por Ihering, bem como o movimento pelo Direito livre, cujo destaque é Ehrlich), sendo que sua decadência é emblematicamente associada à queda do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha,

⁵⁶ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo, p. 84.

⁵⁷ HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

⁵⁸ HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**, p. 209-210.

⁵⁹ BARBOZA, Márcia Noll. **O Princípio da Moralidade Administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica, p. 36-37.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**, p. 24.

movimentos políticos que chegaram ao poder sob o manto da legalidade e que cometeram barbáries usando a lei como álibi⁶¹.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, ainda que se ignore a ideia de pluralismo, jamais se poderia concluir que o texto da lei é perfeito, e assim deve ser simplesmente proclamado pelo juiz, apenas por ser o resultado de um procedimento legislativo regular; tornou-se necessário resgatar a substância da lei e, mais do que isso, encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça⁶².

Portanto, o Direito na visão positivista, apresentava-se completamente separado da Moral, caracterizado pelo formalismo, da legitimação pelo procedimento, da preocupação com a mera legalidade, pela recusa do pluralismo jurídico, pelo apego na conservação dos meios e pela despreocupação no atingimento da justiça material⁶³.

Nesta perspectiva, uma das principais bandeiras do positivismo jurídico que era a ideia de um sistema normativo “puro” e livre de valores e preocupações éticas foi exatamente a razão de sua derrocada ao final da Segunda Guerra Mundial. Assim, conforme Barroso⁶⁴, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso do juspositivismo abriram caminho para um conjunto de reflexões acerca do Direito, ainda inacabado, quanto a sua função social e sua interpretação/aplicação, chamado pós-positivismo.

2.4. Críticas de Ronald Dworkin ao pensamento juspositivista

Sem qualquer intenção de percorrer com profundidade e extensão merecidas o pensamento de Ronald Dworkin, pretende-se demonstrar, ainda que sucintamente, suas principais ideias no que tange ao papel dos princípios no ordenamento jurídico e suas principais divergências aos positivistas.

As reflexões críticas de Dworkin quanto ao positivismo jurídico, tanto no que tange às ideias de Kelsen como às de Hart, foram de extrema relevância no processo de

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p.326-327.

⁶² MARINONI, Luiz Henrique. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.44.

⁶³ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, p.104/105.

⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p. 327.

compreensão do Direito. O pensamento dworkiano revolucionou a hermenêutica jurídica da época e a adesão a suas ideias se prolonga até os tempos atuais em muitos casos.

De início, já destaca Dworkin que “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”⁶⁵.

Segundo Bonavides, é na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada, sobretudo, por Dworkin, o qual traçou e caracterizou o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios⁶⁶.

Na teoria de Dworkin, os princípios assumem papel de destaque, vinculando a atividade jurisdicional, em especial nos chamados *hard cases* (casos difíceis que envolvem questões judiciais complexas), funcionando os princípios como instrumento de auxílio na decisão judicial⁶⁷.

Segundo Dworkin, o Direito não se exaure em um conjunto de normas e nem pode ser encarado como fruto de uma legalidade estrita, mas como instrumento de realização de valores e expectativas de justiça⁶⁸.

Reconhecendo que a interpretação é uma atividade de natureza subjetiva, enxerga nos princípios um instrumento de auxílio no ato decisório, posto que pelos princípios podem-se revelar os valores gestados ao longo da tradição social e jurídica que poderão fundamentar uma decisão⁶⁹.

A preocupação de coerência do sistema para Dworkin não se resume à lógica intrassistêmica das regras em si, mas depende também da lógica inter-sistêmica (o que as instituições reconhecem como práticas legítimas socialmente), em face da constante recorribilidade à história e à práxis na consecução da justiça⁷⁰.

Outrossim, partindo da ideia de que inexistente hierarquia abstrata entre princípios, a aplicação de princípios em um caso concreto demandará do intérprete o uso do critério do

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 265.

⁶⁷ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**, p. 465-466.

⁶⁸ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**, p. 463-465.

⁶⁹ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**, p. 466.

⁷⁰ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**, p. 466.

balanceamento, buscando identificar em cada caso em específico qual princípio possui mais “peso” para fins de preponderar naquela decisão, sem que os demais princípios não aplicados percam a validade.

Nesse sentido, explica Klaus Günther⁷¹, “[...] direitos em colisão somente poderão ser harmonizados preservando-se a coerência, isto é, ponderando-se os princípios que os representam”.

A racionalidade positivista cede espaço para a razoabilidade do magistrado, o qual deverá, em casos concretos, sopesar qual princípio preponderará naquela decisão específica. As críticas dworkianas ao juspositivismo avesso à presença da Moral no Direito, bem como sua defesa da normatividade dos princípios abriram caminho para novas reflexões acerca do Direito, sendo que muito daquilo que hoje é conhecido como pós-positivismo jurídico se iniciou com as críticas realizadas por Ronald Dworkin.

2.5. O Pós-positivismo jurídico e a retomada da ideia de vinculação entre os sistemas da Moral e do Direito

O positivismo proporcionou um grande avanço ao direito, seja pela organização do ordenamento jurídico pautado na supremacia constitucional, seja pela evolução da ciência jurídica, permitindo seu estudo metodológico. Ademais, ainda no modelo liberal, já era possível encontrar as primeiras declarações de direitos humanos, inerentes a toda pessoa humana, rompendo com a ideia de direitos sectários característicos do modelo anterior⁷².

Entretanto, após as barbáries do regime nazifascista, o qual se aproveitou enormemente da concepção avalorada do Direito para chegar ao poder e cometer atrocidades, sob o álibi de uma legalidade “cega”, exigia-se uma nova roupagem ao Direito, sem abandonar os avanços proporcionados pelo período jusnaturalista e juspositivista.

⁷¹ GUNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: Justificação e Aplicação. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 414.

⁷² MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo, p. 24.

Nesta esteira, segundo Antônio Menezes Cordeiro⁷³:

[...] o juspositivismo detém-se perante a questão complexa mas inevitável das normas injustas. Desde logo, a ideia de “injustiça” duma norma regularmente produzida é de difícil – quíça impossível – representação para as orientações que, do jus positum, tenham uma concepção auto-suficiente: falece uma bitola que viabilize o juízo de “injustiça”. De seguida, falta, ao positivismo, a capacidade para, perante injustiças ou inconveniências graves no Direito vigente, apontar soluções alternativas.

O pós-positivismo jurídico, enquanto proposta de superação dos equívocos tanto do pensamento jusnaturalista metafísico, como do pensamento juspositivista indiferente aos valores, não surge com a intenção de desconstrução das correntes doutrinárias anteriores, mas com o propósito de evolução na compreensão e aplicação do Direito, “guardando deferência relativa ao ordenamento positivado, mas nele introduzindo as ideias de justiça e legitimidade”⁷⁴.

Outrossim, sobre a relação entre Direito e justiça, apenas para ilustrar as transformações experimentadas à época da transição dos ideais juspositivista para os ideais pós-positivista, imprescindível relembrar “os dois momentos” do pensamento de Gustav Radbruch ao longo da história.

Segundo Kaufmann⁷⁵, ao discorrer sobre Radbruch, aduz que “após um século de teoria geral do direito formalista, (Radbruch) foi um dos primeiros a voltar a filosofar sobre os conteúdos do direito”. E conclui, “Radbruch, tantas vezes apelidado de testemunha principal do positivismo, é, na verdade, aquele que o superou”⁷⁶.

Inicialmente, em um “primeiro momento”, a compreensão de Radbruch⁷⁷ sobre a relação entre o Direito e a Justiça era no sentido de que:

⁷³ Introdução na edição portuguesa da obra CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. XXII-XXIII.

⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p. 328.

⁷⁵ KAUFMANN, A.; HASSEMER, W (*org.*). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 44.

⁷⁶ KAUFMANN, A.; HASSEMER, W (*org.*). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**, p. 44.

⁷⁷ RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 227.

[...] somente pode homenagear a justiça se autorizado pelo direito, e deve obediência ao direito onde ele esteja em desacordo com a justiça. A justiça é a finalidade do direito, mas essa finalidade morre tão logo tenha dado vida ao direito, e o direito continua a viver, por mais diferente que seja de seu criador.

Posteriormente, em uma grande virada de rumo, depois de vivenciar as barbaridades do regime totalitarista, Radbruch escreveu, em Cinco Minutos de Filosofia, publicado pela primeira vez na Rhein-Neckarzeitung de 1º de dezembro de 1945 que:

Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. Justiça, porém, significa: julgar sem consideração de pessoas; medir a todos pelo mesmo metro⁷⁸.

Quando as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais das pessoas humanas, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas⁷⁹.

[...] pode haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade e até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados⁸⁰.

Há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes de que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo de que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade⁸¹.

Segundo Robert Alexy⁸², Radbruch era positivista antes dos tempos do nacional-socialismo, sendo que depois de 1945 mudou sua concepção e passou a defender a opinião de que o positivismo jurídico “deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas”⁸³.

Para Alexy⁸⁴ o valor da segurança jurídica deve ser sopesado com o da justiça material, posto que embora seja um valor muito alto, não é o único. A fórmula de Radbruch evidencia uma ponderação que, em princípio, confere prevalência à segurança jurídica,

⁷⁸ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Prof. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1997.p. 416.

⁷⁹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, p. 416.

⁸⁰ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, p. 417.

⁸¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, p. 417.

⁸² ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**, p. 55.

⁸³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, p. 415.

⁸⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**, p. 64.

invertendo essa hierarquia somente em casos extremos, haja vista que a segurança jurídica não é um princípio⁸⁵.

Neste sentido, pode-se apresentar como características/consequências desse novo paradigma pós-positivista de interpretar e aplicar o Direito: o protagonismo judicial, a perda da hegemonia da lei como fonte do Direito, a aplicação direta da constituição como fonte do Direito, a presença de enunciados normativos abertos ou sem consequências jurídicas preestabelecidas, o retorno da influência de questões morais na aplicação do Direito, a necessidade de uma nova interpretação à separação dos poderes, o suposto desrespeito às decisões das majorias por autoridades não democráticas em termos de legitimidade como os integrantes do poder judiciário, falta de segurança jurídica diante das diversas hipóteses de interpretação e aplicação do Direito, entre outras⁸⁶.

No entendimento de Max Möller, o que se propõe, em resumo, é uma alteração do comportamento dos operadores jurídicos frente ao Direito⁸⁷.

Ainda nesta senda, acerca da reaproximação dos sistemas da Moral e do Direito, explica Luis Roberto Barroso⁸⁸:

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. [...] A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. [...] O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*.

Destaca Ana Paula de Barcellos⁸⁹, ao discorrer sobre o pós-positivismo:

[...] os valores compartilhados pela comunidade, em dado momento e lugar, migram da Filosofia para o Direito materializando-se sobretudo em princípios, abrigados na Constituição explícita ou implicitamente. Embora a existência de

⁸⁵ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**, p. 64.

⁸⁶ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo, p. 21.

⁸⁷ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo, p. 21-29.

⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p. 328-329.

⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Anotações preliminares sobre o conteúdo e as funções dos princípios. In: CANOTILHO, J.J Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 97.

princípios no sistema jurídico não seja uma novidade, é certo que essa categoria, há muito conhecida do mundo jurídico, recebeu novo conteúdo e nova função. Acompanhando um Direito em mutação, a própria ideia de norma jurídica teve de se adequar, para incluir os repaginados princípios. O mesmo se pode dizer quanto à própria metodologia do Direito, que se viu obrigada a adaptar a lógica subsuntiva que sempre lhe serviu de fundamento (ou pretexto) para lidar explicitamente com valores e princípios.

Nesta senda, os princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, passam a representar a materialização dos valores de determinada comunidade dentro de seu ordenamento jurídico.

Assim, no contexto filosófico pós-positivista, pode-se afirmar que a Moral volta a vincular o Direito, contudo de forma diversa da que ocorria no contexto do jusnaturalismo. Enquanto para os jusnaturalistas a Moral que importava era a chamada Moral universal, no pós-positivismo fala-se em Moral crítica⁹⁰ ou Moral positivada⁹¹ ou juridicizada⁹².

Portanto, conforme Márcia Noll Barboza⁹³:

[...] admitir a tese da vinculação entre o direito e a moral, com o consectário extremo da não-aplicação de uma norma jurídica, em determinados casos, por exigências morais, pressupõe que tais exigências sejam fundamentáveis, para que não consubstanciem meras escolhas resultantes dos mecanismos de poder e para que a racionalidade do direito não se veja desfigurada.

Conclui-se, na esteira daquilo que já havia sido exposto, que o movimento do pós-positivismo jurídico pautou-se pela busca de correção dos erros do pensamento juspositivista, sem, contudo, enveredar novamente na fundamentação metafísica típica dos jusnaturalistas. Pretendia-se o retorno da vinculação do Direito a questões morais, mas não àquela Moral universal e imutável, mas sim à Moral positivada explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico, seja por meio de regras jurídicas, seja por meio de princípios.

⁹⁰ Usando essa expressão, BARBOZA, Márcia Noll. **O Princípio da Moralidade Administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de Moral crítica, p. 41-63.

⁹¹ Usando essa expressão, MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo, p. 125-129.

⁹² Usando essa expressão, CERNICHIARO, Luiz Vicente. O princípio da moralidade no Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva [coord.]. **O princípio da moralidade no Direito Tributário**, p.39.

⁹³ BARBOZA, Márcia Noll. **O Princípio da Moralidade Administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de Moral crítica, p. 43.

2.5.1. Neoconstitucionalismo

Conforme acima demonstrado, no período que sucedeu a segunda guerra mundial, a corrente de pensamento juspositivista não se sustentava mais. Surgiu a necessidade de uma nova concepção para o Direito, permitindo aproveitar os avanços alcançados pelo juspositivismo (portanto sem desprezá-lo), mas também reviver aspectos positivos do pensamento jusnaturalista.

Verifica-se que o pós-positivismo não afasta a importância da lei, mas parte da hipótese de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais do que isso, que a justiça pode estar além dela (norma), sendo que esta nova interpretação constitucional inicia com o intuito de suprir as demandas de uma sociedade, a qual se torna mais complexa e plural⁹⁴.

Dentro desse novo contexto filosófico, social e cultural, mudanças também ocorreram no âmbito do Direito, notadamente no Direito constitucional.

O neoconstitucionalismo ou novo Direito constitucional identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito constitucional, em meio às quais, destaca Barroso: (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e Ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, resultando em um extenso e profundo processo de constitucionalização do Direito⁹⁵.

Portanto, foi em meio ao pensamento pós-positivista que o novo constitucionalismo ou neoconstitucionalismo adveio, encontrando terreno fértil para se desenvolver.

Importante destacar, antes de aprofundar no estudo sobre esse novo constitucionalismo ou positivismo, que existe discussão doutrinária sobre possíveis

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 35-36.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.76.

distinções semânticas entre os prefixos *pós-* e *neo-*: sendo que o primeiro transmite demasiadamente a ideia de superação *in totum* de um paradigma anterior, quando, na realidade, existiu uma relação de complementariedade crítica entre o “novo” e o “antigo”. Por outro lado, o prefixo *neo-* almejaria suprir essa imprecisão terminológica, ao ressaltar a contribuição original metodológica e filosófica do paradigma anterior às novas sem, no entanto, erguer uma pretensão “holista” de superação integral do positivismo⁹⁶.

Assim, deve-se adotar uma postura prudente quanto à utilização do vocábulo “superação”, pois consoante Albert Calsamiglia, “em um certo sentido, a teoria jurídica atual pode denominar-se pós-positivista porque muitos dos ensinamentos do positivismo foram aceitos e, hoje, todos em um certo sentido somos positivistas”⁹⁷.

As teorias recentemente denominadas neoconstitucionalistas constituem uma reaproximação entre as dimensões descritiva e prescritiva no âmbito da teoria jurídica hodierna. Por um lado, elas objetivam descrever o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico marcado, sobretudo, pelo papel de relevo exercido por uma “constituição inovadora” em um processo de transformação do sistema jurídico que resulta em uma “impregnação” pelas normas constitucionais, capaz de condicionar tanto a legislação infraconstitucional como a jurisprudência, a doutrina, a ação dos atores políticos e o conjunto das relações sociais de uma dada comunidade política⁹⁸.

Outrossim, com o pós-positivismo ocorre o reconhecimento jurídico de valores compartilhados por toda a comunidade, os quais são incorporados ao sistema jurídico por meio das normas, em especial dos princípios, conferindo unidade e condicionando a atividade do intérprete⁹⁹.

Discorrendo sobre o advento do neoconstitucionalismo, Kildare Gonçalves explica que ele se deu dentro de um contexto de idealização de centralidade da Constituição no sistema jurídico, de predominância material das normas constitucionais, de força expressa

⁹⁶ SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.94.

⁹⁷ CALSAMIGLIA, Albert *apud* SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (org.). **Neoconstitucionalismo**, p. 97.

⁹⁸ SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (org.). **Neoconstitucionalismo**, p. 103-104.

⁹⁹ BARROSO, Roberto Luís. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II, p.41.

dos princípios, de ênfase nos direitos humanos fundamentais, em essencial, a dignidade da pessoa humana, em meio a um cenário pós-positivista, em busca de um modelo constitucional-democrático, com mudanças do direito positivo e de todo um instrumental teórico juspositivista da época¹⁰⁰.

Ademais, dentro dessa nova realidade, busca-se não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, conforme outrora, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Carta Magna, à guisa da concretização dos direitos fundamentais¹⁰¹.

Barroso¹⁰² explica que enquanto o marco histórico do novo Direito constitucional na Europa foi o constitucionalismo pós-guerra, especialmente na Alemanha (Lei Fundamental de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional instalado em 1951) e na Itália (Constituição da Itália de 1947 e a instalação da Corte Constitucional de 1956), o marco histórico brasileiro foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela auxiliou a protagonizar.

Em idêntico sentido, para Diogo de Figueiredo¹⁰³ esse novo constitucionalismo encontrou na Lei Básica de Bonn, de 1949, um expressivo modelo pioneiro: impregnado de valores, expressos como princípios constitucionais, declarando os fundamentos e as finalidades das sociedades, balizando a ação do Estado, demarcando o seu legítimo campo de atuação; constitucionalizavam-se, com esses princípios, um conjunto de valores e objetivos básicos (*Grundwert*), prestigiando os direitos fundamentais.

Já houve tempos em que as Constituições eram entendidas como meras proclamações políticas, sendo que na contemporaneidade, conforme ensina Lorenzetti, dentro dessa nova perspectiva pós-positivista, a Constituição passa a ser considerada norma jurídica, desempenhando, por conseguinte, basicamente duas funções: uma como fonte direta, por meio das normas que a integram (regras e princípios, inclusive os implícitos), aplicando-se às relações jurídicas de Direito público e/ou privadas; e outra como fonte

¹⁰⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 222.

¹⁰¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

¹⁰² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (org.). **Neoconstitucionalismo**, p. 52-53.

¹⁰³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 23-24.

indireta, modificando e impondo ao restante do ordenamento jurídico o “projeto de vida em comum que a Constituição” espera e os “valores sociais de vigência efetiva”¹⁰⁴.

Luis Roberto Barroso, nesse mesmo caminho, explica que:

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

Gilmar Ferreira Mendes, ao tratar do neoconstitucionalismo, também exalta o valor normativo supremo da Constituição, caracterizando a superação da supremacia do Parlamento, ou seja, segundo o Ministro da Suprema Corte brasileira, o instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade¹⁰⁵.

A Constituição, portanto, passou a ser compreendida no Direito contemporâneo como um sistema aberto, acessível a valores jurídicos suprapositivos, no qual os ideários de justiça e realização dos direitos fundamentais exercem função primordial, diversamente do modelo jurídico tradicional, o qual fora arquitetado apenas para a interpretação e aplicação de regras¹⁰⁶.

Dentro dessa nova perspectiva constitucional, segundo escólio de Barroso, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete: a norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio; os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir do conhecimento e consideração dos elementos do caso concreto; e o intérprete, que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se coparticipante do processo de criação do Direito¹⁰⁷.

¹⁰⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial** – Fundamento do Direito. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 82-83.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.53.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 343.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**, p. 36.

Neste contexto, percebe-se que a perspectiva pós-positivista e principiológica¹⁰⁸ do Direito influenciou no desenvolvimento de um novo constitucionalismo e de uma nova hermenêutica constitucional, posto que ao lado dos princípios materiais, existe um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional¹⁰⁹.

Segundo Paulo Bonavides, o pós-positivismo corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, sendo que as novas Constituições promulgadas enfatizam a supremacia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual estabelece todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais¹¹⁰.

Neste diapasão, pode-se afirmar que foi no contexto do neoconstitucionalismo que os princípios jurídicos erigiram à categoria de viga mestra da normatividade. O constitucionalismo contemporâneo encontra nos princípios jurídicos os instrumentos necessários à efetivação do projeto traçado pelo texto constitucional. Daí o motivo pelo qual os temas do neoconstitucionalismo e dos princípios jurídicos encontram-se intimamente interligados.

Tanto é assim, que o renomado jurista português Canotilho, versando sobre o tema do novo constitucionalismo pós-positivista, adota a expressão “neoconstitucionalismo principialista”, explicando que seus adeptos elegeram como referenciais teóricos o “rastros dworkiniano e alexyano” (Ronald Dworkin e Robert Alexy)¹¹¹.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, posto que espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins, além de conferir unidade e harmonia ao sistema jurídico, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas¹¹².

Ademais, como característica desse novo momento histórico-jurídico e filosófico, uma nova postura do Poder Judiciário foi sendo gradualmente sedimentada, denominada como ativismo judicial.

¹⁰⁸ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, em *Os métodos do achamento político*, p. 45, In: CANOTILHO, J.J. Gomes [et al], **Comentários à Constituição do Brasil**, “O neoconstitucionalismo é um constitucionalismo de princípios”.

¹⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p. 333.

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 264.

¹¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político, In: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 49.

¹¹² BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II, p.30.

Neste contexto, adverte Daniel Sarmiento¹¹³, “cresceu muito a importância do Poder Judiciário”, sendo que “questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e, sobretudo por cortes constitucionais”.

O grande protagonista no contexto neoconstitucionalista é o juiz, concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, o que expõe, por outro lado, a várias críticas¹¹⁴.

No intuito de melhor compreendê-lo, passa-se ao estudo do fenômeno do ativismo judicial, ainda que não com a profundidade merecida, analisando, ato contínuo, algumas preocupações e resistências.

2.5.2. Ativismo judicial no contexto pós-positivista

O neoconstitucionalismo ou o novo perfil do Direito constitucional no Brasil pode ser encarado como “causa”, mas também como “resultado” de uma nova postura do Poder Judiciário.

Essa “mudança” de postura dos juízes no Brasil após a Constituição de 1988, marco histórico do nascedouro do neoconstitucionalismo pátrio, é facilmente perceptível pelos que participam da vida jurídica. Diferentemente do “passivismo”¹¹⁵ anterior, guiado pelo propósito de respeitar as opções dos demais Poderes (Legislativo e Executivo), passa-se a buscar a adaptação do Direito às novas exigências sociais e às novas pautas axiológicas¹¹⁶.

Durante a égide do positivismo jurídico, a aplicação das leis obedecia a procedimento automatizado denominado subsunção, por meio do qual a preocupação do magistrado se resumia a verificar eventual enquadramento dos fatos ao preceito legal.

¹¹³ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (org.). **Neoconstitucionalismo**, p. 273.

¹¹⁴ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 277.

¹¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p.110.

¹¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos, p.110.

O papel do Poder Judiciário era apenas ser a “boca da lei”, não lhe sendo atribuído envolver em questões políticas e sociais. A ideia de Separação de Poderes era obedecida e inquestionável.

Nesse sentido, explicita Ramos¹¹⁷:

Não se pode perder de vista, ademais, que em uma sociedade empenhada na contenção do poder (em relação aos abusos do absolutismo monárquico) e na abolição dos privilégios feudais, a lei era a solução mais próxima da perfeição, pois, associada às engrenagens institucionais da separação de Poderes, eliminava o arbítrio governamental e assegurava a todos a igualdade de direitos. O Estado de Direito liberal, fundado no primado da lei, além de favorecer à liberdade e à igualdade (formal), propiciava a fruição da segurança jurídica, entendida como o prévio conhecimento do que se pode ou não se pode fazer.

Um marco imprescindível de “libertação” do Poder Judiciário, o qual se apresentava até então “contido”, “tímido”, “escondido atrás da lei” e “despreocupado com as necessidades sociais materiais”, foi o gradual movimento mundial de reconhecimento normativo dos princípios e constitucionalização, bem como o fortalecimento das Cortes Constitucionais em todo o mundo.

O instrumento normativo que simbolizou essa guinada no Direito foi, conforme já apontado anteriormente, a Lei Fundamental alemã, também chamada Lei de Bonn, de 1949, com a consequente criação do Tribunal Constitucional instalado em 1951, sendo que o movimento foi se difundindo pelo mundo no pós-guerra¹¹⁸.

Ocorre que apesar dos aplausos ofertados por parte da doutrina a esse novo comportamento jurisdicional, pautado em um “protagonismo judicial” como meio de concretização de direitos proclamados na Carta Magna, em especial os dotados do status de fundamentais, existem aqueles que visualizam “perigos” e/ou críticas a essa nova postura do Judiciário.

¹¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos, p.68.

¹¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (org.). **Neoconstitucionalismo**, p. 52-53.

Lênio Streck¹¹⁹, ao discorrer sobre o tema, critica o “incentivo” doutrinário ao ativismo judicial no país, atribuindo ao Brasil uma “importação” irrefletida de uma postura jurisdicional adotada na Alemanha após a segunda guerra mundial, aduzindo:

No caso alemão, temos que a jurisprudência dos valores serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da Grundgesetz pelos aliados, em 1949. Com efeito, nos anos que sucederam a consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do Bundesverfassungsgericht para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a inovação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada que possibilitara, em alguma medida, o totalitarismo nazista.

Dentre as principais preocupações daqueles que se colocam receosos quanto ao ativismo judicial destacam-se: o aumento do subjetivismo nas decisões judiciais, a diminuição nas fundamentações das sentenças, a judicialização de questões políticas, a violação ao pluralismo e à democracia, o apequenamento dos demais Poderes (Legislativo e Executivo), o agigantamento do poder jurisdicional, entre outras.

A título exemplificativo, calha colacionar parte do voto proferido em julgamento no Superior Tribunal de Justiça¹²⁰:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. (Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no Ag Reg em REsp nº 279.889/AL, julg. Em 03/04/2001, DJ 11/06/2001, STJ).

As decisões judiciais no contexto pós-positivistas passam a ser fundadas precipuamente em princípios, mediante a utilização da propalada técnica hermenêutica da ponderação, o que muitos magistrados têm confundido com “carta branca” para

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20-21.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**, p. 24-25.

“escolher”¹²¹ qual norma preponderará em cada situação concreta, espalhando na sociedade a sensação de insegurança jurídica.

Dignas de registro as críticas do professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Elival da Silva Ramos¹²², no sentido de que a “princiologização do direito” desponta como a face mais visível do pretensão “pós-positivismo tupiniquim”, abrindo o sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria permitido, deixam de concretizar a Carta Magna para, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolores.

Em idêntico sentido, Dimitri Dimoulis¹²³ aduz que:

A tentativa de principiologizar a interpretação jurídica é utilizada como justificativa para ampliar o poder discricionário do aplicador em detrimento do legislador: Milhares de páginas de erudição jurídica e filosófica sobre os princípios levam sempre à mesma conclusão. Os princípios são vetores dos ideais de justiça, de equidade e de sensibilidade perante o caso concreto em contraposição às regras que são precisas e “frias”. Em razão disso, o aplicador do direito deveria possuir liberdade de atuação, independentemente do conteúdo das normas vigentes, no intuito de realizar a justiça no caso concreto, recorrendo, conforme ‘ponderação’ pessoal, a princípios que exprimem valores.

Streck¹²⁴ lembra que “o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é”.

A Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado democrático de direito. Respeitadas as regras constitucionais e dentro das possibilidades de sentido dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. O reconhecimento de que juízes e tribunais podem atuar criativamente em determinadas

¹²¹ Sobre a diferença entre “Decisão” e “Escolha”, vide STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**, p. 105.

¹²² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos, p. 285.

¹²³ DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 62 *apud* RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos, p. 285-286.

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**, p. 25.

situações não lhes dá autorização para se sobrepor ao legislador, a menos que este tenha incorrido em inconstitucionalidade.¹²⁵

A crítica reside, acentuadamente, no emprego de uma “subjetividade assujeitadora”¹²⁶, transformando o processo hermenêutico do Direito em tomada de decisões a partir de critérios meramente pessoais, isto é, a partir da consciência individual do julgador¹²⁷.

Eros Grau, com o status de um ex-Ministro da Suprema Corte brasileira, preocupado com o que se está a discutir, chega a negar a existência de qualquer espécie de discricionariedade judicial, afirmando que “o juiz, mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, toma decisões vinculado aos princípios gerais de direito; não produz normas livremente”¹²⁸.

Campilongo¹²⁹ também alerta que o mundo contemporâneo não comporta uma visão hierárquica das relações entre legislação e jurisdição, afirmando que:

[...] o juiz deixou de ser, há muito tempo – se é que algum dia foi -, a mecânica boca da lei. Isso gera a ilusão de que, ao afirmar sua autonomia em relação ao sistema político, os tribunais se constituam em novos poderes políticos, livres das limitações que lhe impõem o próprio direito.

O ativismo judicial, portanto, quando não limitado pelo próprio Direito, representa uma disfunção no exercício da atividade jurisdicional, em detrimento das funções legislativa e executiva, posto que ultrapassa linhas democráticas¹³⁰.

Nesse sentido, complementa Campilongo¹³¹:

Quando os papéis se invertem e os juízes se avocam na condição de representantes do povo, ou os políticos pretendem amordaçar o Judiciário e submetê-lo à lógica do consenso popular, criam-se bloqueios que impedem o funcionamento tanto do sistema jurídico quanto do sistema político. O mecanismo pensado para impedir a politização do direito e para proteger a representação das intromissões de um Judiciário que pretende substituir os

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 450-451.

¹²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**, p. 93.

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**, p. 97 e 115.

¹²⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 214.

¹²⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94.

¹³⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**, p. 106-107.

¹³¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**, p.74.

políticos é a Constituição. Cabe à Constituição sensibilizar um sistema em relação ao outro, principalmente, delimitar o território funcional de cada um.

E continua, com brilhantismo¹³²:

A modernidade trouxe as ideias de democracia representativa e de Constituição. A democracia constitucional pressupõe a separação entre os sistemas político e jurídico. Sem essa separação não existe democracia. Isso significa que as decisões políticas – exceção feita à sua constitucionalidade – não podem estar submetidas ao controle judicial. Da mesma forma, as decisões dos tribunais também não podem depender do aplauso das assembleias ou da aceitação das praças. Daí o perigo, para a democracia representativa, da ‘juridificação da política’ ou da ‘politização da justiça’.

A Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado Democrático de Direito, alerta Barroso¹³³. Assim, respeitadas as regras constitucionais, dentro das possibilidades de sentido dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer escolhas que lhe pareçam melhores e que estejam mais consistentes com os anseios da população que o elegeu¹³⁴.

Portanto, concebendo democracia “como a manutenção de uma sempre elevada taxa de complexidade social, de uma sempre elevada taxa de alternativas de escolha”¹³⁵, não se deve admitir que o perfil pós-positivista do Direito contemporâneo, sedento pela consecução da justiça material no caso concreto, seja reduzido a decisionismos subjetivistas aqui e acolá, pautados em ideais meramente moralizantes, contrários ao caráter plural da sociedade atual.

Entende-se perfeitamente conciliável a concepção pós-positivista, o “neoconstitucionalismo principiológico”¹³⁶, a preservação democrática e o “pluralismo”¹³⁷.

¹³² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**, p.78.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 450-451.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 450-451.

¹³⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**, p.109.

¹³⁶ Expressão utilizada por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político, *In*: CANOTILHO, J.J Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 49.

¹³⁷ Segundo LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo Jurídico: insurgência e resignação hermenêutica. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q; LIXA, Ivone M. (org.). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**, p. 133, o tema do pluralismo surgiu no início da segunda metade do século XX, vinculado a estudos relativos aos Estados pós-coloniais nos quais passaram a conviver um ‘Direito estatal oficial’ com formas ‘não oficiais’ e ‘cotidianas’ de solução de conflito.

Segundo Hannah Arendt, a pluralidade humana tem o caráter duplo da igualdade e da diferença: se os homens não fossem iguais, não poderiam se entender entre si, não poderiam entender aqueles que na história os antecederam, nem tampouco, poderiam planejar o futuro e prever as necessidades dos que virão; em contrapartida, se não fossem diferentes, os homens não necessitariam da fala nem da ação para se fazer entender¹³⁸.

Ora, a própria admissão de direitos humanos, como direitos imprescindíveis à vida digna do ser humano independentemente de onde conviva, já evidencia essa “igualdade” concebida por Arendt.

A concepção que se busca adotar para o Direito é de um sistema que recebe valores historicamente construídos pela sociedade, a partir de suas mutações ao longo do tempo, cujos valores são introjetados no ordenamento por meio da positivação (que não se confunde com previsão escrita/expressa) das normas (regras e, principalmente, princípios), sendo que essas normas valorativas permitem a busca pela correção e a aproximação do Direito com a noção de justo para aquele determinado sistema.

O neoconstitucionalismo, com todas as suas características, aqui destacando a concepção da norma constitucional como fonte direta, além de indireta, bem como o reconhecimento de normatividade dos princípios, permite ao julgador que concretize esses valores positivados no seio de uma determinada comunidade.

Contudo, três ressalvas/preocupações devem atentar o intérprete no contexto desse neoconstitucionalismo: a preservação da democracia e o respeito ao pluralismo, assim como à segurança jurídica.

Nesse sentido, deve-se conceber a existência de limites ao neoconstitucionalismo, sendo que, conforme lembrado por Campilongo em linhas atrás, essa limitação é justamente a Constituição.

Trata-se de pensar um neoconstitucionalismo mínimo ou minimalista¹³⁹, plural e democrático, que reconheça a necessidade do debate, da divergência de opiniões, que seja tolerante às diferenças, que seja menos midiático e menos soberbo/pretenso, e, que

¹³⁸ ARENDT, Hannah. *The Human Condition*. Chicago/London: University of Chicago, 1998, p. 175-176 *apud* BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p. 45-46.

¹³⁹ SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (org.). **Neoconstitucionalismo**, p. 128.

respeite os demais Poderes no desempenho de suas atribuições, intervindo quando a Constituição estiver sendo violada.

Essa preocupação não é nova na doutrina. Segundo Garrido¹⁴⁰, Juan Antonio García Amado dedica especial atenção aos riscos da “maximalização do neoconstitucionalismo”, o que acabaria por afetar o pluralismo e a liberdade do legislador.

Em suma, sobre o neoconstitucionalismo pós-positivista, conclui o jurista Alexandre Garrido que ele deve se portar aberto ao pluralismo político, atribuindo ao campo do político a maior extensão possível de autonomia para a tomada de novas decisões inovadoras, alternativas e criativas, estimulando a sua “imaginação institucional”¹⁴¹.

Desse modo, poder-se-ia pensar em uma relação mais harmoniosa entre o pensamento pós-positivista e o novo (neo)constitucionalismo com a democracia e o pluralismo.

2.5.3. A pós-modernidade e as sociedades de risco: algumas preocupações e apontamentos críticos ao novo modelo de constitucionalismo pós-positivista

Inicialmente, insta esclarecer que o tema que se propõe a examinar, ainda que sucintamente, é dotado de elevada controvérsia, inclusive quanto à expressão utilizada: “pós-modernidade”.

Sobretudo a partir de 1960, o termo passou a ser usado para se referir às mudanças na ordem da sociedade pós-industrial, atribuindo-se a Lyotard, em *La condition post-moderne* (1979), a sua introdução no meio filosófico¹⁴².

O verbete “pós-modernidade” repassa a ideia de superação do tempo moderno (Idade Moderna), o que não deve ser aceito como verdade. O melhor entendimento é aquele por meio do qual se reconhece as transformações do tempo contemporâneo em todas as

¹⁴⁰ SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (org.). **Neoconstitucionalismo**, p. 125.

¹⁴¹ SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (org.). **Neoconstitucionalismo**, p. 128.

¹⁴² ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, p. 911.

searas (científica, social, econômica, política, jurídica, filosófica, entre outras), constata que de fato se vive uma era de transição, mas não é radical o bastante para descartar os paradigmas modernos que ainda persistem, mesmo que em processo evidente de crise/enfrentamento/contestação.

Nesse diapasão, as reflexões de Bittar e Almeida¹⁴³:

Não se pode furtar de dizer que a sensação de crise da razão (Horkheimer), de crise da modernidade (Escola de Frankfurt), de exploração consumista (Marcuse), de perda da autonomia (Adorno), de falência da participação da filosofia na construção dos valores sociais (Ortega e Gasset) encontram ecos muito anteriores ao período daquilo que se chama de pós-modernidade. [...] Como todo processo histórico, nenhuma ruptura se faz do dia para a noite, nenhuma transformação se dá de um instante para outro, nenhuma desconstituição de paradigmas se faz sem maiores comprometimentos das estruturas envolvidas. Assim, a modernidade parece se diluir na pós-modernidade, enquanto esta traga os restos sobreviventes do espírito da modernidade.

Os ideais pós-modernos defendidos pelos críticos da modernidade poderiam ser aglutinados, para fins unicamente didáticos, segundo Abbagnano¹⁴⁴, como: a) desconfiança dos “macrossaberes conglobadores e legitimadores”; b) enfraquecimento da racionalidade, diante da desconfiança nos supostos fundamentos últimos e imutáveis; c) rejeição à ênfase no ‘novo’; d) renúncia à concepção da história como um processo universal rumo à ‘emancipação’ e ao ‘progresso’ da humanidade; e) passagem do paradigma da unidade ao da multiplicidade; f) adesão à ética do pluralismo e da tolerância diante de uma sociedade concebida como complexa.

Digno de registro, ainda, as palavras de Zygmunt Bauman sobre a “nova” modernidade, por ele intitulada como “modernidade líquida”¹⁴⁵:

Duas características, no entanto, fazem nossa situação – nossa forma de modernidade – nova e diferente. A primeira é o colapso gradual e o rápido declínio da antiga ilusão moderna: da crença de que há um fim do caminho em que andamos, um *telos* alcançável de mudança histórica, um Estado de perfeição a ser alcançado amanhã, no próximo ano ou no próximo milênio [...]; A segunda mudança é a desregulamentação e a privatização das tarefas e deveres modernizantes.

¹⁴³ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**, p. 637-639.

¹⁴⁴ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, p. 910-911.

¹⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 37-38.

Portanto, certo é que se vive um tempo de mudanças e de visíveis transformações nos mais diversos campos da sociedade. A sensação é, sem dúvida, de transição!

Contudo, o momento exato em que esse processo de mudanças se iniciou também é ainda bastante controvertido entre os estudiosos, alguns apontando para o período após a segunda guerra mundial, outros já identificam com a formação da ONU, sendo que a maior parte associa a crise da modernidade a maio de 1968, ocasião em que os movimentos sociais se emergiram, assim como as forças femininas e as contestações juvenis¹⁴⁶.

Conclui-se que o sentido empregado para a expressão “pós-modernidade” no presente trabalho assume essa roupagem acima aduzida, ou seja, um período de transformação da sociedade, em termos globais, no qual os paradigmas modernos até então reinantes começam a ser contestados, desacreditados ou simplesmente ignorados, emergindo novos padrões de comportamento social, econômico, político, etc.

Quanto ao conceito de sociedade de risco, que aqui também será utilizado, é fruto do brilhante trabalho desenvolvido por Ulrich Beck, podendo ser considerado como a sociedade contemporânea, formada por “testemunhas oculares – sujeitos e objetos – de uma ruptura no interior da modernidade, a qual se destaca dos contornos da sociedade industrial clássica e assume a nova forma”¹⁴⁷, por ele definida como “sociedade (industrial) de risco”¹⁴⁸, permeada de riscos, medos¹⁴⁹, inseguranças, desconfianças e indiferenças.

As mudanças experimentadas nos últimos anos pelo mundo e pela sociedade, fruto principalmente da globalização¹⁵⁰, vem produzindo mudanças em todas as instituições, da família ao Estado. A velocidade do mundo se alterou bastante, assim como os valores sociais encontram-se em plena transformação. Enfim, o tempo é de mudanças.

As consequências e os perigos que virão dessas mudanças ainda são em grande parte desconhecidos. O mundo e as pessoas vêm experimentando um período de instabilidades, mudanças, incertezas, inseguranças e redefinições. A globalização tornou-se

¹⁴⁶ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**, p. 638-639.

¹⁴⁷ BECK, Ulrich. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, p. 12.

¹⁴⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**, p. 12.

¹⁴⁹ Sobre medos no contexto da modernidade líquida, vide BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

¹⁵⁰ Segundo Eros Grau, “o fenômeno da globalização não é novo”, podendo-se situar o seu momento inicial já no século XV, caso não queira remontar ao descobrimento da Rota da Seda, quando, desde aí, e após a tomada de Constantinopla pelos turcos em 1453, ela já se apresenta, conforme GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 270.

uma realidade, o que proporcionou reflexos nos mais diversos campos, desde a universalização da informação, passando pelo incremento do medo das pessoas e atingindo a soberania dos Estados.

Vive-se a era do desenvolvimento científico, industrial e econômico, do aumento da pobreza, do enfraquecimento das barreiras dos Estados, do intercâmbio da informação, da desesperança nos governantes, dos individualismos violentando gradualmente os sentimentos coletivos, do medo e dos riscos difundidos.

Discorrendo sobre a pós-modernidade, digna de registro, a exposição de Bauman¹⁵¹:

O que se chegou a associar-se com a noção pós-moderna da moralidade é muitíssimas vezes a celebração da ‘morte do ético’, da substituição da ética pela estética, e da ‘emancipação última’ que segue. [...]. Em nossos tempos, deslegitimou-se a ideia de autossacrifício; as pessoas não são estimuladas ou desejosas de se lançar na busca de ideais morais e cultivar valores morais; os políticos depuseram as utopias; e os idealistas de ontem tornaram-se pragmáticos. [...]. A nossa era é era de individualismo não adulterado e de busca de boa vida, limitada só pela exigência de tolerância (quando casada com individualismo autocelebrativo e livre de escrúpulos, a tolerância só se pode expressar como indiferença).

Na mesma linha, em apertada síntese, Edgar Morin¹⁵² já ressaltava:

Cada vez mais existem demandas de ética, até mesmo de uma ‘nova ética’, em diversas esferas das nossas sociedades. Elas traduzem um sentimento ambiente de asfixia ética. A sociedade sente-se privada de ética por estar doente de civismo. A regeneração da ética é, portanto, inseparável de uma regeneração do civismo, que é inseparável de uma regeneração democrática.

O eminente jurista Luis Roberto Barroso¹⁵³ sintetiza em quatro planos as principais mudanças experimentadas no contexto da chamada pós-modernidade.

Inicialmente, no que tange ao plano internacional, a decadência do conceito tradicional de soberania; fronteiras cedendo às formações dos blocos políticos e econômicos, ao movimento de pessoas e mercadorias e até à circulação de capitais¹⁵⁴.

No plano econômico e social, verificam-se de um lado os avanços vertiginosos da ciência e tecnologia, a expansão do domínio da informação e da rede mundial de computadores, além dos questionamentos éticos da engenharia genética; de outro lado, o

¹⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Trad. João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 2011, p. 6-7.

¹⁵² MORIN, Edgar. **O método 6 - Ética**. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 150.

¹⁵³ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p. 306-307.

¹⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p. 306-307.

gradual desemprego, subemprego e a informalidade, frutos da elevação das exigências de escolaridade, especialização e produtividade¹⁵⁵.

Quanto ao plano político, percebe-se a gradual desconstrução do Estado tradicional, fruto do insucesso das diferentes formas de governo ao longo do mundo; aumento da participação do capital privado no setor público; o Estado passa a ser visto como “guardião do lucro e da competitividade”¹⁵⁶.

Por fim, no plano jurídico, o gradual desprestígio da lei, a desconstitucionalização, delegificação e desregulamentação; já no campo do Direito privado, o surgimento de diversos microssistemas; no plano das relações comerciais revivem-se as *Lex mercatoria*; o paradigma jurídico passa a ser o caso concreto, voltado a encontrar a melhor e singular decisão para o caso concreto¹⁵⁷.

A sociedade, o mercado e os próprios integrantes das instituições públicas não acreditam mais no Direito como instrumento de pacificação e de solução de conflitos. O descrédito do (e no papel do) Direito é fato.

A título meramente exemplificativo disso, poderiam ser citadas inúmeras situações, como: o aumento exponencial da corrupção e da criminalidade; a hipertrofia legislativa, enquanto instrumento meramente simbólico, muitas vezes desprovido de regulamentação e sem efetiva fiscalização, fazendo com que a lei seja compreendida como “letra morta”; o caos do serviço público, em todas as esferas, inclusive no que tange à celeridade das decisões; entre outras.

Campilongo¹⁵⁸, sensível ao presente contexto, apresenta algumas transformações que vêm sendo experimentadas no Direito contemporâneo:

- a) rompimento do monismo jurídico e esvaziamento do monopólio estatal da produção normativa; b) deslegalização e desregulamentação de direitos, serviços públicos e atividades privadas; c) delegação do Estado para a sociedade civil da capacidade decisória sobre temas específicos; d) surgimento do Estado paralelo; e) desterritorialização das práticas jurídicas; f) reconhecimento de novas arenas jurídicas e de novos sujeitos de direito; g) nova concepção de cidadania.

¹⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p. 306-307.

¹⁵⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p. 306-307.

¹⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p. 306-307.

¹⁵⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**, p.58-59.

Assim, pode-se afirmar que desde as últimas décadas do século XX vive-se “um profundo mal-estar na cultura jurídica”, uma vez que “o saber jurídico moderno, até então uma sólida ciência que sustentava a racionalidade e autonomia do Direito, viu-se esgotado”¹⁵⁹.

O monismo¹⁶⁰ dá lugar ao pluralismo, inclusive jurídico. Passa-se a reconhecer diversas ordens jurídicas regulamentando as práticas sociais, deixando o Estado de deter o monopólio de produção de normas, deixando o Direito de se resumir apenas ao estatal, envolvendo “também um direito vivo, que surge no seio da própria sociedade, apresentando, às vezes, maior legitimidade do que os atos normativos emanados das instituições públicas”¹⁶¹.

No contexto das sociedades plurais e “desencantadas” que existem no mundo contemporâneo, inexistente o consenso axiológico em torno das questões difíceis que o Direito é chamado a resolver¹⁶².

Daniel Sarmento ilustra muito bem a disputa teórica e filosófica existente na contemporaneidade entre ideais neoconstitucionalistas e pós-modernos aplicados aos Direito. Enquanto os pós-modernos criticam as ‘metanarrativas’, buscando desconstruir as elaborações abstratas sobre as quais se fundou o Direito no tempo moderno – direitos humanos, liberdade, igualdade etc. – os neoconstitucionalistas insistem no aprofundamento do projeto político da modernidade, de emancipação pelo uso da razão, através dos instrumentos do direito constitucional, sobretudo os direitos fundamentais¹⁶³.

¹⁵⁹ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo Jurídico: insurgência e resignação hermenêutica. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q; LIXA, Ivone M. (org.). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**, p. 131.

¹⁶⁰ “O monismo jurídico é a concepção, consolidada ao longo da modernidade, segundo a qual o Estado é o centro único do poder e o detentor do monopólio de produção das normas jurídicas. [...] Nesse contexto, a lei vale pelo simples fato de ser a lei, de modo que sua legitimidade advém da mera observância dos procedimentos previamente estabelecidos, isto é, das normas que regulamentam o processo legislativo”, conforme CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q; LIXA, Ivone M. (org.). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**, p. 14.

¹⁶¹ CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q; LIXA, Ivone M. (org.). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**, p. 16.

¹⁶² SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: ricos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 276-277.

¹⁶³ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: ricos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 278.

Constata-se, portanto, que a “idolatria” ao pós-positivismo jurídico e às suas conseqüentes mudanças provocadas no Direito e em seus personagens (exemplos são o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial), no atual contexto pós-moderno, começa a se “diluir” na descrença da sociedade.

Como acima já apresentado, o pluralismo afasta a ideia de identidade axiológica em uma determinada sociedade, sendo que seus próprios membros passam a construir suas autorregulamentações. Ademais, a “sociedade de riscos”, cada dia mais “temerosa”, anseia por maior segurança e maior determinabilidade do Direito.

Nesse contexto de crise do próprio Direito que se pretende desenvolver o presente trabalho, investigando a melhor forma de aproximar a Justiça do Direito, contudo respeitando-se o pluralismo e o anseio por mais segurança jurídica.

3. PRINCIPIOLOGIA

Conforme já introduzido em linhas anteriores, reconhece-se no presente estudo a enorme importância da reaproximação do Direito com a Moral, o que se realiza concretamente especialmente por meio dos princípios jurídicos, os quais possuem em seu conteúdo valores que são construídos e modificados permanentemente nas respectivas sociedades.

Entretanto, sabe-se também que um ordenamento jurídico não se constrói (e se mantém) apenas com princípios. As regras também desempenham um relevante papel no sistema jurídico, principalmente por conferir maior segurança e determinabilidade ao Direito.

Portanto, no presente capítulo estudar-se-á a doutrina ou teoria dos princípios, até mesmo em razão da natureza jurídica do instituto que integra o título do trabalho, contudo sob uma ótica crítica, que buscará, ao final, demonstrar a imprescindibilidade de adoção de método e parâmetros hermenêuticos no ato de interpretar e aplicar princípios.

3.1. Apontamentos introdutórios

Segundo Silvério Carvalho Nunes¹⁶⁴, principiologia jurídica é a doutrina dos princípios jurídicos, por meio da qual esses se apresentam em duas categorias: princípios naturais, ontognosiológico ou universais, e princípios institucionais derivados ou legislados; sendo os princípios naturais os que se aplicam a todas as ciências, físicas e humanas, enquanto os institucionais derivados aqueles que o legislador editou, mas que não possuem natureza universal ou de permanência.

¹⁶⁴ NUNES, Silvério Carvalho. **Legalidade Justa e Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Decálogo, 2005, p. 41.

O surgimento dos princípios universais está no modo de produção econômica e na razão ética do ser humano que vive em sociedade, no seu poder de criar e na experiência coletiva e sofredora das minorias dominadas, por isso ter-se construído ao longo do tempo¹⁶⁵. Originaram-se de forma embrionária, de modo que a vida social reclamava por uma organização melhor; era o advento dos princípios jurídicos, enquanto não atingissem sua condição de unidade ontológica universal¹⁶⁶.

Adverte Nunes que “cada princípio, em forma de costume, foi surgindo, depurando-se e ajuntando-se por meio de uma operação criadora, animada pelo motor da evolução”¹⁶⁷.

Nesse sentido, o início do aparecimento dos princípios é assinalado pela dispersão, tendo se originado em vários lugares, não existindo registro de local certo, autor e data, somente fases longas da história cultural da humanidade que indiciam algo sobre a origem e a evolução dos princípios¹⁶⁸.

Princípio advém do grego *ápxn* e transmite a noção de começo, configurando “ponto de partida” e “fundamento” de uma manifestação qualquer, sendo que os dois significados, “ponto de partida” e “fundamento”, encontram-se indissociáveis do significado do vocábulo princípio¹⁶⁹.

Assim, explica¹⁷⁰:

Princípio jurídico designa a estrutura inicial e causa de um sistema normativo, dotado de eficácia plena, apoiado numa ideia mestra diretiva, de que decorrem todas as outras ideias, regras e demais atos normativos que a ele se ligam, a ele retornam ou a ele se subordinam.

Luis-Diez Picazo, lembrado por Bonavides¹⁷¹, afirma que a noção de princípio parte da linguagem da geometria “onde designa as verdades primeiras”, ou seja, são “princípios porque estão ao princípio”, são “as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*”.

¹⁶⁵ NUNES, Silvério Carvalho. **Legalidade Justa e Moralidade Administrativa**, p. 46-47.

¹⁶⁶ NUNES, Silvério Carvalho. **Legalidade Justa e Moralidade Administrativa**, p. 46-47.

¹⁶⁷ NUNES, Silvério Carvalho. **Legalidade Justa e Moralidade Administrativa**, p. 49.

¹⁶⁸ NUNES, Silvério Carvalho. **Legalidade Justa e Moralidade Administrativa**, p.47.

¹⁶⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, p. 928.

¹⁷⁰ NUNES, Silvério Carvalho. **Legalidade Justa e Moralidade Administrativa**, p. 124.

¹⁷¹ PICAZO, Luís-Diez *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 255-256.

O termo princípio foi introduzido em Filosofia por Anaximandro, ao qual Platão recorria com assiduidade, no intuito de expressar a causa de ser do movimento ou de fundamento da demonstração, tendo sido Aristóteles o precursor na enumeração dos seus significados¹⁷².

A existência de princípios e seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico não são propriamente novidades, vez que há muito os princípios entremeiam o Direito, direta ou indiretamente, sendo que o ineditismo (a boa nova) está, em verdade, no reconhecimento de sua normatividade¹⁷³.

Nessa linha de raciocínio, recorda Ana Paula de Barcellos¹⁷⁴ que:

Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de respeito ao próximo; da filosofia grega origina-se o princípio da não contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: “Nada pode ser e não ser simultaneamente”, preceito que embasa a ideia de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano, assim foram sintetizados os princípios básicos do Direito: “Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu”.

Ainda sobre a possível origem dos princípios, destaca Nunes¹⁷⁵:

O primeiro Código escrito apareceu por volta de meados do século V a.C., consubstanciado na Lei das Doze Tábuas. Muitos dispositivos daquela época não guardam nada de universal, porque representam apenas princípios legislados, sem a natureza de fundamentalidade que ultrapassa o próprio ordenamento. [...] Havia as denominadas “leis reais” do Direito Romano, geradas pelos costumes decorrentes das relações das pessoas entre si. Não foram editadas por nenhum legislador ou por assembleia de juristas, mas correspondiam às crenças religiosas dos antigos povoadores da cidade. Durante muito tempo os sacerdotes guardaram as regras dos processos judiciais. Em *Antígona*, de Sófocles, existe passagem, mostrando que a ideia de princípios universais remonta a um passado histórico desconhecido da humanidade¹⁷⁶.

A Corte Constitucional italiana, numa de suas primeiras sentenças, no ano de 1956, considerou como princípios as orientações e diretivas de caráter geral e fundamental que se

¹⁷² ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, p. 928.

¹⁷³ BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e a função dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 97.

¹⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e a função dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 97.

¹⁷⁵ NUNES, Silvério Carvalho. **Legalidade Justa e Moralidade Administrativa**, p. 45-46. (Uni os dois)

¹⁷⁶ NUNES, Silvério Carvalho. **Legalidade Justa e Moralidade Administrativa**, p. 45-46.

possam inferir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas que concorrem para a formação do ordenamento jurídico¹⁷⁷.

A busca de se definir princípios jurídicos não é tarefa fácil, seja pela multiplicidade de significações empregadas ao termo pela doutrina, seja pela mutação de sua natureza jurídica ao longo do tempo; se atualmente é quase que pacificamente aceito seu caráter normativo, em tempos não muito distantes os princípios não passavam ferramentas argumentativas ou, eventualmente, para suprir lacunas, conforme será melhor detalhado no próximo tópico.

Assim, importante verificar elementos coincidentes em diversas definições do instituto dos princípios jurídicos para que ao final se possa, quiçá, chegar a uma noção própria.

O jurista Crisafulli, citado por Bonavides, entende por princípio “toda norma jurídica considerada como determinante de outra ou outras que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares”¹⁷⁸.

Conforme lições de José Afonso da Silva¹⁷⁹:

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas como disseram os mesmos autores, os princípios que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.

Para o constitucionalista Paulo Bonavides¹⁸⁰:

Em verdade, os princípios são o oxigênio das constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.

Já para Ricardo Luis Lorenzetti, “os princípios são normas que constituem mandados para a realização de um valor no seu nível ótimo”¹⁸¹; completa, ainda, que

¹⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 256-257.

¹⁷⁸ CRISAFULLI *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 257.

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 92.

¹⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 288.

representam enunciados normativos extensos que possibilitam resolver um conflito, sendo inclusive capazes de nortear comportamentos¹⁸².

Ademais, nos termos de Clemente, também referido por Bonavides, “princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo”¹⁸³.

Além disso, de acordo com a célebre definição de Robert Alexy, os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ou ainda, são “mandamentos de otimização”¹⁸⁴.

Na busca de definir princípios jurídicos, Max Möller¹⁸⁵ os considera como:

[...] normas jurídicas de forte caráter axiológico, que ocupam posição fundamental nos sistemas e subsistemas como razões de justificação própria e de outras normas. Possuem geralmente estrutura diferenciada que não impõe uma solução única, mas no sentido da proteção de determinados bens, interagindo com outras normas contrárias através de processo de ponderação.

Virgílio Afonso da Silva, ao discorrer sobre o tema, explica que o traço característico dos princípios é que são normas que garantem direitos ou que impõem deveres *prima facie*, ou seja, existe uma diferença entre aquilo que é protegido ou imposto *prima facie* e aquilo que é garantido ou imposto definitivamente, o que significa que, ao contrário das regras, os princípios podem ser realizados em diferentes graus, mediante o sopesamento¹⁸⁶.

Segundo Ana Paula de Barcellos¹⁸⁷, os “princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes”.

¹⁸¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de Direito, 125.

¹⁸² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de Direito, 124-125.

¹⁸³ CLEMENTE *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 256.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

¹⁸⁵ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo p. 242.

¹⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45-46.

¹⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.182.

Para Humberto Ávila¹⁸⁸ “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

Em síntese, podem ser consideradas como principais características dos princípios jurídicos: a normatividade, a elevada densidade axiológica, a vagueza e abertura de seu conteúdo (que não são absolutas), a generalidade em seu antecedente, a parcialidade de seus enunciados, a forte interatividade com outras normas e a interpretação/aplicação geralmente por meio da técnica da ponderação.

3.2. Histórico acerca da normatividade dos princípios jurídicos

O correto estudo acerca da juridicidade dos princípios, na linha dos ensinamentos de Bonavides¹⁸⁹, passa por três etapas ou períodos históricos, quais sejam: jusnaturalismo, juspositivismo e pós-positivista.

No período jusnaturalista, os princípios apresentavam aspecto completamente abstrato, sendo que sua normatividade mostrava-se basicamente nula e duvidosa, possuindo dimensão de caráter ético-valorativo como inspiradores dos postulados de justiça¹⁹⁰. A fase jusnaturalistas dominou a dogmática dos princípios por um longo interregno temporal, perdurando até o advento da Escola Histórica do Direito¹⁹¹.

O surgimento da Escola Histórica do Direito e as codificações anteciparam o declínio do Direito Natural clássico, estimulando, no entanto, concomitantemente, desde o século XIX até a primeira metade do século XX, a ampliação da segunda fase da juridicidade dos princípios, o juspositivismo, ingressando os princípios nos Códigos como fonte normativa de status subsidiário e nas Constituições como normas programáticas¹⁹².

Com o pós-positivismo, já na terceira fase da juridicidade, os princípios passaram a ser tratados como Direito, assumindo plena normatividade, assim como as regras. Neste

¹⁸⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 78-79.

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 259.

¹⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 259.

¹⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 259.

¹⁹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 262-263.

sentido, é no contexto pós-positivista que a doutrina do Direito Natural e a do positivismo ortodoxo entram em declínio, sendo vítimas de rigorosas críticas, advindas principalmente de Dworkin¹⁹³.

Ocorre que, anteriormente a Dworkin, Boulanger já diferenciava regras e princípios¹⁹⁴. Conforme assevera Esser, lembrado por Bonavides¹⁹⁵, foi Boulanger o precursor no estudo analítico e classificatório sobre tipos e variedades de princípios jurídicos, embora alheio à discussão quanto à “formação e função” que eles têm no “processo judicial”.

Segundo Boulanger¹⁹⁶ “chamam-se princípios, dizem os filósofos, o conjunto de proposições diretivas às quais todo o desenvolvimento ulterior se subordina”. E ainda acrescenta Boulanger¹⁹⁷, no sentido de que: “É o que se verifica tanto no direito como na Filosofia: existem no Direito proposições às quais séries de soluções positivas se subordinam. Essas proposições devem ser consideradas como princípios”.

Grabitz, também citado por Paulo Bonavides¹⁹⁸, já admitindo a normatividade, afirmou que o princípio “deixa de ser, assim, tão somente *ratio legis* para se converter em *lex*, e como tal, faz parte constitutiva das normas jurídicas, passando, desse modo, a pertencer ao Direito Positivo”.

Para Larenz¹⁹⁹, os princípios se dividiriam de acordo com a fase de sua elaboração, quais sejam: “a dos que assumem o caráter de ideias jurídicas norteadoras, postulando concretização na lei e na jurisprudência”, por ele chamados de “princípios abertos”, e a dos que “não sendo apenas *ratio legis*, mas também *lex*, se cristalizam como normas, também denominados como “princípios normativos”.

Calha aduzir a significativa contribuição de Crisafulli na caminhada doutrinária para o reconhecimento da normatividade dos princípios, ao afirmar que um princípio, seja ele expresso numa formulação legislativa, ou ao contrário, implícito ou latente num

¹⁹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 264-265.

¹⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 266.

¹⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 266-267.

¹⁹⁶ BOULANGER *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 267.

¹⁹⁷ BOULANGER *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 268.

¹⁹⁸ GRABITZ *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 272.

¹⁹⁹ LARENZ *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 272.

ordenamento, constitui norma aplicável como regra de determinados comportamentos públicos ou privados²⁰⁰.

Um passo fundamental nessa trajetória em estudo deu-se com a intervenção contributiva de juristas do porte de Friedrich Muller na Alemanha e Ronald Dworkin nos Estados Unidos e na Inglaterra, ambos pertencentes à faixa histórica do pós-positivismo²⁰¹. Ademais, importantíssimas as ideias desenvolvidas por Robert Alexy, as quais podem ser consideradas como continuidade e aperfeiçoamento das teorias e ensinamentos de Ronald Dworkin²⁰².

Neste contexto, deixou-se de lado a discussão que envolvia princípio e norma, haja vista que a norma foi conceitualmente exaltada à categoria de gênero, não mais figurando como espécie, passando a ter a norma, os princípios e as regras como espécies. Mais do que isso, com o advento do Estado de Direito e das teorias contemporâneas acerca dos princípios, estes foram do tratamento jusprivatista dos Códigos ao tratamento juspublicístico nas Constituições, passando a assumir papel de destaque nos ordenamentos jurídicos²⁰³.

Os princípios, assim, lograram o caráter de norma jurídica, sobrepondo a crença de que teriam uma dimensão meramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata, passando a ser identificados como disposições fundamentais que serviam, simultaneamente, como fonte de unidade do ordenamento e critério para o adequado entendimento da norma jurídica²⁰⁴.

No chamado novo constitucionalismo ou neoconstitucionalismo²⁰⁵, os princípios jurídicos passam a assumir papel de relevante destaque. As Constituições democráticas ao longo do mundo passam a possuir extenso rol de princípios positivados, sendo que com a aplicabilidade do texto constitucional como fonte direta, além de indireta, passam a ser, cada vez mais, usados os princípios como fundamentação de decisões judiciais, em especial na solução de casos complexos.

²⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 273.

²⁰¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 276.

²⁰² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 281.

²⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 288-289.

²⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e a função dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 97-98.

²⁰⁵ Sobre o tema vide capítulo anterior do presente trabalho.

Conforme Bonavides, “ocupam doravante, no Direito Positivo contemporâneo, um espaço tão vasto que já se admite até falar, como temos reiteradamente assinalado, em Estado ‘principal’, nova fase caracterizadora das transformações por que passa o Estado de Direito”²⁰⁶.

Por fim, arremata Paulo Bonavides²⁰⁷, à guisa de conclusão, apresentando os resultados consolidados da trajetória histórica do instituto dos princípios jurídicos em busca de normatividade: a passagem dos princípios da perspectiva metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito; transição da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; o reconhecimento de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; a admissão definitiva de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; e a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma.

Enfim, se atualmente parece normal pensar em princípios jurídicos como normas, percebe-se que nem sempre foi assim. O inicial reconhecimento da normatividade, assim como o posterior e constante processo de constitucionalização de princípios permitiu a essa espécie normativa ganhar destaque no ordenamento jurídico. Se a luta um dia foi pelo reconhecimento pleno de sua força normativa, contemporaneamente a questão que demanda a atenção dos juristas é outra: qual a melhor forma de se interpretar e aplicar princípios respeitando as noções de democracia e pluralismo.

A resposta a essa intrigante questão que assola os estudiosos do Direito atualmente passa por compreender, previamente, as principais diferenças entre as espécies normativas. Portanto, essa é a nossa próxima empreitada.

3.3. Distinções entre princípios, regras e postulados normativos

Inicialmente, importa destacar que não se pretende esgotar neste ponto todos os trabalhos que propuseram distinções entre as espécies normativas, mas apenas apresentar as

²⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 293.

²⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 294.

principais linhas das concepções tradicionais (que limitam as espécies normativas às regras e princípios) sobre o tema, bem como de novas propostas que visam à superação da referida dicotomia entre regras e princípios.

Nesse sentido, para Karl Larenz²⁰⁸ os princípios jurídicos são “pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à ideia do Direito, que todavia não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis”. Assim, para o professor da Universidade de Munique, os princípios não seriam imediatamente aplicáveis, carecendo de concretização²⁰⁹.

Entretanto, Larenz²¹⁰ reconhece importância aos princípios jurídicos, não apenas por fornecerem uma espécie de direcionamento quanto aos valores relevantes ao Direito, mas também por apresentarem “fundamentos justificativos” das regras.

Canaris, ao trabalhar a ideia de sistema como “uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito”²¹¹, reconhece importância aos princípios como ferramenta aglutinadora das normas e que confere unidade ao sistema²¹².

Entretanto, apesar de Canaris admitir que “o princípio já está num grau de concretização maior do que o valor”²¹³, entende que “os princípios necessitam, para sua realização, da concretização”, não reconhecendo neles o status de normas e, por isso, seriam incapazes de aplicação imediata²¹⁴.

A seu turno, Ronald Dworkin²¹⁵ dedicou-se à distinção entre as regras e princípios, aduzindo que “a diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica”, pois “distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem”.

As regras, conforme suas lições, seriam aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, ou seja, dados os fatos que uma regra prevê, então ou a regra é válida e a resposta por ela

²⁰⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 316.

²⁰⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 316.

²¹⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 316.

²¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, p. 77-78.

²¹² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, p. 81.

²¹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, p. 86.

²¹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, p. 96-97.

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 39.

ofertada deve ser aceita, ou não é válida, situação em que nada contribuirá para a decisão. Assim, conclui Dworkin²¹⁶ no sentido de que se existe conflito entre duas regras, uma delas não será válida.

Diferentemente, no que tange aos princípios, não se pode afirmar que presentes os fatos ou condições concebidos nos princípios eles deverão, necessariamente e automaticamente, produzir as consequências jurídicas previstas²¹⁷.

Ademais, outra distinção apresentada por ele²¹⁸ se refere ao fato de que os princípios apresentam uma “dimensão de peso ou importância”, diferentemente das regras que não a possuem, sendo que para a solução de eventual colisão entre princípios deverá ser levado em conta “a força relativa de cada um”.

Robert Alexy²¹⁹ também utiliza um critério qualitativo ou lógico de distinção entre regras e princípios, entendendo que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; são, portanto, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

As possibilidades jurídicas de realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos, o que implica no fato de que os princípios são suscetíveis e carentes de ponderação, sendo essa (ponderação) a forma característica da aplicação dos princípios²²⁰.

Quanto às regras, Alexy²²¹ explica que são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Portanto, se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Regras contêm, assim, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Ademais, as regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 43.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 39-40.

²¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 42.

²¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 90.

²²⁰ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**, p. 85.

²²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 91.

pressupostos, ordenam, autorizam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, sendo que sua forma de aplicação é a subsunção²²².

Verifica-se, portanto, que tanto Dworkin como Alexy (ambos reconhecem normatividade aos princípios) adotam critérios claros de diferenciação entre as regras e princípios, utilizando métodos definidos de interpretação/aplicação e de solução de conflitos, a variar de acordo com a espécie normativa²²³.

Caso a situação envolva regras, utiliza-se o método subsuntivo de interpretação/aplicação do Direito e a dimensão da validade quanto ao conflito normativo; por outro lado, se a questão envolver princípios, o método interpretativo será o ponderativo e a solução da colisão será resolvida com base na dimensão do peso de cada princípio²²⁴.

Ocorre que apesar de Dworkin e Alexy adotarem distinções de natureza qualitativa (distinção forte) no que tange às regras e princípios, existem aqueles que apostam em critérios distintivos quantitativos ou de grau (distinção fraca), alinhando-se essa última concepção com os adeptos de uma abordagem positivista do Direito²²⁵.

Segundo os adeptos de uma distinção fraca, os princípios e as regras teriam as mesmas propriedades, embora em graus diferentes, sendo os princípios mais indeterminados e as regras menos²²⁶.

Nessa linha de distinção fraca entre os princípios e regras, destaca-se o pensamento de Guastini²²⁷, para quem os princípios servem de fundamentação a outras normas, possuindo formulações vagas, o que, segundo ele, não é peculiar aos princípios, uma vez que as regras também possuiriam ‘zonas de penumbra’, concluindo no sentido de que o

²²² ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**, p. 85.

²²³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da; A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 13-14.

²²⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da; A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. **Os Princípios da Constituição de 1988**, p.13-14.

²²⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da; A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. **Os Princípios da Constituição de 1988**, p. 10.

²²⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios, p. 84-85.

²²⁷ GUASTINI, Riccardo. *Principi di Diritto, in Dalle Fonti alle Norme*. Turim: Giappichelli, 1992. *apud* PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da; A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. **Os Princípios da Constituição de 1988**, p. 10.

traço distintivo determinante entre as espécies normativas seria o grau de abertura/indeterminação.

Para Rodolfo Luis Vigo²²⁸, ao diferenciar as regras e os princípios, o conteúdo predominantemente axiológico ou valorativo dos princípios lhes possibilita uma forma de expansão que não é de índole lógica ou dogmática, mas de caráter valorativo. A não-aplicação da norma que regula o caso em questão a afeta na sua existência jurídica. Diversamente, o princípio dá mais liberdade ao operador do Direito, pelo fato de que não sendo empregado de modo específico para o caso, isso não o atinge gravemente na sua vigência e validade.

A adoção de um critério distintivo forte ou fraco não é um assunto de menos importância, posto que para aqueles que adotarem a posição da diferenciação qualitativa – forte – os métodos hermenêuticos a serem utilizados serão diversos a depender da natureza na norma²²⁹. Diferentemente, para aqueles que adotam a distinção quantitativa – fraca –, independente da espécie normativa em conflito ou objeto de interpretação, poderão ser adotados tanto o método subsuntivo quanto o ponderativo²³⁰.

Defendem, nesse ideal, a possibilidade, por exemplo, de utilização da técnica da ponderação quanto à regras²³¹, o que é altamente criticado pelos que defendem um critério distintivo forte.

Assim, postando-se reticente à ponderação de regras, aduz Barroso²³²:

Quando o constituinte ou o legislador atuam por meio de uma regra, que expressa um mandado definitivo e não uma ordem de otimização, fazem uma escolha que deve ser respeitada pelo intérprete. A não realização dos efeitos de uma regra significa, de ordinário, sua violação. Ao prover acerca do tema por meio de regra, o constituinte-legislador ou excepcionou deliberadamente um princípio ou optou por prestigiar a segurança jurídica em detrimento da flexibilidade, minimizando a intervenção do intérprete judicial.

²²⁸ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 134.

²²⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da; A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. **Os Princípios da Constituição de 1988**, p. 12-18.

²³⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da; A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. **Os Princípios da Constituição de 1988**, p. 12-18.

²³¹ Nesse sentido, por exemplo, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios, p. 44-51.

²³² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo: p. 452.

A crítica principal apontada pela doutrina quanto à concepção de distinção fraca ou débil é que feriria a segurança jurídica, bem como comprometeria a força normativa das regras constitucionais e infraconstitucionais, ao admitir o uso da técnica da ponderação quanto às regras²³³.

Outrossim, ainda na missão de diferenciar regras e princípios, Ana Paula de Barcellos afirma que muitos são os critérios que têm sido apresentados, dentre eles o critério do conteúdo, da origem e validade, do compromisso histórico, da função no ordenamento, da estrutura linguística, do esforço interpretativo exigido, da aplicação, e, por fim, da (in) determinação dos efeitos²³⁴.

Segundo o critério do conteúdo, os princípios estão mais próximos da ideia de valor e de Direito, formando uma exigência de justiça, equidade e moralidade, ao passo que as regras têm um conteúdo diversificado e não necessariamente moral²³⁵.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso explica que quanto ao conteúdo as “regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou afins a serem alcançados”²³⁶.

Quanto à validade, os princípios derivam de seu próprio conteúdo, enquanto as regras decorrem de outras regras ou de princípios, sendo possível assim aferir o momento e a forma como determinada regra tornou-se norma jurídica, não podendo o mesmo ser dito em relação aos princípios²³⁷.

No que concerne ao compromisso histórico, os princípios são para a grande maioria dos doutrinadores, universais, absolutos, objetivos e permanentes. Em contrapartida, as

²³³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da; A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. **Os Princípios da Constituição de 1988**, p. 18.

²³⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e a função dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 98.

²³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e a função dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 98.

²³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 344.

²³⁷ DWORIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p.24 e ss *apud* BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e a função dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 98.

regras se caracterizam de forma bastante evidente pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e lugar²³⁸.

Quanto à função no ordenamento, os princípios desenvolvem função explicadora e justificadora em relação às regras, ao passo que os princípios sintetizam uma grande quantidade de informação de um setor ou de todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhe unidade e ordenação²³⁹.

Ademais, no que toca à estrutura linguística, os princípios são mais abstratos que as regras, não descrevendo as condições necessárias para sua aplicação, o que justifica aplicarem-se a um número indeterminado de situações, diversamente das regras em que é possível identificar, com maior ou menor trabalho, quando serão aplicadas²⁴⁰.

Ainda sobre a estrutura, Barroso afirma que “as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios tem maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações”²⁴¹.

Quanto ao esforço interpretativo exigido, os princípios demandam uma atividade interpretativa intensa, não apenas para precisar seu sentido, como também para deduzir a solução para o caso, enquanto as regras exigem somente aplicabilidade burocrática e técnica²⁴².

Em relação ao modo de aplicação, Luís Roberto Barroso²⁴³ assevera com maestria:

Quanto ao modo de aplicação: regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam-se mediante subsunção; princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação.

²³⁸ VIGO, Rodolfo L. *Los principios jurídicos – perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: Depalma, 2000, p.15 *apud* BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e a função dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 98.

²³⁹ LARENZ, Karl. *Derecho justo – fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civistas S.A., 1991. p.36 *apud* BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e a função dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 98-99.

²⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e a função dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 99.

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Teorias de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 14.

²⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e a função dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 99.

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 344.

Por fim, quanto ao último critério, a (in) determinação dos efeitos, as regras são enunciados que especificam de imediato os efeitos que pretendem produzir, efeitos esses determinantes e específicos, enquanto os princípios descrevem efeitos relativamente indeterminados²⁴⁴.

Virgílio Afonso da Silva concebe que o principal traço distintivo entre as regras e os princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem, ou seja, enquanto as regras garantem ou impõem direitos/deveres definitivos (a previsão da regra já é o Direito ou dever garantido ou imposto por ela), os princípios garantem ou impõem direitos/deveres *prima facie* (existe uma diferença entre aquilo que a norma garante ou impõe *prima facie* e aquilo que a norma definitivamente quer garantir ou impor)²⁴⁵.

Entretanto, existem juristas que, não satisfeitos apenas com as distinções até então realizadas entre regras e princípios e que se pautaram, basicamente, nas estruturas, conteúdos, modos de aplicação e forma de colisão e solução entre essas espécies normativas, buscam apresentar novo paradigma para a diferenciação e aplicação das normas jurídicas, inclusive propondo uma nova categoria denominada “postulados normativos aplicativos”²⁴⁶.

Nesse sentido, Humberto Ávila define as regras como normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou normas atributivas de poder, enquanto os princípios são normas imediatamente finalísticas, ou seja, que estabelecem um propósito a ser alcançado, por meio da prescrição indireta de comportamentos, cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção²⁴⁷.

Já os postulados normativos não se confundiriam com as regras e nem com os princípios, haja vista que não estabelecem a promoção de um fim, apenas estruturam a aplicação do dever de promover um fim, bem como não prescrevem indiretamente

²⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e a função dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 99.

²⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia, p. 45-46.

²⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios, p. 27.

²⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa**. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out./nov./dez. 2005.

comportamentos (como os princípios), mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos²⁴⁸.

Portanto, segundo Ávila, os postulados normativos situam-se em plano distinto daqueles das normas, cuja aplicação estruturam e são, portanto, metanormas ou normas de segundo grau, que se destinam a estruturar e orientar a aplicação dos princípios e das regras²⁴⁹.

Os postulados normativos podem ser meramente hermenêuticos (destinados a compreensão em geral do Direito) ou postulados aplicativos (destinam a estruturar a aplicação concreta do Direito)²⁵⁰.

Quanto aos postulados normativos aplicativos, explica Ávila²⁵¹ que são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas, ou seja, são normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, metanormas ou normas de segundo grau, podendo ser citados como exemplos de postulados aplicativos: proporcionalidade, razoabilidade e a proibição de excesso.

No intuito de diferenciar os postulados normativos aplicativos dos princípios e das regras, Humberto Ávila²⁵² apresenta três razões:

A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivos (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

No âmbito do Direito, existem também os postulados hermenêuticos, cuja utilização é necessária à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, podendo funcionar,

²⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out./nov./dez. 2005.

²⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out./nov./dez. 2005.

²⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios, p. 123-181.

²⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios, p. 124.

²⁵² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios, p. 124.

é claro, para suportar essa ou aquela alternativa de aplicação normativa, sendo que como exemplos pode-se citar o postulado da unidade do ordenamento jurídico²⁵³.

O presente trabalho adotará doravante a classificação das normas jurídicas realizada por Humberto Ávila, sem qualquer desmerecimento às demais. Assim, trabalhar-se-á com três distintas categorias de normas jurídicas: as regras, os princípios e os postulados normativos.

3.4. Principais funções dos princípios

Segundo Lorenzetti, são várias as funções dos princípios, quais sejam, função integrativa, interpretativa, finalística, delimitadora e fundante²⁵⁴.

A função integrativa justifica-se por constituírem instrumento técnico para preencher lacunas do ordenamento jurídico; já quanto à função interpretativa, pelo fato de auxiliar o intérprete orientando-o no processo de interpretação, adequando-a aos valores fundamentais²⁵⁵.

Ademais, possuem a função finalística, ao orientar a interpretação até os fins mais amplos, da política legislativa; possuem, também, a função delimitadora, decorrente do fato de que colocam um limite na atuação da competência legislativa, judicial e negocial²⁵⁶. Por fim, reconhece-se a função fundante, haja vista que oferecem um valor para fundar internamente o ordenamento²⁵⁷.

Além das funções apresentadas por Lorenzetti, vale a pena acrescentar a função justificativa dos princípios, ou seja, pelo fato de possuírem uma perspectiva mais aberta do que as regras, seu processo de interpretação e aplicação propicia a conformação de soluções que consideram, também, outros direitos, permitindo uma decisão mais maleável²⁵⁸.

²⁵³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios, p. 125-126.

²⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de Direito, p. 127.

²⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de Direito, p. 127.

²⁵⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de Direito, p. 127.

²⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de Direito, p. 127.

²⁵⁸ MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo, p. 236.

Ana Paula de Barcellos²⁵⁹, ao tratar das funções dos princípios na órbita jurídica, esclarece que em um ordenamento harmonioso dois valores se apresentam imprescindíveis e interdependentes, de um lado a segurança, a estabilidade e a previsibilidade das relações sociais e, de outro a justiça, cabendo aos princípios, justamente, em razão de sua maior flexibilidade, servir de ferramenta para a consecução do justo, evitando que o sistema se apresente iníquo e desconectado das legítimas expectativas sociais.

Conclui-se que são inúmeras as funções desempenhadas pelos princípios no sistema jurídico contemporâneo, entretanto pode-se destacar a função acima evidenciada por Barcellos como imprescindível no atual contexto histórico-social, marcado pela hipercomplexidade e pluralidade, o que torna absolutamente impossível que o Legislador preveja todas as situações fáticas possíveis e quais as melhores soluções para cada, legislando por meio de regras.

Os princípios, assim, permitem uma maior flexibilidade à norma, conferindo ao intérprete maiores possibilidades de alcançar o justo para cada caso concreto, observando as peculiaridades de cada situação. Nesse sentido, os princípios encontram-se intimamente ligados à noção de Justiça.

3.5. A interpretação e aplicação dos princípios jurídicos: a necessidade de seleção prévia de um método

A interpretação jurídica, como aponta Emilio Betti²⁶⁰ na obra *Teoria Generale della Interpretazione*, consiste em um “entender para agir” ou para decidir, ou seja, um entender para “se posicionar diante de preceitos a observar”. Assim, “interpretar não é apenas tornar a conhecer uma objetivação do pensamento completa em si mesma, mas tornar a conhecê-la, para integrá-la e realizá-la nas relações concretas”²⁶¹.

²⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p.185.

²⁶⁰ BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. v. 2, p. 802-803 *apud* RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos, p. 78-79.

²⁶¹ BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. v. 2, p. 802-803 *apud* RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos, p. 79.

Em idêntico raciocínio, explica Camargo²⁶² que somente faz sentido interpretar a lei se levar em conta um problema que necessite de solução, todavia, a aplicação da lei deverá voltar-se para a sociedade e o indivíduo a quem ela serve, em função de situações específicas ou de casos concretos que envolvem indivíduos.

Portanto, a hermenêutica atual concebe a interpretação-aplicação como parte de uma estrutura lógica de compreensão complexa e dinâmica, comandada por uma relação dialética de polaridade-implicação entre o sujeito cognoscente e o texto normativo, relação dialética que também existe entre as duas atividades que aquele simultaneamente exerce, a interpretação e a aplicação, mutuamente implicadas, embora lógica e conceitualmente distintas²⁶³.

No presente tópico pretende-se verificar qual técnica hermenêutica deve ser empregada pelo intérprete para a interpretação e aplicação de princípios jurídicos, haja vista as características específicas dessa espécie normativa.

Segundo Robert Alexy²⁶⁴, os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ou ainda, são “mandamentos de otimização” que dependem de questões normativas, uma vez que a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem naquele caso específico, e fáticas porque o conteúdo dos princípios, enquanto normas de conduta, dependem do contexto concreto em que se insere²⁶⁵.

Diante dos traços característicos específicos dos princípios, dentre os quais se destacam a normatividade, a elevada densidade axiológica, a vagueza e abertura de seu conteúdo, a generalidade em seu antecedente, a parcialidade de seus enunciados e a forte interatividade com outras normas, o modo de interpretá-los e aplicá-los não poderia ser o mesmo usado para as regras, detentoras de características bastante distintas. Exigem os princípios um modo próprio, chamado pela doutrina de ponderação.

²⁶² CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13.

²⁶³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos, p.82.

²⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 90.

²⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 38.

Assim, enquanto às regras utiliza-se basicamente o método subsuntivo²⁶⁶, aos princípios esse método não se mostra suficiente.

A seu turno, Ronald Dworkin²⁶⁷ aduziu que somente as regras seriam aplicáveis à maneira do tudo ou nada, ou seja, dados os fatos que uma regra prevê, então ou a regra é válida e a resposta por ela ofertada deve ser aceita, ou não é válida, situação em que nada contribuirá para a decisão.

Diferentemente, no que tange aos princípios, não se pode afirmar que presentes os fatos ou condições concebidos nos princípios eles deverão, necessariamente e automaticamente, produzir as consequências jurídicas previstas, posto que apresentam uma “dimensão de peso ou importância”, diferentemente das regras que não a possuem, sendo que para a solução de eventual colisão entre princípios deverá ser levado em conta “a força relativa de cada um”²⁶⁸.

Ana Paula de Barcellos²⁶⁹, na respeitada obra *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, define a ponderação como “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.

Acontece que em uma ordem pluralista²⁷⁰, existem diversos princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos e que, por vezes, se chocam²⁷¹. Neste sentido, ocorrendo a colisão de princípios, o que se apresenta perfeitamente possível e, até previsível, o intérprete também deverá fazer uso da técnica da ponderação, no intuito de verificar qual princípio prevalecerá naquela situação concreta²⁷².

²⁶⁶ Segundo Barroso, ao explicar a técnica da subsunção, informa que “ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos –, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto”, conforme BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 360.

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 39.

²⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 42.

²⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p.296.

²⁷⁰ Sobre o pluralismo, vide algumas observações realizadas no primeiro capítulo do presente trabalho.

²⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**, p. 151.

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**, p. 151-152.

Nesta senda, explica Virgílio Afonso da Silva²⁷³:

As colisões entre princípios tem que ser encaradas e resolvidas de forma distinta. Segundo os pressupostos da teoria dos princípios, não se pode falar nem em declaração de invalidade de um deles, nem em instituição de uma cláusula de exceção. O que ocorre quando dois princípios colidem - ou seja, preveem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica - é a fixação de relações condicionadas de precedência.

Em idêntico caminho, aduz Barroso²⁷⁴:

Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese (...). Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Entretanto, como já apresentado nos últimos tópicos do primeiro capítulo, existem severas críticas e preocupações doutrinárias quanto à abertura de conteúdo dos princípios jurídicos, assim como quanto ao emprego do método hermenêutico da ponderação, acusando-o de representar uma metodologia inconsistente e sem parâmetros racionais²⁷⁵.

Dentre as críticas, alega-se que a técnica da ponderação ensejaria voluntarismos e arbitrariedades, transformando a aplicação do Direito em um novo processo político no qual se (re)avaliam vantagens e desvantagens, em nítida usurpação das funções próprias dos demais Poderes, representando uma ameaça à normatividade da Constituição e, sobretudo, aos direitos fundamentais²⁷⁶.

Ademais, sustenta-se que o Judiciário recorre, no uso da ponderação, a um discurso que não é o técnico-jurídico confiado aos juízes na repartição das funções estatais, ocorrendo uma superposição de discursos de justificação de opções políticas, que, até por exigência de racionalização de tarefas e de eficiência do sistema, deveriam ser exclusivos dos órgãos responsáveis eleitoralmente²⁷⁷.

²⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, p. 50.

²⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**, p. 148-149.

²⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p.298.

²⁷⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p.298.

²⁷⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 105-106.

Quanto ao direito fundamental, perderia seu status de “trunfo” e sua “vitalidade” quando submetido a comparações e a sopesamento, tornando-se “reféns” da compreensão subjetiva do magistrado; assim, o magistrado constitucional se tornaria, para efeitos práticos, “o inventor dos direitos fundamentais – condição incoadunável com a de ente submetido e vinculado a esses direitos”²⁷⁸.

Os juízes estariam, segundo os críticos da ponderação, “perigosamente aparelhados para forçar à sociedade as suas compreensões axiológicas pessoais”²⁷⁹.

Quanto ao subjetivismo das decisões judiciais, alerta Barroso²⁸⁰ que a “lei, com seu comando geral, abstrato e obrigatório assegura previsibilidade às condutas e estabilidade às relações jurídicas”. E continua, “a segurança jurídica ficaria afetada se determinada matéria, em lugar de ser regida por norma única, ficasse sujeita A decisões particulares do Poder Judiciário”²⁸¹.

Nesta perspectiva, uma grande preocupação dos estudiosos das ciências jurídicas quanto ao pós-positivismo principiológico, o protagonismo judicial e método de ponderação para a interpretação/aplicação do Direito reside na afronta a um relevantíssimo valor: a segurança jurídica.

Segundo Eros Grau²⁸², discorrendo acerca do tema da (in)segurança jurídica, expõe:

Praticamos o direito positivo – o chamado *direito moderno* - visando a que a vida social possa ser experimentada em clima de paz e segurança. Submetemo-nos ao poder exercido pelo *Estado moderno* em troca de garantias mínimas de *segurança* por ele bem ou mal asseguradas. Sem a calculabilidade e a previsibilidade de comportamentos instaladas pelo direito moderno, o mercado não poderia existir. [...] Cotidianamente trocamos nossa *insegurança* por nossa submissão ao *poder*. Em última instância, no entanto, a segurança e a certeza jurídicas com que o Estado moderno nos acode é a *segurança do/no mercado*. De modo inusitado, contudo, o Poder Judiciário tende hoje, entre nós, em converter-se em um *produtor de insegurança!*[...] A prática, pelos tribunais, dos controles da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* das leis consubstancia uma excrecência, apenas concebível no torvelinho do delírio dos princípios. E a chamada *ponderação entre princípios* instala a insegurança e a incerteza, permitindo que cada juiz decida no plano do que um dia foi chamado de *direito alternativo*, à

²⁷⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**, p. 106-107.

²⁷⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**, p. 65.

²⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 451.

²⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 451.

²⁸² GRAU, Eros Roberto. Princípios, a [In]segurança Jurídica e o Magistrado. **Amagis Jurídica: Associação dos magistrados Mineiros**. n.7, ano IV, janeiro/junho 2012.

margem do direito positivo, da lei e da Constituição. [...] Isto é necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o *direito*, os juízes não fazem *justiça*!

Em idêntico caminho, Aarnio, lembrado por Branco, reforça no sentido de que no Estado de Direito deve ser garantido “um máximo de certeza jurídica para as partes de um processo [...]. Os cidadãos tem que poder planejar a sua conduta e isto somente é possível sobre a base de uma prática judicial previsível”²⁸³.

Conclui-se, à luz das lições de Ana Paula de Barcellos, que “a previsibilidade das decisões judiciais é uma garantia própria do Estado republicano, democrático e de direito e, tanto quanto seja possível, não deve ser banalizada”²⁸⁴, motivo pelo qual a própria doutrinadora oferece parâmetros para servirem de guia no processo de utilização da técnica da ponderação.

Portanto, o intérprete que desejar fazer uso da técnica da ponderação deverá, necessariamente, adotar um método que lhe confira balizas no processo hermenêutico, evitando-se incorrer em subjetivismos.

Luis Roberto Barroso²⁸⁵, ao discorrer sobre o tema, apresenta três etapas do processo de ponderação a serem observadas, sendo elas:

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. [...] Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. [...] É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. [...] Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão de fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais. [...] Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade ou razoabilidade*.

Barcellos²⁸⁶, acompanhando o pensamento acima, detalha o roteiro a ser seguido para o emprego da técnica da ponderação: na primeira fase deverá identificar todos os

²⁸³ Aarnio *apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**, p. 155.

²⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p.308.

²⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 361-362.

enunciados normativos aparentemente em conflito na hipótese, agrupando-os em função das soluções que indiquem para o caso; a segunda fase será quando o intérprete deverá examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os enunciados identificados na fase anterior; por fim, na terceira e última etapa será o momento de decidir, diante dos grupos de enunciados, dos fatos relevantes e sua repercussão sobre a hipótese e das diferentes normas que podem ser construídas para a solução do conflito²⁸⁷.

Importante ressaltar que nesta terceira etapa, quando o intérprete deverá “decidir”²⁸⁸, recomenda-se que adote três cuidados metodológicos: em primeiro lugar, o intérprete deve estar comprometido com a capacidade de universalização dos argumentos empregados no processo hermenêutico, os quais devem ser aceitáveis para a comunidade em geral, e da decisão propriamente dita, que deve poder ser generalizada para todas as situações equivalentes; em segundo lugar, o intérprete deve escolher a solução que impõem a menor quantidade de restrição à maior parte dos elementos normativos em discussão (concordância prática); por fim, em terceiro lugar, quando a disputa envolver direitos fundamentais, a decisão não pode traspasar o núcleo de nenhum deles²⁸⁹.

Ademais, ao longo de todo o processo ponderativo, dois parâmetros gerais poderão servir de orientação ao intérprete: a) os enunciados com estrutura de regra (dentre as quais os núcleos dos princípios) têm preferência sobre aqueles com estrutura de princípios; b) as normas que promovem diretamente os direitos fundamentais dos indivíduos e a dignidade humana têm preferência sobre aqueles que apenas indiretamente contribuem para esse resultado²⁹⁰.

Conforme já apresentado, a ponderação “socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito”²⁹¹.

Assim, existe quem situe a ponderação como um componente do princípio mais abrangente que seria o princípio da proporcionalidade (por exemplo, Robert Alexy), bem

²⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p. 300-301.

²⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p. 300-302.

²⁸⁸ Remete o leitor à nota nº 122 do presente estudo.

²⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p.302.

²⁹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p.303.

²⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 365.

como existem aqueles que o compreendem como um princípio autônomo (por exemplo, Ricardo Lobo Torres)²⁹².

Apresentou-se o método acima, aglutinando os pensamentos dos doutrinadores fluminenses, Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, por visualizar nesse método balizas seguras e adequadas para a interpretação e aplicação de princípios jurídicos.

Entende-se, nesse sentido, imprescindível a escolha e adoção de uma metodologia adequada para o emprego da técnica da ponderação, conferindo-lhe substrato de racionalidade, pois “justificar as decisões tomadas é componente vital para a própria legitimidade desse juízo”²⁹³.

A seguir, contudo, estudar-se-á o postulado da razoabilidade, o qual se mostra igualmente relevante como ferramenta hermenêutica do intérprete no transcorrer do processo metodológico trifásico de ponderação, conforme acima detalhado.

3.6. A razoabilidade como postulado normativo dos princípios jurídicos

De início, convém explicar que o tema que se propõe a examinar no presente ponto apresenta enorme controvérsia na doutrina e na jurisprudência, seja quanto à terminologia a ser empregada (razoabilidade ou proporcionalidade), seja pelo significado (alguns entendem tratar-se de um único instituto, outros os distinguem, existindo ainda quem entenda que um dos institutos integra o outro como subespécie), seja pela natureza jurídica (princípio, regra ou postulado normativo).

O princípio da razoabilidade surgiu e evoluiu associado inicialmente à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. Em seu desenvolvimento doutrinário, o princípio do *due process of law* passou por duas fases. Na primeira, de caráter puramente processual (*procedural due process*), abrigando garantias, que incluíam os direitos à citação, ampla defesa, contraditório e recursos. Na segunda fase, o devido processo legal passou a ter um alcance substantivo (*substantive due process*), que se tornou

²⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 363-364.

²⁹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**, p. 145.

fundamento de um criativo exercício jurisprudencial, por ensejar ao magistrado o exame de determinados aspectos das leis e atos administrativos, com sua racionalidade e razoabilidade, domínios tradicionalmente imunes à apreciação judicial, tendo em vista a doutrina clássica da separação de Poderes²⁹⁴.

Já no que tange à noção de proporcionalidade, diversamente, possui raízes remotas no direito administrativo europeu, segundo Pereira, tendo sido transposta para o direito constitucional por meio da produção jurisprudencial da Corte Constitucional Alemã, que lhe conferiu um perfil analítico e sistemático, relacionando-a de forma mais estreita com o problema das limitações aos direitos fundamentais²⁹⁵.

Na Itália, o vocábulo *ragionevolezza* (proporcionalidade) apresenta vasta definição, servindo tanto para aludir ao juízo tridimensional que o direito germânico identifica com a proporcionalidade, como para indicar o imperativo geral de coerência e pertinência das normas jurídicas, revelando “uma genérica exigência de justiça das leis”²⁹⁶.

De forma idêntica, em Portugal, o termo razoabilidade às vezes é apontado com a ideia de proporcionalidade em sentido estrito e, outras, compreendido como uma ferramenta autônoma de controle de legitimidade das restrições, que não termina na análise das relações entre fins e meios²⁹⁷.

A ideia de razoabilidade sugere a qualidade de razoável, adjetivo de origem latina, derivado do vocábulo razão (*ratio*), todavia, trata-se de palavra com várias definições, dentre as quais se destacam, conforme Nohara: “logicamente plausível, racional, aceitável pela razão, ponderado e sensato”²⁹⁸.

²⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 154.

²⁹⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da razoabilidade e da proporcionalidade. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica, p. 168.

²⁹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da razoabilidade e da proporcionalidade. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica, p. 169-170.

²⁹⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da razoabilidade e da proporcionalidade. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica, p. 170-171.

²⁹⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 95.

Segundo Carvalho Filho²⁹⁹:

Razoabilidade é a qualidade do que é *razoável*, ou seja aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. Mas mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos *standards* de aceitabilidade.

A tratativa dada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como noções equivalentes é alvo de discussões, apesar de existirem aqueles que não fazem distinções.

Conforme o entendimento de Irene Patrícia Nohara, a razoabilidade é ontológica e pragmaticamente indissociável da proporcionalidade, explicando a respeitada doutrinadora que a razoabilidade foi incluída como princípio no projeto original da Constituição Federal de 1988, mas acabou não sendo adicionado aos princípios dispostos no artigo 37, apesar de que nas leis de processo administrativo houve a consideração da razoabilidade como princípio³⁰⁰.

Outrossim, Luís Roberto Barroso também utiliza os termos razoabilidade e proporcionalidade de modo fungível³⁰¹, abordando-os como se o mesmo fosse, afirmando ser este princípio de grande importância na dogmática jurídica, tanto por sua dimensão instrumental, quanto material³⁰².

Apesar do fato de a palavra razoabilidade estar associada ao *common law* e a expressão proporcionalidade ser utilizada de forma mais corriqueira pela doutrina europeia, não se pode negar enorme ambiguidade semântica na teoria constitucional quanto ao tema, justificada por ambas as noções estarem associadas a critérios e valores estritamente relacionados, como “racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum e rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos”³⁰³.

²⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 39.

³⁰⁰ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**, p. 95.

³⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 328.

³⁰² BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional como Interpretação Específica. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 94.

³⁰³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da razoabilidade e da proporcionalidade. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**, p. 169.

De outro lado, quando se procura traçar distinções entre a razoabilidade e a proporcionalidade, percebe-se que a ideia de razoabilidade possui limites mais difusos e fluídos, ao passo que a proporcionalidade comumente é associada ao juízo tridimensional concebido pelo constitucionalismo germânico³⁰⁴.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por mais que a Lei de Processo Administrativo Federal faça menção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, isoladamente, na realidade o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro³⁰⁵.

Neste sentido, explica:

Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade dos meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive, e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas deve ser feita uma análise *in casu*. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução, ocorre que se a decisão é manifestamente inadequada ou irrazoável para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade³⁰⁶.

Portanto, conforme já alertado inicialmente, a despeito da controvérsia, compreende-se que a razoabilidade não se confunde com a proporcionalidade. Na verdade, a proporcionalidade (chamada de proporcionalidade em sentido estrito) é um dos elementos da razoabilidade, ao lado da adequação e da necessidade.

O primeiro elemento da razoabilidade é a adequação, também conhecido como subprincípio da adequação (*Geeignetheit*), por meio do qual se exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos³⁰⁷.

O segundo elemento é o subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*), o qual significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo

³⁰⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da razoabilidade e da proporcionalidade. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**, p. 169.

³⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo, Atlas, 2014, p. 81.

³⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 81.

³⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 227.

revela-se igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos³⁰⁸. Ainda, conforme Bonavides, uma medida para ser admissível deve ser necessária³⁰⁹.

Assim, também aduz Pereira³¹⁰:

O subprincípio da necessidade tem por conteúdo a noção de que, dentre várias medidas restritivas de direitos fundamentais igualmente aptas para atingir o fim perseguido, a Constituição impõe que o legislador opte por aquela menos lesiva para os direitos. Tal subprincípio guarda semelhança com a noção de proibição de excesso, impondo uma análise comparativa entre os diversos meios que podem auxiliar no atendimento à finalidade buscada, a fim de que se eleja aquele que for menos gravoso para o direito afetado. [...] tem-se que a aferição do atendimento ao requisito da necessidade opera-se em duas fases: primeiro o intérprete deverá examinar se os meios cogitados são igualmente idôneos ao adotado pelo legislador, e em seguida, deverá perquirir se algum desses meios alternativos afeta os direitos fundamentais em menor escala.

A proporcionalidade em sentido estrito é o terceiro e último elemento ou subprincípio da razoabilidade, exercendo o papel de um “controle de sintonia fina”, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão³¹¹. Para Nohara, proporcionalidade em sentido estrito envolve a razoável proporção no equilíbrio ou ponderação entre bens e valores, ou seja, entre a limitação do direito e a gravidade da situação fática.³¹²

Segundo Pereira³¹³:

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito expressa a estrutura lógica do raciocínio ponderativo, representando o esquema de pensamento que deve comandar a parte final do processo de solução de antinomias entre princípios. A proporcionalidade em sentido estrito pressupõe efetivar uma comparação entre o grau de afetação do direito fundamental e a importância da realização do princípio que com ele colide e que serve de fundamento à restrição. [...]. A aplicação do juízo ponderativo inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é feita em três etapas. Primeiramente cabe ao intérprete identificar a intensidade da restrição ao direito fundamental. Em segundo lugar, deverá ser determinada a importância da realização do princípio antagônico ao direito, que fundamenta a restrição. E, por fim, caberá verificar se a

³⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 227.

³⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 397.

³¹⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da razoabilidade e da proporcionalidade. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**, p. 183.

³¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 227.

³¹² NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**, p. 99.

³¹³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da razoabilidade e da proporcionalidade. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**, p. 189.

importância da realização do fim perseguido é apta a justificar a intervenção no direito fundamental.

Em idêntico caminho, conforme Humberto Ávila³¹⁴, dentre tantas acepções à razoabilidade, três se destacam, quais sejam: a) razoabilidade como equidade: exigindo relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, seja apontando a direção em que a norma deve ser aplicada, seja indicando em quais hipóteses o caso posto, em razão de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral; b) razoabilidade como congruência: exigindo uma necessária vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado ao ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir; c) razoabilidade como equivalência: exigindo uma relação de equivalência entre duas grandezas.

Dessa forma, permite-se afirmar que a principal ferramenta hermenêutica a auxiliar o intérprete no processo de interpretação e aplicação dos princípios jurídicos é justamente o juízo de razoabilidade, por meio de seus três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, aduz Ávila³¹⁵ que “a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras”.

Ocorre que, superada a questão do significado e definição de razoabilidade, bem como dirimida a questão envolvendo a terminologia razoabilidade x proporcionalidade, resta vencer a polêmica acerca da natureza jurídica do instituto: princípio, regra ou postulado normativo.

No Brasil existe uma preferência por tratar o instituto como princípio³¹⁶, seja pela doutrina, seja pelas legislações (por exemplo o art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/99), a despeito daqueles que o concebe como postulado normativo (Humberto Ávila³¹⁷) e os que o reconhece como regra (Virgílio Afonso da Silva³¹⁸).

³¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 154-162.

³¹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 153.

³¹⁶ Tratando como princípio, por exemplo, BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 328-329.

³¹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 153-162.

³¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 167.

No presente trabalho adotar-se-á a razoabilidade como postulado normativo, posto que sua natureza e função não se confundem com as das regras e nem as dos princípios. Os postulados apenas estruturam a aplicação das normas.

Portanto, conforme lições de Ávila, os postulados normativos situam-se em plano distinto daqueles das normas, cuja aplicação organizam e são, portanto, metanormas ou normas de segundo grau, que se destinam a estruturar e orientar a aplicação dos princípios e das regras³¹⁹.

Assim, considera-se a razoabilidade como postulado normativo aplicativo, ou seja, normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas³²⁰, servindo de ferramenta ou instrumento hermenêutico a auxiliar o intérprete na tarefa de interpretar e aplicar as normas.

³¹⁹ ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out./nov./dez. 2005.

³²⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios, p. 124.

4. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Ultrapassado o estudo das premissas necessárias à adequada compreensão do princípio da moralidade administrativa, inclusive no que tange à melhor forma de operacionalizar sua interpretação/aplicação, pretende-se no presente capítulo debruçar a atenção especificamente no estudo do princípio jurídico objeto de investigação neste trabalho, verificando seu conceito, sua amplitude, sua possível autonomia, a questão da necessidade de aferição do elemento volitivo do agente, seu histórico, sua disposição constitucional na Carta de 1988 e sua disposição na parte processual do Direito Administrativo brasileiro, a diferenciação entre moralidade comum e moralidade jurídica/juridicizada, algumas problematizações acerca do princípio e, por fim, o estudo da Administração Pública no contexto pós-moderno e o papel da moralidade administrativa.

4.1. Compreendendo o princípio da moralidade administrativa: definições, amplitude, autonomia e necessidade de aferição da intencionalidade

Dentre tantos princípios administrativos positivados no ordenamento jurídico brasileiro, objetiva-se no presente ponto a abordagem do princípio da moralidade administrativa, expressamente previsto na Carta Magna em seu artigo 37, *caput*³²¹. O referido dispositivo constitucional apresenta, em rol meramente exemplificativo, os chamados princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

³²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2013.

Digna de destaque a utilização da expressão princípios “enformadores”³²² da Administração Pública, fugindo da tradicional expressão “informadores”, haja vista que a intenção do constituinte foi, sem dúvida, a de evidenciar a forma pela qual deverá guiar-se a Administração Pública, não somente em suas relações com os administrados, bem como com a *res publica* e com os integrantes da própria Administração Pública.³²³ Assim, não resta dúvida acerca do caráter deontológico dos princípios “enformadores” da Administração Pública, dentre os quais se encontra o princípio da moralidade administrativa.

Evidenciada sua natureza deontológica, faz-se necessário aprofundar no estudo do referido princípio, visando a sua maior e melhor compreensão, analisando suas principais definições, sua amplitude, sua possível autonomia e a questão da necessidade de aferição do elemento volitivo do agente para configurar a violação ao princípio.

4.1.1. Definições

Segundo Ayres Britto³²⁴, com o aporte de princípios constitucionais, a começar pelo da legalidade, a Constituição atesta que toda atividade estatal-administrativa é um gravitar na órbita da lei, contudo sob quatro específicas condições de aplicabilidade; quer dizer, não basta aplicar a lei pura e simplesmente, mas aplicá-la por um modo impessoal, um modo moral, um modo público e um modo eficiente, ou seja, tudo sob a ideia-força de que, para fins lícitos, os meios devem ser igualmente lícitos.

³²² MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**: comentários à lei de improbidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 174.

³²³ Nesse sentido, colaciono pensamento de Newton de Lucca: “Quando me utilizo da expressão [princípios informadores], no entanto, o faço com a letra ‘e’, pois entendo que os princípios – concebidos, sem embargo dos diferentes matizes existentes, em seu sentido filosófico, como proposições diretoras de uma ciência às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado – não dão informação de algo, antes dão forma, isto é, enformam no sentido de moldarem ou mesmo de construírem uma fôrma”, citado no Prefácio, Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico, p. 15, *apud* MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**: comentários à lei de improbidade, p. 174-175.

³²⁴ BRITTO, Carlos Ayres. Da Administração Pública. In: CANOTILHO, J.J Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 822.

Ives Gandra Martins³²⁵, ao discorrer sobre o princípio da moralidade administrativa, explica:

O princípio da moralidade administrativa é o mais relevante princípio da Administração. [...] portanto, é princípio essencial. O mais relevante, aquele que se destaca de forma absoluta. Que torna a Administração confiável perante a sociedade e que faz do administrador público um ser diferenciado. Quem presta concurso para servir ao povo, sabe de antemão que sua probidade deverá ser absoluta, pois seu exemplo é fundamental para que as instituições sejam estáveis. Por esta razão, houve por bem o constituinte tornar o princípio da moralidade o mais relevante do concerto daqueles que perfilam a Administração Pública, não havendo setor desta, direta ou indireta, que não deva ser por ele revestido.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao explicar significado do princípio da moralidade administrativa, aduz que “a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito”³²⁶.

Segundo Costa Machado³²⁷, o princípio da moralidade impõe ao administrador um dever ético de conduta que o limita não somente pela legalidade do ato, mas pela atenção aos fins sociais, já que nem tudo que é lícito por vezes é ético (*non omne quod licet honestum est*).

Para Gisela Maria Bester³²⁸, conforme o princípio da moralidade, o ato e a atividade da Administração devem obedecer não somente à lei, mas também à moral, ligando a moralidade ao conceito de bom administrador, que é quem faz o melhor e mais útil para o atingimento do interesse público.

Carlos Ari Sundfeld³²⁹ explica que o princípio da moralidade “interditamente comportamentos estatais que, apesar de hipoteticamente legítimos em decorrência da flexibilidade da norma jurídica, contrariem padrões éticos vigentes na sociedade”.

Assim, a moralidade administrativa, no entendimento de Maria Teresa de Almeida Lobo³³⁰, elevada na Carta Magna de 1988 à dignidade constitucional tem como

³²⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da moralidade no Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva [coord.]. **O princípio da moralidade no Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 17-20.

³²⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 122.

³²⁷ MACHADO, Costa (org.). **Constituição Federal Interpretada**. São Paulo: Manole, 2012, p.251.

³²⁸ BESTER, Gisela Maria. **Cadernos de Direito Constitucional** – Parte II: Direito Positivo Constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 139.

³²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 166.

³³⁰ LOBO, Maria Teresa de Almeida Rosa Cárcamo. O princípio da moralidade no Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva [coord.]. **O princípio da moralidade no Direito Tributário**, p.73.

consequência direta e inarredável que a injuricidade não se esgota na violação à lei, exigindo o exame dos elementos valorativos dos atos do Poder Público, ou seja, o normativo constitucional que elegeu a moralidade como princípio fundamental da Administração valorou a Ordem Jurídica, incorporando a Moral ao ordenamento positivo e, com isso, abrindo o caminho para um Estado de Justiça.

Cármem Lúcia Antunes Rocha³³¹ ao versar sobre o princípio em estudo, explica que:

O acatamento do princípio da moralidade pública dá-se pela qualidade ética do comportamento virtuoso do agente que encarna, em determinada situação, o Estado Administrador, entendendo-se tal virtuosidade como a conduta conforme a natureza do cargo por ele desenvolvida, dos fins buscados e consentâneos como o Direito, e dos meios utilizados para o atingimento destes fins.

O princípio da moralidade administrativa, conforme escólio de Hugo de Brito Machado³³², não tem apenas o sentido da moralidade da Administração Pública segundo o Direito, mas a moralidade do Direito para aperfeiçoamento das atividades da Administração.

Assim, o princípio da moralidade diz respeito à atuação da Administração e seus agentes em conformidade com os princípios éticos, sendo que sua violação implica violação ao próprio Direito, configurando ilicitude³³³.

Ademais, por força do princípio da moralidade, os atos da Administração Pública e de seus agentes em geral devem buscar a maior eficiência possível, pela obrigação de prestarem uma boa administração, observando-se a honestidade, a boa-fé, a lealdade, a moderação, a discrição, a economicidade, a sinceridade, sem que possa existir qualquer inconfessável desejo de prejudicar ou beneficiar este ou aquele administrado³³⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³³⁵ completa que, sempre em matéria administrativa, se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, esteja ofendendo a moral, os

³³¹ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 193.

³³² MACHADO, Hugo de Brito. O princípio da moralidade no Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva [coord.]. **O princípio da moralidade no Direito Tributário**, p.68.

³³³ RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. O princípio da moralidade no Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva [coord.]. **O princípio da moralidade no Direito Tributário**, p.129.

³³⁴ FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva. O princípio da moralidade no Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva [coord.]. **O princípio da moralidade no Direito Tributário**, p.188.

³³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p.79.

bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Ainda na busca de melhor compreender a dimensão do princípio da moralidade, Alexandre de Moraes³³⁶ explica que pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o fiel cumprimento da estrita legalidade, devendo também, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Carta Magna de 1988, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública.

Na mesma linha de raciocínio, Hely Lopes Meirelles³³⁷ arremata que a moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).

O princípio da moralidade exige, portanto, que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente, relacionando-se intimamente com a ideia de honestidade, exigindo a estrita observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública³³⁸.

Conforme José dos Santos Carvalho Filho³³⁹, à luz do princípio da moralidade, deve-se não apenas averiguar os critérios de convivência, oportunidade e justiça nas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.

Neste mesmo sentido, Edimur Ferreira Faria³⁴⁰ alega que a moralidade administrativa possui pertinência com a moral social, com a ética, com a honestidade e com o respeito e zelo pela coisa pública.

Enfim, na esteira dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo³⁴¹, falar em moralidade é tratar de lealdade e boa-fé, ou seja, a Administração Pública haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito

³³⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p.772.

³³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995, p.83-84.

³³⁸ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Niterói: Impetus, 2012, p.39.

³³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p.21.

³⁴⁰ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.74.

³⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 122-123.

qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por partes dos cidadãos.

Assim, verifica-se que os doutrinadores acima citados, cada qual com suas peculiaridades no enfrentamento do tema, reforçam a ideia de que a moralidade, nada mais é, do que é um mandamento de correção moral no trato com a *res publica*, com os demais agentes públicos e com os administrados, voltado a efetivar a busca pelo atendimento do interesse público no desempenho da função administrativa.

4.1.2. Amplitude do princípio da moralidade no Direito Administrativo brasileiro

Quanto à amplitude de aplicação do princípio da moralidade, importante destacar que o princípio jurídico em estudo se aplica a todos os agentes públicos no exercício de função pública, de qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Nesse sentido, Marcelo Figueiredo, aduz que “atos administrativos, legislativos e jurisdicionais devem se submeter ao princípio constitucional da moralidade”³⁴².

Ademais, aplica-se o princípio em comento não apenas aos agentes públicos, mas também aos particulares em suas relações com a Administração Pública.

No mesmo compasso, Maria Sylvia³⁴³ afirma que:

[...] o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também, pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. São frequentes, em matéria de licitação, os conluíus entre licitantes, a caracterizar ofensa a referido princípio.

Portanto, a exigência de moralidade administrativa se aplica aos administradores, aos agentes públicos e aos particulares que se relacionam com a Administração, no âmbito de todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

³⁴²FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibição Administrativa**: Comentários à Lei 8.492/92 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 18.

³⁴³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p.79.

4.1.3. Autonomia em relação ao princípio da legalidade

Questão que também suscita controvérsia é saber se o princípio da moralidade está vinculado, absorvido ou desvinculado do princípio da legalidade.

Desde já cabe esclarecer que o princípio da moralidade administrativa comporta-se como princípio autônomo do princípio da legalidade, apesar de existirem aqueles que sustentam de forma diversa, ou seja, que estaria a moralidade vinculada ao princípio da legalidade³⁴⁴.

As razões que fundamentam a autonomia do princípio da moralidade são simples. Primeiro, que não se deve conceber hierarquia abstrata de normas constitucionais, ainda mais entre princípios que a Constituição prevê ladeados, como reitores da Administração Pública no Brasil. Segundo, pelo fato de que aceitar a vinculação seria diminuir o princípio da moralidade administrativa ao status de um subprincípio, bem distante da concepção adotada no presente trabalho, que o reconhece com status de direito fundamental. Terceiro, que é possível invalidar um ato imoral, ainda que praticado em concordância com o previsto em lei, citando, exemplificadamente, a previsão constitucional da ação popular para anular atos lesivos à moral administrativa³⁴⁵.

Assim, reconhecendo a autonomia do princípio da moralidade, Juarez Freitas³⁴⁶ explica que ele se apresenta “como princípio autônomo e de valia tendente ao crescimento”.

Di Pietro³⁴⁷, em semelhante direção, também reconhece a existência de autonomia do princípio da moralidade, ao afirmar “embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a imoralidade produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato”. E conclui que para ser ato de

³⁴⁴ Adotando posição no sentido da vinculação da moralidade ao princípio da legalidade, por exemplo, CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**, p.114, ao sustentar que “[...] violar a moralidade administrativa é violar o Direito. É questão de legalidade. A só violação de preceito moral, não juridicizado, não implica invalidade do ato”.

³⁴⁵ Art. 5º, inc. LXXIII, CF/88: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

³⁴⁶ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 68.

³⁴⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**, p.79.

improbidade, “não é necessária a demonstração de ilegalidade do ato; basta demonstrar a lesão à moralidade administrativa”³⁴⁸.

No mesmo diapasão, Márcia Noll Barboza³⁴⁹, afirma que:

[...] o princípio da moralidade, tal como se apresenta na Constituição, não apenas se consagra como também se automatiza, surgindo, autonomamente, ao lado dos demais princípios da Administração Pública (art. 37, caput), além de contar, quando violado, como causa autônoma para ajuizamento de ação popular (art. 5º, LXXXIII).

Portanto, conclui-se que o princípio em estudo guarda autonomia em relação aos demais princípios regentes da Administração Pública, inclusive quanto ao da legalidade.

4.1.4. Aferição da intencionalidade do ato/conduita violador(a) da moralidade administrativa: necessidade ou dispensabilidade?

De início, antes de adentrar a questão da intencionalidade, insta esclarecer se existe e qual seria a diferença entre imoralidade e improbidade.

Segundo Peixinho³⁵⁰, por “imoralidade” pode-se entender a afronta à honestidade e à boa-fé, o desrespeito à igualdade e ao dever de lealdade, entre outros, enquanto a “improbidade” significa má qualidade de uma administração pela prática de atos que implicam enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou, ainda, violação aos princípios que regem a Administração.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em caminho semelhante, explica que a expressão “improbidade” tem um sentido muito mais amplo e preciso que “imoralidade”, posto que abrange não somente atos desonestos e imorais, mas também atos ilegais, ou seja, na Lei de Improbidade Administrativa a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das

³⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 901.

³⁴⁹ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p.122.

³⁵⁰ PEIXINHO, Manoel Messias. Princípios Constitucionais da Administração Pública. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. **Os Princípios da Constituição de 1988**, p. 533.

inúmeras hipóteses de atos de improbidade³⁵¹. E continua, ao concluir que, como princípios, os da moralidade e probidade se confundem, entretanto como infração, a “improbidade” é mais ampla do que a “imoralidade”, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de ato de improbidade³⁵².

Assim, corroborando com os que defendem a diferença entre imoralidade e improbidade, visualiza-se a improbidade como um gênero, do qual a imoralidade representa apenas uma espécie, dentre as previstas na Lei 8429/92³⁵³, precisamente em seu art. 11.

Isto, porque, existem outras espécies de improbidade administrativa, quais sejam, o enriquecimento ilícito (art.9º da Lei 8429/92), a geração de prejuízos ao erário (art. 10 da Lei 8429/92) e a violação aos demais princípios, que não a moralidade, reitores da Administração Pública no Brasil (art. 11 da Lei 8429/92).

Demonstrada, portanto, a diferença entre imoralidade e improbidade, mister investigar acerca da necessidade de perquirição sobre a intencionalidade do agente para conceituar sua conduta/ato como improbidade, ou seja, a questão anímica do autor do ato/conduta em análise deve ser aferida pelo intérprete da norma?

Sabe-se que ocorrendo a prática de atos contrários à moralidade administrativa será possível o ajuizamento de ação civil pública visando a anulação do ato, o sancionamento do autor e do beneficiário da conduta ímproba, sendo cabível, inclusive, o pleito de ressarcimento ao erário, quando o fato cometido representar prejuízo aos cofres públicos.

O cabimento da ação de improbidade resulta do fato de que ocorrendo qualquer hipótese de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração, conforme artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8429/92, restará configurado o ato de improbidade administrativa, passível da aplicação das sanções previstas no art. 12 da referida legislação.

A questão aqui em debate, contudo, restringe-se ao seguinte questionamento: é prescindível a verificação do estado anímico do autor da conduta para a qualificação de um ato como ímprobo? E, caso não seja prescindível, qual a espécie de elemento volitivo necessário à configuração da improbidade do art. 11 da Lei 8429/92?

³⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 901.

³⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 901-902.

³⁵³ BRASIL. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2013.

Trata-se da discussão quanto à necessidade de o agente público ter agido com dolo ou má-fé na prática de condutas apenadas com sanções civis, políticas e administrativas previstas na Lei de Improbidade.

Sobre o tema, de um lado, posicionam-se aqueles que defendem uma espécie de “objetivação da improbidade” ou de “responsabilização objetiva”, no intuito de otimizar a fiscalização e controle da Administração, haja vista a enorme dificuldade em se aferir a real intenção do agente ao cometer o ato.

Dentre os que sustentam a prescindibilidade da verificação da intenção do agente, coloca-se Celso Ribeiro Bastos³⁵⁴, ao afirmar que “atualmente, na análise do princípio da moralidade, não se perquire da intenção do agente. Basta a verificação do ato em si, de seu objeto, seu conteúdo”.

Nesse mesmo caminho, argumenta Fernando Rodrigues Martins³⁵⁵, Promotor de Justiça e professor da Universidade Federal de Uberlândia:

A exigência de dolo, ou seja, a comprovação cabal da intenção do sujeito em descumprir os mandamentos proibitivos de enriquecimento ilícito ou atentar contra os princípios, se levada às últimas consequências, não apenas reduz, como aniquila o espírito da norma, isto porque a comprovação do estado anímico nessas dimensões é quase uma quimera: nenhum agente público (nesta era pós-positivista) age ou se omite deixando rastros de sua vontade.

Assim, segundo Martins³⁵⁶, devem-se interpretar sistematicamente os artigos 4º, 5º, 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, valendo-se, ainda, da exposição contida no art. 136 do Código Tributário Nacional, “concretizando o adeus aos elementos psicológicos do agente rumo à ênfase de comportamento”, apresentando, inclusive, julgados³⁵⁷ que perfilham essa ideia de

³⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da moralidade no Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva [coord.]. **O princípio da moralidade no Direito Tributário**, p.80.

³⁵⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: comentários à lei de improbidade**, p. 257.

³⁵⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: comentários à lei de improbidade**, p. 256-259.

³⁵⁷ “Administrativo - Ação civil pública – Improbidade Administrativa – Lesão a princípios administrativos – Elemento subjetivo – Comprovação – Desnecessidade. “1. A lesão a princípios administrativos contida no art.11 da Lei 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.2. Recurso especial improvido” (REsp 826.678, rel. Min. Castro Meira, j. 05.10.2006).

“Administrativo - Ação civil pública – Improbidade Administrativa – Ressarcimento ao erário – Imprescritibilidade - Lesão a princípios administrativos – Elemento subjetivo – Comprovação – Desnecessidade – Precedentes do STJ. 1. Em virtude do disposto no art.37§.4º, da Constituição da República,

“objetivação” da improbidade. Portanto, nessa linha de raciocínio, o elemento subjetivo possuiria caráter secundário, pois a avaliação do eventual descumprimento dos princípios do art. 11 da Lei de Improbidade estaria dependente do estudo do “comportamento do agente (cariz objetivo) e não de seu estado anímico (cariz subjetivo), até porque na Administração não há vontade, senão finalidade”³⁵⁸.

Ademais, Wallace Paiva Martins Júnior, lembrado por Garcia e Pacheco³⁵⁹, preleciona que o artigo 11 analisa a intensidade do *animus* do agente, sendo que condena a prática tanto dolosa quanto culposa (culpa grave).

Na mesma senda, Walter Claudius Rothenberg³⁶⁰ compreende que a culpa em “grau marcante” não pode ser descartada da análise do artigo 11, afirmando que o fundamento para tanto é o artigo 5º da Lei de Improbidade Administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça³⁶¹, inclusive, já chegou a se posicionar, em acórdão da lavra da Ministra Eliana Calmon, que:

[...] o ato de improbidade se configura a partir de sua ilegalidade, independentemente de prejuízo ao erário, má-fé, dolo ou culpa do agente administrativo (STJ, Resp n.617.851/MG, 2T, julgado em 06.12.2005).

De outro lado, postando-se no sentido contrário, ou seja, de que o ato de improbidade não pode ser confundido com erros de gestão, adverte Marrara³⁶²:

Improbidade é o ato de má-administração marcado pela desonestidade de quem o pratica. Por essa razão, ainda que um ato de improbidade possa constituir uma infração disciplinar, o contrário nem sempre é verdadeiro. A improbidade é marcada pelo desvio intencional do agente público, seja para se enriquecer

a ação e ressarcimento ao erário é imprescritível. 2. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário. 3. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. 4. A ação civil pública, ao coibir o dano moral, é própria para censura de atos de improbidade, mesmo que não haja lesão aos cofres públicos. Precedentes do STJ: REsp 261.691-MG” (TJMG, Ap. Cív. 1.0713.05.053289-2/002, rel. Des. Maria Elza), apresentados por MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: comentários à lei de improbidade**, p. 259.

³⁵⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: comentários à lei de improbidade**, p. 298.

³⁵⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 341.

³⁶⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**, p. 341.

³⁶¹ RAMOS, Jaime. Exigência da má-fé para caracterização dos atos de improbidade administrativa do art. 11 da lei n. 8.429/92. In: CARLIN, Volnei Ivo. **Grandes Temas de Direito Administrativo: Homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi**, p. 336.

³⁶² 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. 168.

indevidamente, seja para causar dano ao Erário, seja para simplesmente violar os princípios que regem a Administração Pública.

Similar a posição de Justen Filho³⁶³:

[...] Dito de outro modo, a ofensa à honestidade, à imparcialidade, à legalidade ou à lealdade somente adquirem relevância para efeito do art.11 quando se evidenciarem como um meio de realização de objetivos ímprobos. O raciocínio se aplica não apenas ao elenco de casos contidos nos incisos do art.11 como também a outros, ali não explicitamente indicados e que possam vir a ser subsumidos à disposição. [...] Não se admite infração de improbidade, subsumível ao art.11, sem um elemento de dolo. A atuação culposa é insuficiente – o que, insista-se, não equivale a afirmar a regularidade dela. É perfeitamente possível, senão obrigatório, punir condutas irregulares ilícitas praticadas por agentes estatais. Mas isso não autoriza a impor sanção de improbidade para toda e qualquer conduta administrativa irregular.

Di Pietro³⁶⁴ também entende necessária para a aplicação da Lei de Improbidade a investigação do *animus* do agente, sob pena de se acionar o Poder Judiciário sem a mínima necessidade, por questões que poderiam ser solucionadas no âmbito administrativo.

Outrossim, postando-se contrária à tese da prescindibilidade de aferição do elemento volitivo do agente, Di Pietro³⁶⁵ esclarece que a responsabilidade objetiva, além de ser aceita apenas quando expressamente prevista, destoa do ordenamento jurídico pátrio, no que concerne à responsabilidade do agente público, haja vista o constante no art. 37, §6º, da Constituição, que assevera a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros, contudo mantendo a responsabilidade subjetiva do agente que causou o dano.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco asseveram que no Direito contemporâneo, assume a condição de dogma, a noção de que não é possível imputar um resultado danoso a alguém estando ausente o elo psíquico que se vincule ao agente³⁶⁶.

Defendem, portanto, que partindo da premissa de que para a aplicação da responsabilidade objetiva é necessário disposição legal expressa, bem como que a prática dos atos de improbidade descritos no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa exige o dolo do agente, descartam a modalidade culposa por um fator lógico-sistemático de eliminação, uma vez que a previsão da culpa, única e exclusivamente no artigo 10, deixa

³⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.704-705.

³⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 919.

³⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 920.

³⁶⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**, p. 339.

claro que a intenção do Legislador é restringi-la à referida hipótese, excluindo-a das demais³⁶⁷.

E explicam, ainda, que³⁶⁸:

Ressalvados os casos em que a responsabilidade objetiva esteja expressamente prevista no ordenamento jurídico, é insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo. Inexistindo um vínculo subjetivo unindo o agente à conduta, e esta ao resultado, não será possível demonstrar “o menosprezo ou descaso pela ordem jurídica e, portanto, a censurabilidade que justifica a punição (*malum passionis ob malum actionis*)”.

Ainda sobre o tema, Marino Pazzaglini Filho³⁶⁹ aduz que:

A ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a ocorrência daquela, por si só, não configura ato de improbidade administrativa. [...] O vocábulo latino *improbitate* tem o significado de “desonestidade” e a expressão *improbis administrator* quer dizer “administrador desonesto ou de má-fé”. [...] Assim, os atos administrativos ilegais que não se revestem de inequívoca gravidade, que não ostentam indícios de desonestidade ou má-fé, que constituem simples irregularidades anuláveis (e não atos nulos de pleno direito), que decorrem da inabilitação ou despreparo escusável do agente público, não configuram improbidade administrativa.

Bitencourt Neto³⁷⁰ também sustenta a impossibilidade da improbidade administrativa sem a verificação de conduta dolosa por parte do agente, uma vez que ninguém é desonesto por imprudência, imperícia ou negligência, devendo restar demonstrada que a conduta burlou a juridicidade, à luz das circunstâncias do caso concreto.

Adota-se aqui a ideia da “falibilidade humana”, arguida cada vez mais no contexto da pós-modernidade. Neste caminho, explica Marrara³⁷¹:

[...] não é adequado que se puna igualmente o administrador que erra tal como qualquer outro profissional no exercício de seu ofício e o administrador que - errando ou acertando - deseja afrontar a moralidade administrativa.

³⁶⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**, p. 341-343

³⁶⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**, p. 340.

³⁶⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 101-102.

³⁷⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 114 e 137.

³⁷¹ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**, p. 170.

O Superior Tribunal de Justiça³⁷², em decisões posteriores à acima colacionada, já decidiu pela necessidade de demonstração do elemento anímico, senão veja-se:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – TIPIFICAÇÃO ART.11 DA LEI 8.429/92) 1. O tipo do artigo 11, da Lei 8.429/92, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa. 2. Atipicidade de conduta por ausência de dolo. 3. Recurso especial provido”. (STJ, Resp n. 534.575/PR, j. em 09.12.2003; *idem* Resp n. 658.415/RS, j. em 27.06.2006)³⁷³.

Assim, *de lege ferenda* seria importante para a efetiva Defesa do Patrimônio Público a objetivação da responsabilidade pelos atos/conduas de improbidade, contudo, considerando a legislação atualmente vigente, entende-se pela imprescindibilidade de demonstração da intencionalidade no cometimento da improbidade.

4.2. Histórico do princípio da moralidade

No presente tópico será analisado o histórico do princípio da moralidade administrativa, primeiramente no plano do Direito estrangeiro e, posteriormente, no Direito brasileiro.

³⁷² Alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da necessidade de investigar o *animus* do agente na análise de eventual ato de improbidade administrativa: Resp n. 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16.03.2004 (DJU de 24.05.2004, p.163); Resp n. 807.551/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.09.2007 (DJU de 05.11.2007, p.226); Resp n.269.863/SC, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 03.11.2004, p.168; Resp n.758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, julgado em 28.03.2006; Resp 604.151/RS, Rel. desig. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 25.04.2006; Resp n.242.632/MG, Rel. Min. Franciulli Neto, julgado em 03.06.2003, apresentados por RAMOS, Jaime. Exigência da má-fé para caracterização dos atos de improbidade administrativa do art.11 da lei n.8.429/92. In: CARLIN, Volnei Ivo. **Grandes temas de Direito Administrativo: Homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi**, p.341-342.

³⁷³ RAMOS, Jaime. Exigência da má-fé para caracterização dos atos de improbidade administrativa do art.11 da lei n.8.429/92. In: CARLIN, Volnei Ivo. **Grandes Temas de Direito Administrativo: Homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi**, p.336-337.

4.2.1. No Direito estrangeiro

Não padece dúvida³⁷⁴ quanto ao fato de que foi Maurice Hauriou o pioneiro a abordar o tema da moralidade administrativa, havendo discussão doutrinária, contudo, quanto ao momento³⁷⁵.

Nestes termos, explica Márcia Noll Barboza³⁷⁶:

Certo, bastante difundida, entre nós, é a versão do autor português Antônio José Brandão, manifestada em artigo publicado no Brasil em 1951, no qual adota como ponto inicial a menção feita por Hauriou à moralidade administrativa num comentário ao caso *Gomel* editado em 1917, havendo tal caso sido decidido pelo Conselho de Estado em 1914. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por seu turno encontra alusão de Hauriou à moralidade administrativa já na primeira edição do *Principes de Droit Public* em 1910. José Guilherme Giacomuzzi, de sua parte, observa, em uma publicação recente, que é de 1903 a primeira referência de Hauriou à moralidade.

Assim, conforme Giacomuzzi, já em 1903, estudando a questão da declaração de vontade no Direito Administrativo francês, Hauriou, na publicação *La Déclaration de Volonté dans le Droit Administratif Français*, ao enfrentar o problema do desvio de poder, aludiu à moralidade, bem como à noção de boa administração³⁷⁷.

Ademais, na obra *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Hauriou³⁷⁸ novamente se referiu à moralidade associada ao controle do desvio de poder, afirmando “que a Administração está vinculada em certa medida pela moral jurídica, particularmente no que concerne ao desvio de poder”.

O controle do desvio de poder, como modalidade do controle do excesso de poder, se firmou e se desenvolveu na França desde o caso *Lesbats* (1864), no qual o Conselho de

³⁷⁴ Não obstante ser quase que pacífico na doutrina administrativista referir-se a Hauriou como o pioneiro a tratar do tema da moralidade administrativa, insta salientar que Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta referência ainda mais remota, qual seja, o Mestre de Toulouse, o qual, alguns anos antes, ao desenvolver sua definição institucional de poder público, conferiu-lhe um sentido valorativo, atrelado aos objetivos da administração pública (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56).

³⁷⁵ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p. 89.

³⁷⁶ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p. 89.

³⁷⁷ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p.89-91.

³⁷⁸ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p. 91 e 93.

Estado anulou ato da Administração que havia negado autorização a uma empresa para estacionamento junto à estação ferroviária, após restar configurado que a negativa de autorização fundava-se, em verdade, na finalidade desviada daquela Administração de favorecer outra empresa de transportes, sem, no entanto, haver sido aplicada ou pelo menos, referida a ideia de moralidade administrativa³⁷⁹.

Estendeu-se, por outra, o controle sobre os fatos motivadores dos atos, precisamente no acórdão do caso Gomel, decidido em 1914, no qual o Conselho de Estado desfez a decisão da Administração que negara autorização para edificar na Praça Beauvau, usando como fundamento uma norma que, segundo entendeu o Conselho de Estado, não se aplicaria ao caso, ampliando de forma inédita o âmbito de análise do conselho ao exame da qualificação dos fatos³⁸⁰.

A seguir, merece destaque a monografia *Le controle jurisdictionnel de la moralité administrative*, em 1929/1930, de Henri Welter, discípulo de Hauriou, na qual se buscou melhor compreender o instituto da moralidade administrativa como forma de controle dos atos administrativos³⁸¹.

O trabalho de Welter, conforme Giacomuzzi³⁸², foi a única obra da época com o propósito de estudar a moralidade administrativa e seu respectivo controle, buscando conferir autonomia à moralidade em face da legalidade, apesar de não ter vingado essa espécie de controle com o rótulo do exame da moralidade, posto que todos os vícios foram incluídos na verificação da legalidade.

Em síntese, conclui Barboza³⁸³:

Tudo isso explica o pouco crédito dado à noção de moralidade administrativa ali mesmo, na França, onde fora elaborada. De certo porque, além de vaga, mostrou-se desnecessária ao controle do desvio de poder, fundado no princípio da legalidade, especialmente quando este se viu ampliar, passando a construir exigência de legalidade substancial e não de legalidade formal.

³⁷⁹ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa:** uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p. 95.

³⁸⁰ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa:** uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p. 95.

³⁸¹ CALCINI, Fábio Pallaretti. Princípio da Moralidade Administrativa. In: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**, p.189.

³⁸² GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 89-118 *apud* CALCINI, Fábio Pallaretti. Princípio da Moralidade Administrativa. In: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**, p.189.

³⁸³ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa:** uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p. 96.

4.2.2. No direito brasileiro

Consta menção à moralidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro desde 1930, no Decreto nº 19.938, em seu art.7º. Posteriormente, a Constituição de 1934, embora não aludisse ao princípio da moralidade, dispunha no artigo 113 sobre a ação popular para anulação de atos lesivos ao patrimônio público³⁸⁴.

A Constituição de 1946, da mesma forma, abarcava a penalização de servidores pela prática de atos como enriquecimento ilícito e abuso de função, cargo ou empregos públicos, constatando-se disposições parecidas no texto constitucional de 1967 e na Emenda de 1969³⁸⁵.

Ademais, conforme Calcini³⁸⁶, a moralidade pode ser encontrada implicitamente em várias Constituições brasileiras por meio de expressões correlatas, citando exemplificadamente, as de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e Emenda Constitucional de 1969, onde se referiu à exigência de respeito à probidade administrativa pelo Presidente da República.

Não se deve esquecer de fazer menção também à Lei 4.717/65, que versa sobre a ação popular, posto que apesar de não ter se referido expressamente à moralidade administrativa, esta estaria inserida no controle do desvio de finalidade³⁸⁷.

Segundo Fábio Calcini³⁸⁸, os principais precursores no Brasil no estudo do alcance da moralidade administrativa antes da sua positivação constitucional em 1988 foram Antônio José Brandão, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Caio Tácito, José Cretella Júnior, entre outros.

A moralidade administrativa era entendida, segundo a compreensão da doutrina da época, no período anterior a 1988, como observância de uma moral jurídica extraída da disciplina interna da Administração, com conteúdo determinado essencialmente pela ideia

³⁸⁴ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa:** uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p. 97.

³⁸⁵ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa:** uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p. 97.

³⁸⁶ CALCINI, Fábio Pallaretti. Princípio da Moralidade Administrativa. *In:* MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**, p.190.

³⁸⁷ CALCINI, Fábio Pallaretti. Princípio da Moralidade Administrativa. *In:* MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**, p.190.

³⁸⁸ CALCINI, Fábio Pallaretti. Princípio da Moralidade Administrativa. *In:* MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**, p.190-191.

de função administrativa, da qual se origina a noção de boa administração, devendo esta observância ser fiscalizada no terreno da discricionariedade administrativa, especialmente, mas não somente, no caso do desvio de poder³⁸⁹.

No campo jurisprudencial anterior à Constituição de 1988, apesar da “timidez” quanto ao enfrentamento do tema em estudo, Marcia Noll Barboza³⁹⁰ apresenta uma decisão do Tribunal de Justiça paulista, datada de 1º de março de 1966, em que o Relator Des. Cardoso Rolim, nos autos da Apelação Cível nº 151.580, ao tratar do controle de legalidade sobre Administração Pública, explicou que:

[...] por legalidade ou legitimidade se entende não só a confirmação do ato com a lei, mas também com a moral administrativa e com o interesse coletivo, indissociável de toda atividade pública. Tanto é ilegal ou ilegítimo o que desatende à lei, como o que violenta a moral da instituição, ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoal, grupos ou partidos favoritos da Administração.

Ocorre que o marco principal em termos de força normativa e importância dogmática para o princípio da moralidade veio com sua positivação na Carta de 1988.

Assim, além das previsões constantes do artigo 37, *caput*, e § 4º, a moralidade encontra-se disposta na Constituição de 1988 no art. 5º, inc. LXXIII e no art. 14, § 9º, sem prejuízo do emprego de expressões ligadas à moralidade, como arts. 12, inc. III; 15, inc. V, 55, inc. II, § 1º; 73, § 1º, inc. II; 85, inc. V; 97, § 10, inc. III; 119, inc. III; 120, inc. III³⁹¹.

Segundo Barboza³⁹², para a melhor compreensão acerca do alcance e fundamento do princípio da moralidade faz-se necessário entender sua conformação constitucional e, especificamente, seus princípios fundantes, quais sejam, o do Estado de Direito, o do Estado Democrático e o do Estado Social.

³⁸⁹ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa:** uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p. 107.

³⁹⁰ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa:** uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p. 98.

³⁹¹ CALCINI, Fábio Pallaretti. Princípio da Moralidade Administrativa. In: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**, p.190.

³⁹² BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa:** uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p. 108.

O princípio do Estado de Direito se acha referido à ideia, proclamada nas Revoluções Francesa e Americana, de submissão do Estado ao Direito, ou seja, um Estado Constitucional³⁹³.

Quanto ao princípio do Estado Democrático, trata-se de, reconhecendo a soberania popular, exaltar a noção de exercício de função administrativa voltada ao atendimento do interesse público, ou ainda, como pregava Lincoln, “governo do povo, pelo povo e para o povo”³⁹⁴.

Por fim, o princípio do Estado Social se consagra no reconhecimento de um novo conjunto de finalidades estatais voltadas à realização concreta do princípio democrático, como traçado, no Brasil, por meio dos artigos 1º e 3º da Constituição de 1988³⁹⁵.

Conclui-se, assim, que o grande e especial momento histórico brasileiro em termos de eticização da Administração Pública ocorreu com a positivação expressa no texto constitucional do princípio da moralidade administrativa.

4.3. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição brasileira de 1988

Inicialmente, conforme acima exposto, a moral administrativa encontrava-se, antes de sua constitucionalização, relacionada à disciplina interna da Administração, razão pela qual o seu controle também somente poderia ser feito internamente, excluída a apreciação pelo Poder Judiciário, o qual restringia sua intervenção no exame da legalidade dos atos da Administração, mas não no mérito ou na moralidade³⁹⁶.

Ocorre que, buscando possibilitar o exame judicial da moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser entendido como hipótese de ilegalidade sujeita, portanto, ao controle judicial, apesar do fato de que no desvio de poder o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato; assim, o direito ampliou o seu círculo para

³⁹³ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa:** uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p. 108.

³⁹⁴ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa:** uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p.112-113.

³⁹⁵ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa:** uma abordagem de seu significado e sua potencialidade à luz da noção de moral crítica, p. 113-114.

³⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p.78.

abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral³⁹⁷. No mesmo sentido, segundo Celso Ribeiro Bastos³⁹⁸, “a noção de moralidade administrativa está, em sua origem, vinculada à ideia de desvio de poder”.

Discorrendo sobre o tema, Nohara³⁹⁹ ensina que:

É por esse motivo que a análise da moralidade penetrou no Direito Administrativo pela via de verificação do desvio de finalidade, que abrange a invalidação de atos administrativos praticados visando a fim diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na competência do agente.

Conclui-se, à luz dos ensinamentos de Kildare Gonçalves⁴⁰⁰, que:

a moralidade surge para coibir as arbitrariedades e os excessos cometidos pelo Poder Público, na esfera da discricionariedade, submetendo-se a Administração à finalidade a que deva visar. A exigência do comportamento conforme à moralidade representa uma evolução do controle de desvio de finalidade ou de excesso de poder.

Ocorre que a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição de 1988 foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público, posto que até então, a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para os agentes políticos como crime de responsabilidade, sendo que para os demais (servidores públicos em geral) punia-se apenas o enriquecimento ilícito no exercício do cargo⁴⁰¹.

Com a inserção do princípio da moralidade na Carta Magna de 1988, a exigência de moralidade estendeu-se a toda a Administração Pública, e a improbidade ganhou abrangência maior, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos e a abranger infrações outras que não apenas o enriquecimento ilícito⁴⁰².

³⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p.78.

³⁹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da moralidade no Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva [coord.]. **O princípio da moralidade no Direito Tributário**, p.79.

³⁹⁹ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**, p.77.

⁴⁰⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**, p.926.

⁴⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 900.

⁴⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 900.

Ensina Aristides Junqueira⁴⁰³ que pela primeira vez na história constitucional brasileira, explicitou-se que o princípio da moralidade, ao lado dos demais princípios, é pilar em que se deve fundamentar a Administração Pública, segundo dicção do art. 37, *caput*, da Carta Política de 1988.

Contudo, importante ressaltar que, sem embargo de possíveis divergências quanto ao sentido e alcance da expressão moralidade administrativa, a ela já se fazia referência como requisito de validade de atos da Administração Pública bem antes do advento da Constituição de 1988, alerta Márcio Cammarosano⁴⁰⁴.

Outrossim, percebe-se que a previsão do princípio da moralidade no texto constitucional é coerente com a evolução do princípio da legalidade ocorrida no sistema jurídico de outros países, evolução essa que levou à instituição do Estado Democrático de Direito, consagrado no preâmbulo da Constituição e em seu art. 1º⁴⁰⁵.

Significou, segundo Di Pietro⁴⁰⁶, a busca de superação ao positivismo jurídico e a ampliação do princípio da legalidade, que passou a abranger outros valores, como os da razoabilidade, boa-fé, moralidade, economicidade e tantos outros atualmente consagrados na doutrina, na jurisprudência e até em normas expressas, reconquistando o conteúdo axiológico do direito, perdido em grande parte com o positivismo jurídico.

Cármem Lúcia Antunes Rocha⁴⁰⁷, ao explicar esse processo de eticização no direito brasileiro, aduz que:

A superveniência de um novo modelo de ordem jurídica, buscando em todo mundo, no qual a ética impõe a absorção do princípio moral como princípio do Direito posto à observância e aplicação em determinado Estado, determinou que, nas décadas mais recentes e, em especial, nos últimos anos, acordassem constituintes e legisladores em que se fizesse, expressamente, Direito o que, antes, era norma moral ou que se debatesse sobre a sua presença implícita no sistema jurídico. Cessaram, grandemente, as observações contrárias à inclusão da moralidade administrativa como princípio fundamental do Direito, vez que o momento vivido impõe a institucionalização da norma de conduta ética obrigatória.

⁴⁰³ ALVARENGA, Aristides Junqueira. O princípio da moralidade no Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva [coord.]. **O princípio da moralidade no Direito Tributário**, p.46.

⁴⁰⁴ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**, p. 92.

⁴⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 900.

⁴⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 900.

⁴⁰⁷ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**, p. 186.

Na realidade, a partir do advento da Constituição de 1988, conforme observa a ministra da Suprema Corte, Cármen Lúcia Rocha⁴⁰⁸, “a Administração Pública constitucionalizou-se”.

Entretanto, de nada adiantaria insculpir o princípio da moralidade administrativa expressamente no texto constitucional, dentre as normas reitoras da Administração, se não fossem previstas sanções e instrumentos de controle dos atos contrários à moral.

Neste diapasão, importante registrar que a conduta do administrador público que viole intencionalmente o princípio da moralidade administrativa configura improbidade, permitindo ao Ministério Público a propositura de ação civil pública por ato de improbidade, com base na Lei nº 8.429/92, importando a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, de acordo com o disposto no art. 37, §4º, da Constituição; caracteriza, ainda, crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos que atentem contra a probidade administrativa, conforme determina o art. 84, V, da Constituição Federal⁴⁰⁹.

Além disso, o princípio da moralidade administrativa encontra-se protegido pela norma do art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, ao estabelecer o cabimento da ação popular para anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, entre outros⁴¹⁰.

Assim, cabe ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional, não apenas da legalidade do ato administrativo, mas também sua conformidade com a moral administrativa, o que alarga a jurisdição para o controle de legitimidade, reconhecendo-se ao magistrado uma margem de discricionariedade⁴¹¹.

Carvalho Filho⁴¹² reforça que “quando a Constituição se refere a atos lesivos à moralidade administrativa, deve entender-se que a ação é cabível pelo simples fato de ofender esse princípio, independentemente de haver ou não lesão patrimonial”.

Importante destacar também, que a Constituição de 1988, ao prever dentro do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu artigo 5º, inciso LXXIII, o instrumento da

⁴⁰⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**, p. 15.

⁴⁰⁹ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**, p.79.

⁴¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p.123.

⁴¹¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**, p.928.

⁴¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p.22.

ação popular para fins de controle da Administração Pública, visando à anulação do ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, concebeu a moralidade administrativa, ao lado do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, como direito fundamental⁴¹³.

No mesmo sentido, Juarez Freitas⁴¹⁴ defende a ideia de um direito fundamental à boa administração pública, decorrente do princípio constitucional da moralidade, explicando que:

[...] ao se estudar o princípio em tela, é preciso ter em mente o direito síntese à boa administração pública (Conceito inspirado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, art.41), que pode ser compreendido em nosso sistema, como direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz (logo, precavida), proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas⁴¹⁵.

Ocorre que, mesmo aqueles mais resistentes à noção de um direito fundamental à moralidade administrativa, não se pode negar que os comportamentos (meios) atentatórios ao fim almejado pelo princípio da moralidade administrativa acarretam efeitos imediatos a outros direitos fundamentais de aceitação indiscutíveis, como o direito à dignidade, à cidadania, à saúde, à educação, à moradia, entre outros, haja vista que os recursos existentes e que deveriam ser canalizados à realização e concretização desses direitos fundamentais são “escoados” e “desviados” por agentes públicos ímprobos, verificando-se uma “relação simbiótica entre corrupção e comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo”⁴¹⁶.

Nesse sentido, devem ser garantidas à moralidade administrativa (e à probidade administrativa, enquanto direito/dever decorrente do princípio da moralidade) todas as

⁴¹³ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**: comentários à lei de improbidade, p. 156.

⁴¹⁴ Juarez Freitas, conceituando esse direito fundamental à boa administração, entende ser “o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”, conforme FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública e o Direito Administrativo Brasileiro do século XXI. Direito Administrativo em Debate**. Rio de Janeiro, setembro, 2008. Disponível na internet: <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>> Acesso em: 09 de agosto de 2013.

⁴¹⁵ FREITAS, Juarez. Princípio da precaução e o direito fundamental à boa administração pública. In: CARLIN, Volnei Ivo. **Grandes temas de Direito Administrativo**: Homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi, p.450-451.

⁴¹⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**, p. 25.

características e garantias inerentes aos direitos fundamentais, dentre outras, a universalidade, a indivisibilidade, a imprescritibilidade, a aplicação e exigibilidade imediatas, a complementaridade, a inviolabilidade, a indisponibilidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a vedação ao retrocesso e a efetividade.

Humberto Ávila⁴¹⁷, no intuito de comprovar que a Carta Magna, ao prever o dever de moralidade como um dos princípios fundamentais da Administração Pública, não o fez de forma isolada e abstrata apenas com a disposição do artigo 37, *caput*, ao contrário, estabeleceu um rígido padrão de comportamentos para o ingresso e para o exercício da função pública, apresenta uma sistematização composta de cinco pontos.

Primeiro, estabelecendo valores fundamentais, como dignidade, trabalho, livre iniciativa (art. 1º), justiça (art. 3º), igualdade (art. 5º, *caput*), liberdade, propriedade e segurança (art. 5º, *caput*) e estabilidade das relações (art. 5º, *caput* e XXXVI), sendo que a positivação desses valores implica não só o dever de que eles sejam considerados no exercício da atividade administrativa, como também proibição de que sejam restringidos sem plausível justificação⁴¹⁸.

Segundo, instituindo um modo objetivo e impessoal de atuação administrativa, baseado nos princípios do Estado de Direito (art. 1º), da separação dos poderes (art. 2º) e da legalidade (art. 5º e 37), conferindo primazia aos atos exercidos sob amparo jurídico em detrimento daqueles praticados arbitrariamente⁴¹⁹.

Terceiro, criando procedimentos de defesa dos direitos dos cidadãos, por meio de universalização da jurisdição (art. 5º, XXXV), da proibição de utilização de provas ilícitas (art. 5º, LVI), do controle de atividade administrativa via mandado de segurança e ação popular, inclusive contra atos lesivos à moralidade (art. 5º, LXIX e LXXIII) e da anulação de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º)⁴²⁰.

Quarto, criando requisitos para o ingresso na função pública, o que implica a escolha da seriedade e da reputação como requisitos do homem público, mediante a exigência de concurso público (art. 37, II), a vedação de acumulação de cargos (art. 37, XVI), proibição de autopromoção (art. 37, XXI, § 1º), a necessidade de demonstração de

⁴¹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 94-95.

⁴¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 94-95.

⁴¹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 94-95.

⁴²⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 94-95.

idoneidade moral ou reputação ilibada para ocupar os cargos de ministro do Tribunal de Contas (art. 73), do Supremo Tribunal Federal (art. 101), do Superior Tribunal de Justiça (art. 104), do Tribunal Superior Eleitoral (art. 119), do Tribunal Regional Federal (art. 120), a exigência de idoneidade moral para requerer a naturalidade brasileira (art. 12), e a proibição de reeleição por violação à moralidade (art. 14)⁴²¹.

Quinto, institutos variados e mecanismos de controle da atividade administrativa, inclusive mediante controle de legitimidade dos atos administrativos pelos Tribunais de Contas (art. 70)⁴²².

Portanto, não se apresenta correto limitar a constitucionalização da exigência moral no administrar a *res publica* ao dispositivo do art.37 da Carta Magna, posto que diversos outros dispositivos constitucionais possuem íntima relação com o que se espera dos agentes públicos em termos de moralidade administrativa.

A intenção da Carta Magna brasileira foi traçar um rígido padrão de comportamentos que se espera no exercício da função administrativa no país.

4.4. Breves apontamentos sobre a incidência do princípio da moralidade no processo administrativo brasileiro

É inegável a guinada valorativa promovida pela Carta Magna de 1988 no Brasil, fato que produziu reflexos em todos os ramos do ordenamento jurídico pátrio, notadamente no Direito Administrativo, seja em sua parte material, seja em sua parte processual.

No presente ponto pretende-se analisar, ainda de que forma sucinta, a incidência do princípio da moralidade nos processos administrativos brasileiros.

Segundo definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”⁴²³.

⁴²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 94-95.

⁴²² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 94-95.

⁴²³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 495.

Deve-se registrar, ainda, que parte da doutrina limita o emprego do conceito de processo administrativo aos casos em que existe interesse de particulares, ou seja, em que exista uma controvérsia entre Administração e administrado ou servidor, tratando os demais casos como “processos de expediente”⁴²⁴.

Entretanto, a maior parte dos estudiosos do Direito Administrativo não admite essa restrição, tratando o processo administrativo como instrumento indispensável para o exercício da função administrativa⁴²⁵.

Bandeira de Mello⁴²⁶, discorrendo sobre a relevância do estudo do processo administrativo na atualidade, aduz que:

Seu relevo decorre do fato de ser um meio apto a controlar o ‘iter’ de formação das decisões estatais, o que passou a ser um recurso extremamente necessário a partir da multiplicação e do aprofundamento das ingerências do Poder Público sobre a Sociedade. Estas se alargaram e se intensificaram como fruto das profundas transformações ocorridas na concepção de Estado e, pois, das missões que lhe são próprias.

E arremata o grande mestre administrativista⁴²⁷:

Diante deste fenômeno do agigantamento do Estado e, mais do que isto, do agigantamento da Administração, que passou a intervir avassaladoramente na vida de cada cidadão, a resposta adequada e natural para impedir-lhe o amesquinamento e buscar preservar, o quanto possível, o equilíbrio entre ambos teria de ser o asseguramento da presença do administrado no circuito formativo das decisões administrativas que irão atingi-lo. Com isto também se enseja maior descortino para as atuações da Administração, pois esta agirá informada, também, pela perspectiva exibida pelo interessado, o qual pode acender luzes prestantes para avaliação mais completa do assunto que esteja em causa. Uma vez que a ‘vontade’ administrativa do Estado é formada na seqüência que se denomina ‘procedimento administrativo’, discipliná-lo é o meio idôneo para mantê-la sob controle. Assim, antes que desembosque em sua conclusão final – antes, pois, de se fazer eventualmente gravosa a alguém -, pode-se zelar por seu correto e prudente encaminhamento.

Nesse diapasão, concebendo o processo administrativo como instrumento indispensável ao exercício da função administrativa⁴²⁸, a ele (processo administrativo) se

⁴²⁴ Nesse sentido, por exemplo, Hely Lopes Meirelles, conforme DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 699.

⁴²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 699.

⁴²⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 502.

⁴²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, p. 504-505.

⁴²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 699.

aplicam, integralmente, os princípios “enformadores” da Administração Pública, conforme art. 37, *caput*, da Carta Magna, bem como os demais dispositivos constitucionais que impõem ao administrador o dever de agir de forma ética e em conformidade com o Direito, não limitando suas ações à observância da Lei.

Na mesma linha, Odete Medauar⁴²⁹ explica que:

O processo administrativo configura-se como ponto de encontro ou ponto de convergência de vários princípios e regras comuns que presidem à atividade administrativa. Torna-se, então, campo propício à concretização de tais parâmetros, muitos dos quais consagrados constitucionalmente.

Como se não bastasse, no início do ano de 1999 foi publicada a Lei 9.784⁴³⁰, alterada pelas Leis 11.917/06 e 12.008/09, a qual disciplinou o processo administrativo brasileiro em nível federal, prevendo as normas gerais acerca do processo administrativo. Dentre os temas tratados pela referida normativa federal, destacam-se os princípios concebidos em seu art. 2º, em especial o da moralidade⁴³¹, objeto de análise no presente trabalho, e que deverá ser rigorosamente observado pela Administração na condução de seus processos administrativos, cumprindo seu dever de agir ético.

Importante registrar que, se num primeiro momento o estudo acerca do processo administrativo foi restringido ao aspecto interno, qual seja, à verificação dos requisitos de validade do ato administrativo e à garantia de respeito aos direitos dos indivíduos, atualmente seu estudo e concretização passam a abranger perspectivas externas (sociais e políticas), dentre as quais se destacam: a legitimação do poder, o correto desempenho da função administrativa, aproximação entre Administração e cidadãos, facilidade de controle interno e externo da Administração e a realização da Justiça na Administração Pública⁴³².

⁴²⁹ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 74.

⁴³⁰ BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Lei sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2013.

⁴³¹ Vide art. 2º, com destaque para seu *caput* e incisos I, II, III, IV, VI, VII, IX e XIII, bem como art. 4º, todos da Lei 9784/99. (BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Lei sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em 15 de novembro de 2013).

⁴³² MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**, p. 65-74.

Nesse diapasão, muito relevante os apontamentos apresentados pela professora Shirlei Silmara de Freitas Mello⁴³³, no sentido de que:

Com a evolução da Administração Pública, a tendência é que o administrado passe a participar cada vez mais em quantidade e qualidade na gestão e no controle dos atos administrativos. Isso é democracia. O Estado *é meio*, não fim. Sua existência justifica-se na medida em que satisfaz as necessidades públicas. O Administrador de hoje deve preocupar-se com o trabalho que precisa ser feito para atender aos reclamos sociais e, desse modo, organizar-se quanto à melhor maneira de realizar tal trabalho.

Bacellar Filho⁴³⁴, em sua aplaudida obra sobre processo administrativo disciplinar, ao trabalhar a noção de processo e procedimento administrativo como instrumentos juspolíticos do Estado Democrático de Direito, aduz que este pressupõe a existência de uma ordem legitimada e legalizada. Assim, ao lado do agir legal por parte da Administração, deve ser buscado também o agir legítimo, que envolve o respeito aos “valores consensualmente aceitos”⁴³⁵ socialmente.

Essa participação popular no exercício da função administrativa, portanto, ocorre num primeiro momento de forma representativa (por meio da representatividade parlamentar do cidadão na elaboração de normas abstratas voltadas a regular o exercício do poder pela Administração Pública, inclusive as regras para o processo administrativo); num segundo momento, ocorre de forma concreta, com a participação do administrado no processo administrativo, que poderá ser ouvido preventivamente antes da tomada de decisões por parte da Administração⁴³⁶.

Mas não é só, alerta Bacellar Filho⁴³⁷, pois “o ‘democrático’ imprime ao Estado de Direito uma ordem ética. Por meio do processo e do procedimento administrativo pode-se controlar a vinculação da Administração aos valores constitucionais legitimantes”.

Nesta perspectiva, deve-se sempre lembrar o forte apelo ético do elogiado art. 2º da Lei 9.784/99⁴³⁸, o qual traça diretrizes e vetores a serem perseguidos no processo administrativo⁴³⁹.

⁴³³ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela Cautelar no Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 81.

⁴³⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 129.

⁴³⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 129.

⁴³⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 129-138.

⁴³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 137.

Portanto, pretendeu-se no presente item apenas demonstrar que a exigência ética no desempenho da função da administrativa não se limita ao Direito Administrativo material, mas também à sua parte instrumental. Deve-se atentar, portanto, a essa perspectiva externa do processo administrativo, enquanto instrumento de (re)ligação entre a Administração Pública e os administrados, em que a decisão frutifique sempre de forma ética.

4.5. Moralidade jurídica x moralidade comum

A busca pela melhor compreensão do princípio da moralidade administrativa, por meio do estabelecimento de limites na definição de seu significado, exige do intérprete, já num primeiro momento, decidir onde buscará conhecer os valores que fundamentam e delineiam tal conteúdo: no campo da moral comum ou no campo do Direito.

Portanto, cabe destacar desde o início, que o princípio em estudo não possui como fonte referencial de conteúdo o sistema da moral (valores universais, setoriais ou meramente individuais). Ao contrário, a revelação do significado do princípio da moralidade administrativa deve ser buscado no sistema jurídico, posto que se está a tratar não da moralidade comum, mas da moralidade “juridicizada”⁴⁴⁰.

Assim, o princípio jurídico da moralidade não deve ser confundido com a moralidade comum, já que enquanto a última preocupa-se com a distinção entre o bem e o mal, o primeiro é composto não somente por correção de atitudes, mas também por regras

⁴³⁸ Vide art. 2º, com destaque para seu *caput* e incisos I, II, III, IV, VI, VII, IX e XIII, da Lei 9784/99 (BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Lei sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em 15 de novembro de 2013).

⁴³⁹ Os autores Nohara e Marrara, comentando o art. 2º da Lei do Processo Administrativo brasileiro, explicam que “Esse dispositivo incorpora no processo administrativo visão que transcende o legalismo meramente formalista e valoriza a dimensão axiológica na interpretação do processo administrativo”, conforme NOHARA, Irene Patricia; MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo** – Lei nº 9.784/99 comentada, p. 36.

⁴⁴⁰ Nesse sentido, explica Cernicchiaro que “A ‘moralidade’ administrativa, ao ser consagrada, na Constituição da República, não obstante o *nomen iuris*, embora, conservando as características próprias da Moral, foi ‘juridicizada’”, conforme CERNICCHIARO, Luiz Vicente. O princípio da moralidade no Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva [coord.]. **O princípio da moralidade no Direito Tributário**, p.39.

de boa administração, pela ideia de função administrativa, interesse do povo, do bem comum, ou seja, “moralidade administrativa está ligada ao conceito de bom administrador”⁴⁴¹.

Portanto, a moralidade administrativa encontra-se interligada ao próprio Direito, que consagra valores que recolhe de outras ordens normativas do comportamento humano, inclusive de ordens morais, incorporando ao sistema jurídico como direito posto, de sorte que ao exigir sua observância, não se lhe impõe obediência ou submissão senão ao próprio Direito⁴⁴².

Em conclusão semelhante, enfatiza Eros Grau⁴⁴³ que “as possibilidades de realização de justiça material hão de residir – ou não residir – no próprio direito, em seus princípios; não se as pode buscar além dele, em valorações abstratas, subjetivas”.

Nesta senda, os comportamentos exigidos situam-se no campo da ética objetiva - sistema do Direito, e não no campo da ética subjetiva, a qual é desprovida de exigibilidade, coercibilidade e bilateralidade – sistema da Moral.

Juarez Freitas⁴⁴⁴ adverte que “a boa defesa do princípio da probidade pressupõe o afastamento de qualquer tentação monista que pretenda identificar plenamente as esferas do legal e do moral”.

Cammarosano⁴⁴⁵ também preleciona que:

o princípio da moralidade não está referido à moral comum - e convém acrescentar, individual ou social - ou a este ou aquele ideal de justiça consubstanciado nas convicções pessoais de quem quer que seja, ou numa proposta justiça absoluta, universal. Trata-se de moral jurídica.

Assim, não deve ser admitido ao intérprete conferir significado à moralidade administrativa fora do que esteja positivado dentro do ordenamento jurídico. O Direito é que apresenta parâmetros ao intérprete para conhecer o que integra o conceito de moral administrativa.

⁴⁴¹ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, p.39.

⁴⁴² CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**, p. 74-75

⁴⁴³ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, p.112.

⁴⁴⁴ FREITAS, Juarez. Reflexões sobre Moralidade e Direito Administrativo. **Revista do Direito da UNISC**. Disponível na internet: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/671/462>. Acesso em: 09 de agosto de 2013.

⁴⁴⁵ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**, p. 66.

Neste diapasão, quando se fala em princípio da moralidade não se está retroagindo à pré-modernidade, conforme alerta Mendes e Branco⁴⁴⁶, abandonando o objetivismo do conhecimento jurídico moderno e retornando a compreensões morais ou moralistas que esclarecem o certo ou o errado. Na verdade, o reconhecimento da moralidade como princípio jurídico apenas significa a atribuição a determinado ato formalmente jurídico de uma dimensão ética, em que a correção de determinada forma jurídica pode ser questionada em razão de sua desconformidade com determinado critério de correção.

Não se deve confundir, assim, por mais que referidos sistemas atualmente se observam⁴⁴⁷, o sistema jurídico com o sistema moral. Com a positivação do princípio da moralidade administrativa passou-se a exigir (dentro do sistema jurídico) comportamentos dos agentes públicos no sentido de se alcançar o propósito traçado, ou seja, a moral nas relações e atividades administrativas.

O que se visa a alcançar não são conceitos morais individualizados (seja do magistrado, do promotor de justiça curador do patrimônio público ou do próprio administrador) e nem universais (recorrendo a pensamentos metafísicos), mas a moral jurídica, juridicizada diante daquele determinado contexto histórico-social.

Eros Grau⁴⁴⁸ alerta, em caminho semelhante que:

A insistente alusão à necessidade de um ‘retorno à moralidade’, de uma ‘eticização do direito’, sem que as qualifique, pode nos conduzir a um mundo amargo e cruel. A questão é que não existe uma ética universal. As éticas são inúmeras. Assim, esse ‘retorno à moralidade’, através da ética nos coloca ao sabor dos particularismos, especialmente porque a modernidade opera uma cisão entre a felicidade (objetivo da ética) e o bem. As tiranias, os autoritarismos, se instalam sob o pretexto desses particularismos, acima da lei, quando um homem ou um grupo de homens invoca a própria santidade, honestidade ou boa consciência para desprezar a legalidade, os procedimentos legais e a universalidade da lei. Não pretendo, no apelo à ética que meu texto se depreende,

⁴⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 847.

⁴⁴⁷ Niklas Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 55, 28 e 56, explica que: “Na sociedade moderna, não se pode confundir o Direito com a Moral. Portanto, uma norma moral não é, apenas por ser norma moral, válida dentro do sistema jurídico. No entanto, o fechamento operativo do sistema não significa isolamento causal e “não se pode negar a circunstância de que as fundamentações éticas e jurídicas possam coincidir”. O sistema do Direito, ao observar seu ambiente, no qual se incluem os demais sistemas, e, entre eles, a Moral, reflete sobre si mesmo e tal reflexão pode ter repercussão nas próprias operações jurídicas. Em outras palavras, o Direito pode observar – e frequentemente o faz – a Moral e, de acordo com os seus próprios critérios – que são jurídicos –, decidir por se adaptar ou não àquilo que foi observado”, *apud* GARCIA, Fernando Couto. Princípio jurídico da moralidade administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_55/artigos/Art_Fernando.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2013.

⁴⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, p. 111-112.

substituir esses valores formais por uma ética que projete, e represente, as particularidades de determinados agrupamentos de indivíduos. [...] Por isso mesmo, a eticização do direito pela qual se clama apenas poderá ser realizada, no presente, mediante a adição de conteúdos às formas jurídicas, o que importa desenvolvam os juristas não uma atividade exclusivamente técnica e significa atuem segundo uma ética na lei (não acima da lei). Essa ética é a ética dos princípios jurídicos.

Dessa forma, para que possa servir de fundamentação aos intérpretes, somente os valores positivados nas Constituições constituem objeto do Direito, ou seja, os critérios morais que interessam são apenas os positivados e não qualquer lei moral⁴⁴⁹.

A partir das considerações acima, resta mais clara a diferença entre a moral universal ou comum, cuja definição é um processo aberto a todos, vencendo o “melhor” argumento, de uma moral positivada ou juridicizada, cujo conteúdo é restrito ao âmbito jurídico⁴⁵⁰.

Nesta perspectiva, a fonte de pesquisa do intérprete quanto aos valores integrantes do conceito de moralidade administrativa deve ser o próprio Direito, iniciando sua pesquisa pelos valores positivados (que não se confunde com previsão expressa, podendo ser implícita) na Constituição, passando subsidiariamente para a verificação dos positivados nas normas infraconstitucionais.

Conferem-se, desse modo, limites racionais de controlabilidade quanto ao que seja ou não moralmente correto no âmbito administrativo.

4.6. Problematizações do princípio da moralidade administrativa: a necessidade de um método seguro, racional e controlável de interpretação e aplicação do princípio

Ultrapassada a questão anterior quanto à fonte jurídica dos valores integrantes do conteúdo do princípio da moralidade, precipuamente o texto constitucional e, subsidiariamente, as normas infraconstitucionais, conferindo caráter institucional a ditos

⁴⁴⁹ MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo, p.126.

⁴⁵⁰ MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo, p.128.

valores, insta no presente tópico apresentar um método para a interpretação e aplicação do princípio da moralidade administrativa, na intenção de auxiliar o intérprete na busca da “melhor decisão possível”⁴⁵¹ frente a um caso concreto.

O princípio da moralidade administrativa (fim almejado pela norma), para ser concretizado, exige que o comportamento dos agentes públicos para com os administrados e para com a própria Administração seja probó, leal, sincero, objetivo, correto, motivado, de boa-fé, com zelo, sério ⁴⁵², entre outros atributos aptos a alcançar o propósito traçado (ser moral – princípio da moralidade administrativa).

Revelou-se, também, que o conteúdo da moralidade deverá ser atingido a partir da pesquisa dos componentes do próprio Direito (que não se limita à lei), conferindo juridicidade ao princípio da moralidade.

Mostra-se necessário agora investigar como operacionalizar a interpretação e aplicação do princípio da moralidade administrativa.

Sabe-se que dentre as hipóteses legais para a prática de ato de improbidade administrativa encontram-se: o enriquecimento ilícito, causar prejuízo ao erário e a violação aos princípios da Administração Pública⁴⁵³.

A singela verificação das hipóteses legais acima apresentadas já anuncia que é possível a ocorrência de ato de improbidade administrativa sem que tenha ocorrido enriquecimento ilícito e/ou prejuízo ao erário⁴⁵⁴, desde que a conduta/ato represente violação aos princípios reitores da Administração Pública.⁴⁵⁵

Assim, o primeiro aspecto a ser examinado pelo intérprete se refere, como já analisado, à intencionalidade da conduta/ato do agente contra os princípios “enformadores”

⁴⁵¹ Sobre o tema, vide FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional ‘*versus*’ a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴⁵² 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>. Acesso em: 06 de agosto de 2013.

⁴⁵³ Lei de Improbidade Administrativa (8429/92), artigos 9, 10 e 11, respectivamente.

⁴⁵⁴ Nesse sentido, reforça Juarez Freitas: “vê-se que a ação ímproba do agente público, ainda quando não cause qualquer dano material ao erário, nem enriquecimento ilícito, pode já representar uma violação nuclear e inescusável do princípio da moralidade, de maneira a configurar improbidade administrativa, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92, isto é, a chamada improbidade por violação a princípios”, *apud* FREITAS, Juarez. Reflexões sobre Moralidade e Direito Administrativo. **Revista do Direito da UNISC**. Disponível na internet: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/671/462>. Acesso em: 09 de agosto de 2013.

⁴⁵⁵ Vide REExt. nº 160.381-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1030, STF.

da Administração, dentre os quais se insere o princípio constitucional da moralidade administrativa.

A seguir, utilizando-se do método elaborado por Luis Roberto Barroso e das diretrizes hermenêuticas traçadas por Ana Paula de Barcellos, conforme detalhados no segundo capítulo, item 2.5, deverá se empregar o método da ponderação, por se mostrar o mais adequado à interpretação e aplicação dos princípios jurídicos, mormente no contexto contemporâneo marcado pela complexidade e pelo pluralismo.

Ademais, recomenda-se o emprego do postulado da razoabilidade como ferramenta no processo hermenêutico da ponderação, nos termos já expostos no item 2.6 do presente estudo.

Recordando, portanto, conforme Ávila⁴⁵⁶, dentre várias acepções à razoabilidade, três se destacam, quais sejam: a) razoabilidade como equidade: exigindo relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto; b) razoabilidade como congruência: exigindo uma necessária vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência; c) razoabilidade como equivalência: exigindo uma relação de equivalência entre duas grandezas.

Em outras palavras, mas com resultados bastante próximos, pode-se adotar também a noção de razoabilidade/proporcionalidade (em sentido lato) como princípio, usando-se dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme também já exposto no tópico 2.6 do estudo em epígrafe.

Portanto, fazendo uso do postulado normativo da razoabilidade, o intérprete deverá analisar se o objeto de sua análise pode ser qualificado como um ato imoral do ponto de vista jurídico-administrativo, concebendo a moral, conforme já alertado anteriormente, como a moral jurídica ou juridicizada e não conceitos comuns, universais, individualmente subjetivos ou de determinado grupo.

Evitando-se a confusão entre a moralidade juridicizada perante determinada sociedade em certo contexto histórico-social (princípio da moralidade – no sistema do Direito) e a moralidade comum (sistema da Moral), deverá o intérprete se socorrer do postulado da razoabilidade, enquanto *metanorma* que servirá de ferramenta de destacada

⁴⁵⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 154/162.

importância na interpretação do caso concreto à luz do princípio da moralidade administrativa.

Nesse sentido, Di Pietro reforça ao aduzir que “na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade”⁴⁵⁷.

No intuito de possibilitar uma melhor compreensão de como operar, na prática, a verificação de incidência do princípio da moralidade administrativa, propõe-se abaixo, de forma meramente ilustrativa e exemplificativa, a análise de situações hipotéticas, utilizando o roteiro hermenêutico acima apresentado.

Suponha-se que um prefeito de um pequeno município no Triângulo Mineiro, já no findar de seu mandato, precisamente faltando apenas seis meses, contratou para prestar serviços ao município, por tempo determinado (até a conclusão de seu mandato), ante a evidente necessidade, um médico para atender à população, preterindo a exigência constitucional do concurso público.

Num primeiro momento, se poderia questionar pela violação aos princípios reitores da Administração Pública, em especial o da legalidade, impessoalidade, eficiência e moralidade, ante a exigência constitucional de se estruturar a administração pública por meio de concursos públicos (artigo 37, inciso II, CR/88).

Contudo, verifica-se, no raciocínio acima, que apesar da não observância da exigência legal do concurso público, tal decisão administrativa foi destituída de intenção imoral, de dolo. Ao contrário, a finalidade do ato praticado era proteger o erário. Não houve, assim, imoralidade alguma.

Ademais, mesmo que ultrapassada a investigação da intenção do agente (primeira etapa do processo hermenêutico), por meio da ponderação e utilizando-se do postulado normativo da razoabilidade, em sua acepção como equidade, conclui-se que o escopo da Constituição é a proteção ao patrimônio público, sendo que a realização de um concurso público, de elevado custo para o município, para o preenchimento de um único cargo público (sendo que na próxima gestão, porventura, fosse intenção do novo alcaide a criação de mais cargos públicos na estrutura administrativa, ocasião em que se realizaria o concurso público para mais cargos), naquele momento transitório de troca de gestão, seria muito

⁴⁵⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991, p. 111, *apud* MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 773.

mais dispendioso e maléfico do que a conduta adotada no caso concreto, qual seja, a contratação de um único médico, por curto espaço de tempo, em situação em que existe a necessidade real⁴⁵⁸.

As punições previstas na Constituição Federal explicitam o intuito de coibir infrações que possuam um mínimo de gravidade, por proporcionarem sequelas danosas ao patrimônio público, ou atribuírem benefícios descabidos para o agente ou para terceiros, sendo que para a aplicação das medidas dispostas em lei é necessário levar-se em consideração a razoabilidade, sob o prisma da proporcionalidade entre meios e fins⁴⁵⁹.

Outro exemplo passível de análise seria a possibilidade de em um determinado município brasileiro se instituir e cobrar pela tarifa de coleta e tratamento de esgoto um certo percentual do valor cobrado pelo serviço de abastecimento de água, ou seja, o usuário pagaria mensalmente pelo valor correspondente ao serviço de água, mais 80% (oitenta por cento) pelo serviço de coleta e tratamento de esgoto.

Essa indexação, sem a correspondente demonstração dos custos do serviço para cada usuário em específico, diferentemente do que ocorre com o serviço de água, em que é mensurado o consumo individualmente, representa cobrança imoral e inconstitucional, adotando-se como postulado interpretativo a razoabilidade, pois os valores cobrados dos usuários devem corresponder e ter equivalência aos serviços a eles efetivamente prestados.

Ademais, o postulado da razoabilidade exige que a medida adotada possua demonstrabilidade em um suporte fático existente⁴⁶⁰, o que inexiste no exemplo suscitado, uma vez que a Administração Pública não possui condições de apresentar, faticamente, os custos de operação, global e individual, para aquele usuário em epígrafe (como o faz para o serviço de abastecimento de água, no exemplo em discussão), assim como os investimentos, chegando a um valor individual para cada usuário do serviço de coleta e tratamento de esgoto desse referido município, razão pela qual cobra de forma indexada a outro serviço, o que configura grave violação ao princípio da moralidade administrativa⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ Vide Habeas Corpus nº 77.003-4, Segunda Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 11/09/98.

⁴⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 919.

⁴⁶⁰ ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº.9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de agosto de 2013.

⁴⁶¹ Vide Representação nº 1077, Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 112/34-67.

Por fim, imagine que em um determinado município o Prefeito local possua três sobrinhas recentemente formadas em enfermagem, encontrando-se todas desempregadas. No intuito de possibilitar às sobrinhas ocupar um cargo público no município que “comanda”, determina a abertura de processo licitatório voltado à contratação de empresa para a realização de concurso, destinado, unicamente, ao preenchimento de novos cargos públicos nessa área da saúde, apesar de existir cadastro de reserva do concurso anterior, ainda plenamente dentro do prazo de validade.

Cotejando os fatos com a real motivação (intencionalidade) do alcaide na prática do ato administrativo em comento, e usando como ferramenta hermenêutica o postulado da razoabilidade, verifica-se que o comportamento adotado foi completamente imoral, pois se baseou em suporte fático inexistente para fundamentar a prática do ato.

Na realidade, fundamentou-se em motivação que fere a probidade, a seriedade, a honestidade e a impessoalidade esperada de um mandatário, configurando ato de improbidade nos termos do artigo 11 da Lei de improbidade Administrativa, ainda que o ato seja obstacularizado antes de eventual prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito de quem quer que seja.

Verifica-se, portanto, que o processo de hermenêutica e a aplicação do Direito não podem estar dissociados, como outrora se pensou, tratando-se, na verdade, de um processo único e integrado, marcado fortemente pela interação do intérprete em seu respectivo contexto histórico-social⁴⁶²⁴⁶³, no intuito de conferir significado (sentido) à norma naquele caso concreto, pois, como dizia Gadamer, interpretar é produzir, mais do que reproduzir⁴⁶⁴.

⁴⁶² Friedrich Müller, em sua obra **O Novo Paradigma do Direito**: Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 13 ss, aduz em sentido semelhante: “Assim, o ‘direito’ e a ‘realidade’ não aparecem mais como categorias opostas abstratas; eles atuam agora como elementos da ação jurídica, sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo de caso para caso – na forma da norma jurídica produzida. E essa ação jurídica é uma ação pela e na linguagem [*Sprachhandeln*], é geração do texto com base nos textos, inscreve-se na estrutura textiforme da democracia fundada no Estado de Direito”.

⁴⁶³ Luis Recasens Siches, em seu *Tratado General de Filosofia del Derecho*, 19ª ed. México: Porrúa, 2008, p. 3/4: “No puede haber interpretación abstrata de las normas jurídicas, sino que la interpretación tiene que lograrse siempre en función con el estudio de las realidades concretas a las cuales van a ser aplicadas las normas. Y tiene que lograrse además en conexión con las valoraciones que inspiran el orden jurídico positivo con el que se esté trabajando”.

⁴⁶⁴ STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 393.

No intuito de aclarar esse processo ontológico de interpretar e aplicar a norma, Manfredo Araújo de Oliveira⁴⁶⁵ explica:

A linguagem, enquanto práxis, é sempre uma práxis comum realizada de acordo com regras realizadas. Estas regras não são, contudo, convenções arbitrárias, mas são originadas historicamente a partir do uso das comunidades lingüísticas; são, portanto, costumes que chegam a tornar-se fatos sociais reguladores, ou seja, instituições. (...) As palavras estão, pois, sempre inseridas numa situação global, que norma seu uso e é precisamente por esta razão que o problema semântico, o problema da significação das palavras, não se resolve sem a pragmática, ou seja, sem a consideração dos diversos contextos de uso. Poder falar significa ser capaz de inserir-se um processo de interação social simbólica de acordo com os diferentes modos de sua realização.

E Castanheira Neves⁴⁶⁶ arremata ao aduzir que:

O Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele proponha e como quer que ele nos toque, o Direito o é numa linguagem e como linguagem, propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações lingüísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é.

A contextualização fática da interpretação jurídica é medida que se impõe no intuito de aproximar a decisão à justiça do caso concreto. Portanto, em nítido caráter reflexivo, o conteúdo (significado/sentido) do princípio constitucional da moralidade administrativa vem sendo construído pela própria sociedade brasileira ao longo dos anos, refletindo para as normas jurídicas e para o sistema jurídico seus respectivos valores éticos.

A sociedade, nesse prisma, constrói o conteúdo (significado/sentido) do princípio e, ao mesmo tempo, se beneficia com sua aplicabilidade e efetividade, ao perceber a exigência de um novo administrar ético, pautado em valores que a própria sociedade reconhece como válidos. É a própria sociedade conferindo direção ao Direito e ao Estado.

⁴⁶⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Sobre fundamentação. Porto Alegre: Edipucrs, 1993, p. 53-54 *apud* STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 73.

⁴⁶⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 90.

4.7. A Administração Pública na contemporaneidade e o princípio da moralidade administrativa

Vive-se tempos de transição e ruptura, de “mudança de paradigmas”, posto que, conforme lições de Kaufmann⁴⁶⁷, a modernidade com sua “razão totalizante” apostou num mero saber de domínio e de utilidade que se revelou incapaz de oferecer respostas às perguntas verdadeiramente importantes para o homem.

Costuma-se associar essa nova era, aqui chamada de pós-modernidade, à “nova revolução industrial, a revolução da informática, da microeletrônica e das telecomunicações”⁴⁶⁸.

No novo cenário mundial pós-moderno, os aspectos negativos da expansão da globalização e das comunicações tornam-se visíveis e cada dia mais presentes, como aumento do crime organizado, inclusive das máfias internacionais e do terrorismo, elevam-se as imigrações desorientadas e tornam-se comuns as catástrofes ambientais, o que, somados a outros acontecimentos, passam a marcar o advento das chamadas “sociedades de riscos”⁴⁶⁹.

As transformações experimentadas pelo Estado Moderno, desde a ascensão do Estado Providência até o seu colapso, verificado nos últimos anos do século passado, somadas ao advento do Estado Democrático de Direito, segundo Gustavo Binenbojm⁴⁷⁰, agravaram o descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública, resultando na necessidade de revisão dos antigos paradigmas do Direito Administrativo por novos.

Segundo Gustavo Binenbojm⁴⁷¹, para cada paradigma “velho” foi nomeado outro “novo”, ajustados aos momentos contemporâneos. Os quatro paradigmas antigos, segundo ele, eram: o da supremacia do interesse público sobre o particular, a legalidade

⁴⁶⁷ KAUFMANN, A.; HASSEMER, W (org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**, p. 43.

⁴⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, p. 113.

⁴⁶⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Estado, Economia e Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (orgs.). **Neoconstitucionalismo**, p. 212.

⁴⁷⁰ BINENBOJM; Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional: artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 5.

⁴⁷¹ BINENBOJM; Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional: artigos e pareceres**, p. 5.

administrativa como vinculação positiva à lei, a intangibilidade do mérito administrativo e, por fim, a ideia de um Poder Executivo unitário⁴⁷².

Neste sentido, o paradigma da supremacia do interesse público sobre o particular transforma-se diante da vinculação ao atendimento do interesse público, fugindo do livre arbítrio do administrador, passando agora a estar amarrado a juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores/interesses metaindividuais constitucionalmente previstos⁴⁷³.

Ademais, quanto ao paradigma da legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, passa-se no novo paradigma essa vinculação a ser com a Constituição e não mais a lei, adquirindo o *status* de núcleo do atrelamento administrativo à juridicidade⁴⁷⁴.

Outrossim, no paradigma da intangibilidade do mérito administrativo, a discricionariedade deixa de ser um campo de livre opção do administrador, objetivando a otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa⁴⁷⁵.

Por fim, quanto ao paradigma da ideia de um Poder Executivo unitário, abre-se espaço a uma gama de autoridades administrativas independentes, as chamadas agências reguladoras independentes, que não se encontram na linha hierárquica direta dos chefes do executivo⁴⁷⁶.

Dentre esses novos ideais, merece destaque uma maior atenção à reformulação do paradigma da legalidade administrativa, por meio da constitucionalização do Direito Administrativo. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa, passando a Carta Magna a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade, ou seja, a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei⁴⁷⁷.

Assim, destaca o renomado administrativista⁴⁷⁸:

O processo de constitucionalização do direito administrativo deve ser entendido como uma postura de releitura e redefinição de institutos e conceitos da velha dogmática da disciplina sob a ótica do sistema de princípios da Constituição, de molde a erigir novos paradigmas dotados não apenas de maior consistência

⁴⁷² BINENBOJM; Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**: artigos e pareceres, p. 5-6.

⁴⁷³ BINENBOJM; Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**: artigos e pareceres, p. 7.

⁴⁷⁴ BINENBOJM; Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**: artigos e pareceres, p. 6.

⁴⁷⁵ BINENBOJM; Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**: artigos e pareceres, p. 7.

⁴⁷⁶ BINENBOJM; Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**: artigos e pareceres, p. 7.

⁴⁷⁷ BINENBOJM; Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**: artigos e pareceres, p. 12.

⁴⁷⁸ BINENBOJM; Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**: artigos e pareceres, p. 60.

teórica, mas comprometidos com o sistema democrático, com a busca da eficiência como mola propulsora de desenvolvimento e, sobretudo, com o respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais. O fenômeno de constitucionalização do direito administrativo não pode, todavia, ser confundido com a mera incorporação do direito ordinário ao texto da Constituição.

Esse processo denominado como “processo de constitucionalização do Direito”, inclusive do Direito Administrativo, no contexto do neoconstitucionalismo, segundo Barroso⁴⁷⁹, teve início com as Cartas Magnas italiana e alemã, cujo precedente foram ampliados pelas Constituições portuguesa e espanhola.

No Brasil, o marco histórico foi a promulgação da Constituição de 1988, em especial pela positivação de princípios reitores da Administração, sediados agora expressamente no plano constitucional, bem como o reconhecimento da centralidade da dignidade humana e a necessidade de preservação dos direitos fundamentais, o que provocou uma sensível mudança de paradigmas até então vigentes⁴⁸⁰.

O princípio da moralidade e sua constitucionalização representam marcos no Direito Administrativo brasileiro e na contemporânea concepção de Administração Pública. Urge o processo de reatualização do Direito pátrio, o que se realiza, mais seguramente e racionalmente, por meio da introjeção de valores historicamente sedimentados na figura das normas, precipuamente dos princípios.

Espera-se pela máxima efetividade do princípio da moralidade administrativa, conferindo contornos éticos seguros e democráticos ao exercício da função administrativa no Brasil. Contudo, como já alinhavado, necessita-se que a interpretação e aplicação desse destacado princípio de cunho ético sejam realizadas em conformidade com o pluralismo, a democracia e a segurança jurídica.

⁴⁷⁹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords). **Neoconstitucionalismo**, p. 79.

⁴⁸⁰ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords). **Neoconstitucionalismo**, p. 80.

5. CONCLUSÃO

No intuito de atender ao objetivo do presente trabalho, qual seja, realizar o estudo do tema da moralidade administrativa sob uma perspectiva pós-positivista, buscou-se investigar qual a melhor forma de interpretar e aplicar o princípio da moralidade administrativa observando e respeitando, contudo, a segurança jurídica, a democracia e o pluralismo.

Nesse desiderato, se é indiscutível a necessidade de eticizar a Administração Pública, o administrador e seus respectivos atos praticados no exercício da função pública, também não se pode permitir que a definição do conteúdo dessa eticidade esteja completamente aberta a decisões subjetivas, desprovidas de legitimidade democrática, racionalidade e controlabilidade.

Diante desse objetivo geral apresentado, a presente investigação iniciou-se com breves distinções entre a Ética, a Moral e o Direito, apresentando correntes filosóficas que buscaram avaliar a questão no que tange à separação ou à vinculação dos sistemas jurídico e moral.

Em suma, concebeu-se a Moral como o conjunto de regras de comportamento costumeiramente adotado como válido pela sociedade e respeitado de forma livre pelo indivíduo, por motivos de foro íntimo; o Direito como o sistema de normas de comportamento imperativas e coercitivas, de modo a obrigar o indivíduo a se comportar de modo útil ou não prejudicial à paz e ordem sociais; e a Ética se perfaz na investigação e reflexão filosóficas sobre os fundamentos da validade de referidas regras e a correspondente comparação com outras morais e direitos de sociedades diversas, no intuito de alcançar e compreender justificativas para as regras propostas pela Moral e pelo Direito.

A relação entre Direito e Moral, que se apresentou inicialmente vinculados, no período correspondente ao jusnaturalismo, e, posteriormente, separados no período atinente ao juspositivismo, passou a se reaproximar no contexto pós-positivista, sendo que essa

reaproximação não foi em relação à Moral universal e imutável, mas sim à Moral juridicizada.

Consoante a essa nova postura filosófica pós-positivista, desenvolveu-se o que se convencionou chamar, no Brasil, como neoconstitucionalismo, marcado pelo ideal de centralidade da Constituição no sistema jurídico, passando a desempenhar, inclusive, o papel de fonte direta normativa, de predominância material das normas constitucionais, de força normativa dos princípios e de ênfase nos direitos fundamentais.

Entretanto, buscou-se no final do primeiro capítulo apresentar algumas ponderações críticas quanto ao pós-positivismo principiológico, em especial quanto à necessidade de se estabelecerem métodos e parâmetros interpretativos seguros, racionais e controláveis, em respeito ao pluralismo e à democracia.

A seguir, no segundo capítulo, abordou-se a principiologia, enquanto estudo dos princípios jurídicos, abordando algumas definições, distinções entre as regras, os princípios e os postulados normativos, as principais funções dos princípios, buscando demonstrar sua importância no sistema jurídico contemporâneo, sem, contudo, esquecer-se da necessidade de balizamentos no ato de interpretá-los e aplicá-los em casos concretos.

Outrossim, uma vez demonstrado que o método adequado de interpretação e aplicação dos princípios jurídicos é o da ponderação, objetivou-se apresentar um método racional hermenêutico, bem como ressaltar a importância do postulado da razoabilidade como ferramenta auxiliar do intérprete.

Por fim, no último capítulo, tratou-se de analisar o princípio jurídico da moralidade administrativa, apresentando algumas definições, um histórico no plano mundial e, posteriormente, no plano interno brasileiro até chegar ao tratamento conferido ao referido princípio após sua positivação na Carta Magna de 1988.

Além disso, destacou-se sua autonomia em relação ao princípio da legalidade, bem como a necessidade de se aferir a intencionalidade do agente para se cogitar o ato de improbidade administrativa.

A seguir, ainda no terceiro e último capítulo, procedeu-se à diferenciação entre a moralidade juridicizada e a moralidade comum, assim como também foi verificada a questão da interpretação e aplicação do princípio da moralidade, apresentando um método voltado a conferir maior segurança jurídica na realização desse processo hermenêutico,

concluindo o estudo com a avaliação da Administração Pública na contemporaneidade e a incidência do princípio da moralidade administrativa.

Buscou-se no presente trabalho compatibilizar a necessidade de otimizar a eticidade no âmbito da Administração Pública contemporânea com o respeito aos imperativos da segurança jurídica, democracia e pluralismo, reconhecidamente presentes no contexto da sociedade pós-moderna.

Portanto, se é pacífico o reconhecimento de importância conferida ao princípio da moralidade administrativa pela doutrina e jurisprudência pátria, sendo fato também sua utilização cada vez mais presente como argumento de fundo para o exercício do controle da Administração Pública contemporânea, também deve ser verificada a necessidade de conferir segurança, pluralidade e controlabilidade no processo hermenêutico de definição do conteúdo do referido princípio da moral juridicizada.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out./nov./dez. 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BARBOZA, Márcia Noll. **O Princípio da Moralidade Administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de Moral crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

- _____. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____. **Teorias de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Trad. João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 2011.
- _____. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- _____. **Medo Líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34.
- BESTER, Gisela Maria. **Cadernos de Direito Constitucional – Parte II: Direito Positivo Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- BINENBOJM; Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional: artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone Editora, 2006.
- _____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2013.

_____. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2013.

_____. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Lei sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 160.381-SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Acórdão de 29 de março de 1994. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213403>>. Acesso em: 15 de novembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 77.003-4. Segunda Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Publicado em 11 de setembro de 1998. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1998. Disponível em: < <http://www.arco.org.br/livros/o-principio-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-do-stf-o-seculo-xx/capitulo-ii-aplicacoes-do-controle-de-razoabilidade/18-hc-77003-julgado-em-1661998-rel-min-marco-aurelio#topo>>. Acesso em: 14 de novembro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.087.163 – RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 18 de agosto de 2011. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086464/recurso-especial-resp-1087163-rj-2008-0189743-0-stj/inteiro-teor-21086465>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.182.968-RJ. Segunda Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 19.8.2010 e publicado em 30.8.2010. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2010. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15932807/recurso-especial-resp-1182968-rj-2009-0148499-1/certidao-de-julgamento-16781905>>. Acesso em: 15 de novembro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 723.494 - MG (2005/0019337-2). Rel. Min. Herman Benjamin. Julgamento em 01/09/2009. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6060198/recurso-especial-resp-723494-mg-2005-0019337-2/relatorio-e-voto-12192795>>. Acesso em 15 de novembro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 892.818 - RS (2006/0219182-6). Rel. Min. Herman Benjamin. Julgamento em 11/11/2008. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8589975/recurso-especial-resp-892818-rs-2006-0219182-6/inteiro-teor-13674659>>. Acesso em 15 de novembro de 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0607.09.053794-7/001. Rel. Des. Edílson Fernandes. Acórdão publicado em 03/05/2013. **Diário Oficial da União**. Minas Gerais, 2013. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-452875334>>. Acesso em 15 de novembro de 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. **Humanismo Como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BROCHADO, Mariá. **Direito e Ética**: a eticidade do fenômeno jurídico. São Paulo: Landy Editora, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes [*et al*]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia Jurídica**. Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIA, José Eduardo (*org.*). **Direito e Globalização Econômica** – implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FIGUEIREDO, Antônio Macena; GUILHEM, Dirce. Ética e Moral. **INTERthesis**, Florianópolis, v. 5, jan./jul. 2008.

_____. Ética: origens e distinção da Moral. **Saúde, Ética & Justiça**, São Paulo, v. 13, n. 1, jan./jul. 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibição administrativa**: Comentários à Lei 8.492/92 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa**. Curitiba: Genesis, 1993.

FREITAS, Juarez. Direito Fundamental à Boa Administração Pública e o Direito Administrativo Brasileiro do século XXI. **Direito Administrativo em Debate**. Rio de Janeiro, setembro, 2008. Disponível na internet: <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>> Acesso em: 09 de agosto de 2013.

_____. Reflexões sobre Moralidade e Direito Administrativo. **Revista do Direito da UNISC**. Santa Cruz do Sul, janeiro/junho 2008. Disponível na internet: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/671/462>. Acesso em: 09 de agosto de 2013.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (*org.*). **O problema da consciência histórica**. Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARCIA, Fernando Couto. **Princípio jurídico da moralidade administrativa**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_55/artigos/Art_Fernando.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2013.

GRAU, Eros Roberto. Princípios, a [In]segurança Jurídica e o Magistrado. **Amagis Jurídica**: associação dos magistrados Mineiros. n.7, ano IV, janeiro/junho 2012.

_____. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** São Paulo: Malheiros, 2009.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral:** Justificação e Aplicação. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito.** Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2006.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W (*org.*). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas.** Tradução Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O que é Justiça?** A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **O problema da justiça.** Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial – Fundamento do Direito.** Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito.** São Paulo: Brasiliense, 2012.

MACHADO, Costa (*org.*). **Constituição Federal Interpretada.** São Paulo: Manole, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** Niterói: Impetus, 2012.

MARINONI, Luiz Henrique. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARRARA, Thiago (*org.*). **Princípios de Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (*org.*). **O Princípio da Moralidade no Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: comentários à lei de improbidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Estado de Perigo no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela Cautelar no Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MORIN, Edgar. **O método 6 - Ética**. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MULLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes**. Trad. Ana Paula Barbosa-Fohrmann, Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Mioto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão, Vivianne Geraldine Ferreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NOHARA, Irene Patricia; MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo** – Lei nº 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. (*orgs.*). **Processo Administrativo** – temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

NUNES, Silvério Carvalho. **Legalidade Justa e Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Decálogo, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Atlas, 2002.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; DE OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (*orgs.*). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Filosofia do Direito**. Trad. Prof. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1997.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Marcelo Maciel. **Os Fundamentos Éticos da Cultura Jurídica Ocidental**: dos gregos aos cristãos. São Paulo: Alameda, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html. Acesso em: 09 de agosto de 2013.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (*org.*). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SICHES, Luis Recasens. **Tratado General de Filosofia del Derecho**, México: Porrúa, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Pulo: Malheiros, 2011.

_____. (*org.*). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VÁZQUEZ, Adolfo Sanchez. **Ética**. Trad. de João Dell'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; VERAS NETO, Francisco Q; LIXA, Ivone M. [*org.*]. **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº.9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de agosto de 2013.