

**O Princípio Constituição da Moralidade**  
**IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

**O Princípio Constitucional da Moralidade**

*Izaias José de Santana<sup>1</sup>*

Introdução. **Sistema Constitucional de Princípios e Regras.** Conceito de sistema. Normas Constitucionais: princípios e regras. Sistema de princípios e regras. As funções dos princípios. **O Princípio da Legalidade.** O Agir Humano. Órgão Público. Legalidade: Governo das Leis e não dos Homens. Vinculação à Lei. **O Princípio da Moralidade.** Escolhas do Administrador: Ambigüidade e Vagueza das Regras e Discricionariiedade. Aplicação do Princípio da Moralidade: fundamentação discursiva e intuitiva. Análise de julgados.

## **Introdução**

Pretendemos com o presente trabalho analisar o conceito do princípio da moralidade e sua aplicabilidade pelos tribunais. Iniciaremos apresentando um conceito de princípios e suas funções à luz da teoria sistêmica do direito.

Após, apresentaremos a distinção kantiana entre LEI e MORAL para dela extrair a distinção entre campo da LEGALIDADE e campo da MORALIDADE. Embora o centro do estudo seja o princípio da MORALIDADE, não será possível deixar de abordar também o da LEGALIDADE, pois trabalhamos com hipóteses, abstratas ou concretas, mas sempre com uma referência garantidora da “segurança” que é a norma. Pela mesma razão, faremos referência aos princípios da finalidade e da motivação.

Algumas questões enfrentaremos: (1) Como pode o Administrador Público fundamentar suas ações no espaço deixado pela norma? (2) O que vem a ser moralidade administrativa? Algo além da legalidade? (3) Quem define o que seja “moral”

---

<sup>1</sup> *Izaias José de Santana*, Procurador do Município de São Paulo. Ex-Secretário Adjunto de Justiça e da Cidadania do Estado de São Paulo (2007/2009). Ex-Secretário de Negócios Jurídicos de Jacareí-SP (1997/1999). Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP e doutorando em Direito do Estado pela USP/SP. Professor de Direito Administrativo na UNIVAP-SJC-SP.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

diante do caso concreto? (4) Se a distinção essencial entre moralidade e legalidade é a autonomia em oposição à heteronomia, como fundamentar a moralidade do Órgão, já que não haverá parâmetros legais? (5) Como deve o Administrador Público, sustentar suas opções, escolhas e decisões no campo da discricionariedade? (6) Toda questão de moralidade está acobertada pelo âmbito da discricionariedade?

Ao final, apresentaremos o que deve ser, ao nosso ver, o conteúdo jurídico do princípio da moralidade e verificaremos como ele é aplicado, abordando sua função normativa, capaz de impor conduta por si só, sem a intermediação das regras e destacaremos sua função hermenêutica como vetor de interpretação das regras.

Por fim, elegeremos o método intuito como único a permitir o contato com a essência, interior da norma interpretando e da finalidade do órgão, no campo da discricionariedade para, deste contato ser extraída a juridicidade da moral, ou seja, o caráter jurídico do princípio da moralidade. Sem este contato, demonstraremos, o princípio da moralidade será utilizado apenas como argumento na aplicação de uma regra.

### **I - Sistema Constitucional de Princípios e Regras**

Canotilho apresenta o sistema jurídico do Estado de direito democrático português<sup>2</sup> como um sistema normativo aberto de princípios e regras. Trata-se de um sistema normativo porque é um sistema dinâmico de normas. É um sistema aberto, pois detém uma estrutura dialógica (capacidade de captar a mudança da realidade e estar aberta às concepções variáveis da “justiça”). Representa um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como de regras<sup>3</sup>.

#### **1. Conceito de Sistema**

Para o Professor Lourival Vilanova<sup>4</sup>, um sistema consiste na existência de partes de um todo que se interligam num vínculo. O conceito coincide com o dado por BOBBIO que entende sistema como “uma totalidade ordenada, um conjunto de

---

<sup>2</sup> Referência que também serve ao sistema brasileiro.

<sup>3</sup> CANOTILHO, 1998:1033.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

entes entre os quais existe uma certa ordem”.<sup>5</sup> São, pois, características de um sistema: ordenação e unidade.<sup>6</sup>

O direito positivo, enquanto ordenamento jurídico, corresponde ao conjunto de normas produzidas em seu interior. Todas se relacionam entre si, formando um todo. Daí por que se diz que o ordenamento jurídico constitui um sistema. Bobbio apresenta como características essenciais para o ordenamento jurídico se constituir num sistema: unidade; coerência interna; e completude. A unidade do ordenamento é garantida por que as normas não estão todas num mesmo plano, mas há normas superiores e inferiores. Partindo da norma inferior até a última da escala, que é a norma fundamental.

Para Bobbio: “A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma”.<sup>7</sup>

Lourival Vilanova sustenta que a unidade é apenas formal, não há homogeneidade no objeto. Para o Mestre Pernambucano: “O que interliga proposições normativas tão variadas é o fundamento-de-validade que cada uma tem no todo”.<sup>8</sup> E: “A unidade de um sistema de normas é decorrente de um superior fundamento-de-validade desse sistema – a Constituição positiva, ou em nível epistemológico, a Constituição em sentido lógico-jurídico, ou seja, a norma fundamental; A unicidade decorre da possibilidade também gnosiológica de se poder conceber todo o material jurídico dado com um só sistema”.<sup>9</sup>

A coerência do ordenamento consiste na impossibilidade de antinomias em seu interior, pois todas as normas estão num relacionamento de coerência entre si. É vista por Bobbio como pretensão de todo ordenamento jurídico que quer ser justo<sup>10</sup>. Para Bobbio e Kelsen, todas as normas, por terem um único fundamento validade, são

---

<sup>4</sup> VILANOVA, 1997:172.

<sup>5</sup> BOBBIO, 1997:71.

<sup>6</sup> CANARIS, 2002,12/23.

<sup>7</sup> BOBBIO, 1997: 49.

<sup>8</sup> VILANOVA, 1997:166.

<sup>9</sup> VILANOVA, 1997:180.

<sup>10</sup> BOBBIO, 1997:113.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

harmônicas. Para afastar a antinomia e eventual conflito aparente aplicam-se as regras de exclusão de uma delas, pelos seguintes critérios: hierárquico; cronológico; e da especialidade.

O critério hierárquico aponta para prevalência da lei hierarquicamente inferior pela lei superior (*lex superior derogat inferiori*). O cronológico pela derrogação da lei anterior pela posterior (*lex posterior derogat priori*). E o da especialidade afasta a incidência da norma geral em prestígio à norma especial (*lex specialis derogat generali*). Bobbio não ignora a impossibilidade das regras acima resolverem todos as hipóteses de antinomias, apontando a necessidade de uma regra de coerência que as afaste. Por tal razão elege a coerência como dever e sustenta a validade do ordenamento mesmo com normas antinômicas, mas que, em tais circunstâncias o ordenamento não assegura nem certeza nem justiça<sup>11</sup>.

Lourival Vilanova sustenta que o ser sistema é o tipo ideal de ordenamento e que “os sistemas jurídicos abrigam normas incompatíveis, formalmente contraditórias, normas contrariando normas, isto é antinomias”.<sup>12</sup>

Conclui o Mestre: “É que os sistemas jurídicos são sistemas empíricos de normas de conduta, não sistemas de proposições cognoscentes da realidade. Resta-nos tão-só a unidade, que é conferida pelo comum fundamento-de-validade de todas as normas. Normas contraditórias, ambas válidas, encontram seu fundamento de existência na última fonte normativa a Constituição positiva, ou a Constituição em sentido lógico-jurídico, i, é, a norma básica do sistema (a norma fundamental pressuposta). Com a norma fundamental, ou com a Constituição positiva, tem-se o critério-de-pertinencialidade: é possível decidir-se se uma dada norma pertence ao sistema”.<sup>13</sup>

André Ramos Tavares nos traz as lições de VEZIO CRISAFULLI para quem: “(...) Mas se as antinomias são possíveis (e pelo contrário, ao menos na evolução temporal do ordenamento, inevitáveis), é também verdadeiro de outra parte que devem ser compostas resolvidas, a fim de que o ordenamento o seja verdadeiramente, como a palavra exprime: *ordem*, sistema regulador coerente e unitário, e não um acúmulo informado de normas entre elas contratantes. Ao reconhecimento da possibilidade de antinomias, contrapõe-

---

<sup>11</sup> BOBBIO; 1997: 113.

<sup>12</sup> VILANOVA, 1997:298.

<sup>13</sup> VILANOVA, 1997:308.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

se, para isto, em sede dogmática, o postulado da unidade do sistema (antinomias existem, mas são vedadas). Unidade “formal” , antes de tudo ou “dinâmico-formal” (Kelsen), no sentido que daquele faz parte integrante sobretudo normas postas sobre fatos e atos a isto autorizados pelas normas (constitucionais) sobre produção jurídica; uma unidade também “material”, no sentido de que não devem poder coexistir validamente normas regulando um mesmo objeto em sentido contrários.”<sup>14</sup>

### **2. Normas Constitucionais: princípios e regras**

O direito é um sistema constituído por duas espécies de normas: princípios e regras. No entanto, diferenciar de forma mais precisa tais espécies normativas é uma tarefa complexa, vez que diversos são os critérios: grau de abstração, grau de determinabilidade e de aplicabilidade, carácter de fundamentalidade no sistema de fontes, proximidade da idéia de direito, natureza normogenética<sup>15</sup>.

Para Canotilho, esta complexidade pode ser superada a partir de uma distinção entre as funções dos princípios. Deste modo, têm-se os princípios hermenêuticos (que desempenham uma função argumentativa, possibilitando o desenvolvimento, integração e complementação do direito) e os princípios jurídicos (aqueles que assumem a condição de verdadeiras normas). O autor português, na análise da diferença entre princípios e regras, despreza os princípios hermenêuticos. Para ele, os princípios jurídicos, na qualidade de verdadeiras normas, são qualitativamente distintos das regras jurídicas<sup>16</sup>.

Tal distinção se dá, segundo CANOTILHO, nos seguintes aspectos:<sup>17</sup>

1. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionantes fáticos e jurídicos; já as regras prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem); 2. Os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância e ponderação); as regras apresentam tão-somente questões de validade; 3 A convivência de regras é antinômica, de modo que se excluem; os princípios coexistem, já que permitem o balanceamento de valores e

---

<sup>14</sup> Tratado.. p. 263.

<sup>15</sup> CANOTILHO, 1998: 1034.

<sup>16</sup> CANOTILHO, 1998: 1035.

<sup>17</sup> CANOTILHO, 1998: 1035.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

interesses (não obedecem à lógica do “tudo ou nada”), de modo que o conflito entre os princípios permite ponderação, harmonização.

Eros Roberto Grau, apresenta a distinção de Dworkin: 1. “As regras jurídicas, não comportando exceções, são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis, não se passando o mesmo com os princípios.” E o “tudo ou nada” das regras, já os princípios “são aplicáveis quando as condições previstas como suficientes se manifestam”; 2.” Os princípios jurídicos possuem uma dimensão - a dimensão de peso ou importância – que não comparece nas regras jurídicas.”<sup>18</sup>

Uma distinção importante, extraída dos ensinamentos dos mestres é a que leva em consideração o grau de generalidade e especificidade do conteúdo normativo. As regras visam situações determinadas; os princípios, indeterminadas. Eros Roberto Grau, aponta esta característica: “As regras jurídicas não comportam exceções que não se possa teoricamente enunciar porque, como observa Boulanger, são de ser aplicadas a situações determinadas; já os princípios, por outro lado, são aptos a serem aplicados a uma série indefinida de situações, não admitem a própria enunciação de hipóteses nas quais seriam aplicáveis.”<sup>19</sup>

Confrontando e analisado a doutrina de Dworkin e Alexy, Humberto Ávila apresenta seu conceito de princípio: “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade 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.”<sup>20</sup>

### **3. Sistema de princípios e regras**

Seguindo os ensinamentos de Alexy, Canotilho<sup>21</sup> sustenta que a existência de regras e princípios conduz a um constitucionalismo adequado. Isso porque a adoção de um sistema constituído exclusivamente por regras levaria a um modelo jurídico de limitada racionalidade prática, vez que formado por uma disciplina legislativa exaustiva e

---

<sup>18</sup> GRAU, 1991, 107/114.

<sup>19</sup> GRAU, 1991:113.

<sup>20</sup> ÁVILA, 2005:70.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

completa (legalismo). Ter-se-ia um sistema de segurança, porém não haveria qualquer espaço para complementação e desenvolvimento (ou seja, não seria aberto). Por outro lado, um sistema baseado exclusivamente em princípios também seria inaceitável, vez que a indeterminação, a inexistência de regras precisas conduziriam a um sistema falho de segurança jurídica.

Conclusão: qualquer sistema jurídico carece de regras e princípios.

Ou, no dizer de Eros Roberto Grau: “um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõem, também, princípios jurídicos ou princípios de Direito.”<sup>22</sup>

No que tange à articulação interna deste sistema de regras e princípios, verifica-se que estão dispostos de forma encadeada, conforme diferentes graus de concretização. Assim, em primeiro lugar vêm os princípios estruturantes, a exemplo do princípio do Estado de Direito. Tais princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios), que densificam os princípios estruturantes. Assim, vg, o princípio do Estado de Direito é concretizado através do princípio da legalidade da administração. Estes, por sua vez, densificam-se ainda mais através de outros princípios especiais, a exemplo do princípio da preeminência da lei e da reserva da lei.<sup>23</sup>

A concretização dos princípios também pode ser feita por regras constitucionais, como as regras garantidoras do direito de recurso contencioso contra certos atos da administração. A relação acima formulada constitui o sistema interno dos princípios e regras constitucionais, que possui via de mão dupla (de cima para baixo, ou do abstrato para o concreto, e vice-versa). Vale dizer, por fim, que todos estes princípios e regras poderão ainda obter mais grau de concretização e densidade por meio da concretização legislativa, jurisprudencial e administrativa.<sup>24</sup>

#### **4. As Funções dos Princípios**

Outro ponto que merece destaque é a função que os princípios assumem em tal sistema: função normogenética (já que representam o fundamento das regras

---

<sup>21</sup> CANOTILHO, 1998: 1036.

<sup>22</sup> GRAU, 1991,95.

<sup>23</sup> CANOTILHO, 1998: 1047.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

jurídicas) e função sistêmica (vez que ligam todo o sistema constitucional). Daí Canotilho afirmar que a perspectiva teórico-jurídica do sistema constitucional é tendencialmente principialista (Alexy e Dworkin). São os princípios que fornecem suportes para solucionar certos problemas metódicos (v.g. colisão de direitos fundamentais), assim também permitem que o sistema “caminhe”, “respire”.

Os princípios valem como lei, ou seja, o direito constitucional que os abarca é direito positivo. Conseqüência de tal aspecto é que os princípios constitucionais devem obter normatividade, regulando jurídica e efetivamente as relações da vida, dirigindo condutas e dando segurança e expectativas de comportamentos.

Mas os princípios também servem como “vetores” “cânonos” de interpretação das regras. Eros Roberto Grau, a partir das lições de Jean Boulanger e Augustin Gordilho, sustenta que “a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios.”<sup>25</sup>

Os princípios exercem importante função sistematizadora do direito. Segundo CANARIS são quatro as características dos princípios que os habilitam ao desempenho de tal função: “os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio.”<sup>26</sup>

**Os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição** - Para o autor citado, “as decisões fundamentais da ordem jurídica, subjazem muitas exceções e os princípios singulares não poucas vezes levam a decisões contrárias”<sup>27</sup>.

**Eles não têm a pretensão da exclusividade** - “Uma mesma conseqüência jurídica, característica de um determinado princípio, também pode ser

---

<sup>24</sup> CANOTILHO, 1998: 1049.

<sup>25</sup> GRAU, 1991:97

<sup>26</sup> CANARIS, 2002:88.

<sup>27</sup> CANARIS, 2002:88.



## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

conectada com outro princípio.”<sup>28</sup>

**Ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas** - Para o autor, o princípio “só se deixa apreciar plenamente quando se incluem, na ponderação, os princípios contrapostos e limitativos e o âmbito de aplicação que lhe seja destinado” e prossegue, em outras palavras: “o entendimento de um princípio é sempre, ao mesmo tempo, o dos seus limites.”<sup>29</sup>. Esta característica é nítida no estudo do princípio do devido processo legal e seus correlatos princípios<sup>30</sup>. Ainda, no princípio da moralidade e seus subprincípios correlatos da lealdade e da boa-fé.

**Precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio**<sup>31</sup> - Esta característica apontada no tocante aos princípios gerais do direito, objeto da análise de CANARIS, deixa de corresponder à realidade com a constitucionalização dos princípios e sua força normativa.

Não obstante o caráter normativo dos princípios e sua aplicabilidade direta, não se pode negar que as regras, tanto as constitucionais como as infraconstitucionais, são aplicações dos princípios. Eros Roberto Grau destaca essa função: “Nisto, fundamentalmente, repousa a força dos princípios, força que, como vimos, é de tal ordem que, mercê de sua objetividade e presencialidade normativa – que independe de consagração específica em qualquer preceito particular – vai ao ponto de excluir qualquer relevância à noção de discricionariedade judicial<sup>32</sup>.”

Dissertando a respeito da eficácia dos princípios, Humberto Ávila atribui aos princípios a tarefa de definir o “sentido e o valor” do sistema jurídico, atuando sobre as outras normas do mesmo sistema.<sup>33</sup> Atribuindo-lhes função definitiva, de valor e sentido; interpretativa, “na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir

---

<sup>28</sup> CANARIS, 2003:90.

<sup>29</sup> CANARIS, 2002: 95.

<sup>30</sup> “Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.” (Nelso Nery Junior. Princípio do Processo civil na Constituição Federal, 8ª edição. SP, RT, 2004).

<sup>31</sup> É importante destacar a posição de ESSER que ao negar o caráter normativo do princípio, ressalta sua “condição imanente do ser e do funcionar das regras” sendo, para citado autor, causa, critério e justificação das regras. (apud: GRAU, 1991: 129).

<sup>32</sup> GRAU, 1991: 133.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentido.”<sup>34</sup> E, por fim, função bloqueadora “porquanto afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido.”<sup>35</sup>

### **II. O Princípio da Legalidade**

#### **1. O Agir Humano: Direito e Moral**

Ao se encontrar o homem se descobre um SER que pensa, é livre, faz escolhas e tem vontade. Pensar, querer e sentir, eis as faculdades do homem que o torna diferente dos animais. Por pensar, raciocinar e decidir com liberdade, exercendo seu livre arbítrio<sup>36</sup>, o homem é responsável. Responder, suportar os efeitos causados por suas escolhas e atos, se sustenta na finalidade de sua existência. O homem é um SER em realização, que se faz, cumprindo suas finalidades, seus fins, nisto consiste o bem e em razão disto, se atribui a este aspecto dinâmico do SER, o SER em ação para cumprir seus fins: o valor.

Ensina-nos, Armando Câmara: *“O postulado fundamental do mundo jurídico é que o homem é um animal consciente de fins e livre para elegê-los. Descortinando-se pela racionalidade o panorama dos fins, silhuetados sobre os horizontes do povir, está o homem apto a exercer a liberdade. Esta decorre, portanto, da racionalidade, advém do visionamento dos fins e habilita o homem a manipular as energias da natureza e da sociedade, energias que ele não criou, as que encontra amorfas, cegas, as utiliza, comanda e estiliza, endereçando-as aos fins visionados pela razão”<sup>37</sup>.*

O homem, portanto, é um ser inteligente, capaz de identificar seus fins, sua finalidade; é livre, capaz de escolher se atuará em conformidade com seus fins ou em desconformidade. É, também, sociável, não se realiza sozinho, trará relações com seus semelhantes.

---

<sup>33</sup> ÁVILA, 2005:78.

<sup>34</sup> ÁVILA, 2005: 79.

<sup>35</sup> ÁVILA, 2005:79.

<sup>36</sup> “Dá-se o nome de livre arbítrio à escolha que pode ser determinada pela razão pura; a que pode ser determinada somente pela inclinação (impulso sensível, estímulo) seria o arbítrio animal (arbitrium brutum). O arbítrio humano, contudo, é uma escolha que, embora possa ser realmente afetada por impulsos, não pode ser determinada por estes, sendo, portanto, de per si.”(KANT, 2003: 63).

<sup>37</sup> MENDONÇA, 1999:172.

## O Princípio Constituição da Moralidade IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

Para Kant, o homem é um ser de vontade, entendimento e escolha. O que distingue esse ser de todos os demais da natureza é a sua capacidade de impor leis, morais e jurídicas ao seu comportamento. Essas leis podem ser elaboradas pelo próprio indivíduo, quando ganham a denominação de autonomia ou decorrentes do meio externo, quando ganham a qualificação de heteronomia. O ser livre é aquele que elabora por si mesmo ou em conjunto com os demais integrantes de sua espécie, as leis para o seu agir, por vontade consciente<sup>38</sup>. Além disso, essas leis, em sua materialidade, não são fruto do desejo, por esse não se prestar à escolha, mas sim da razão, universal, por princípio<sup>39</sup>.

Dos conceitos de autonomia e heteronomia, KANT demarca o campo da legalidade e da moralidade. Nas suas palavras: “*A conformidade de uma ação com a lei do dever é sua legalidade (legalistas); a conformidade da máxima de uma ação com a lei é moralidade (moralitas) da ação. Ima máxima é um princípio subjetivo de ação, um princípio que o próprio sujeito converte em regra (como ele deseja agir); um princípio de dever, por outro lado, é um princípio que a razão a ele prescreve absolutamente e, assim, objetivamente (como ele deve agir)*”<sup>40</sup>.

Com apoio em Maritain discordamos do mestre. Este princípio não é meramente um juízo racional. Este princípio será encontrado, descoberto nas finalidades do homem, o que será mais adiante explorado. Neste sentido, feliz é a crítica de Jacques Maritain. “*Procurou particularmente afastar da moralidade qualquer bem supremo ou qualquer fim supremo, isto é, o soberano BEM. Por outras palavras, julgou Kant necessário subtrair a moralidade, - naquilo que ela possui de mais próprio, - à ordem da finalidade.*”<sup>41</sup>

Na esfera da moralidade, KANT opera uma divisão entre a Moral e o Direito. A moral diz respeito unicamente aos mandamentos internos do homem enquanto e o direito às normas de convivência pacífica e feliz com os outros. Kant parte de uma simples divisão entre natureza e cultura para iniciar a busca dos princípios de cada uma delas. No âmbito das ciências morais, ocorre uma segunda divisão, a critério agora da natureza do

---

<sup>38</sup> KANT, 2003:66

<sup>39</sup> KANT, 2003:33

<sup>40</sup> KANT, 2003:68

<sup>41</sup> MARITAN 1973:120.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

dever. Quando o dever é de foro íntimo, é chamado de moral, quando refere-se à liberdade alheia, jurídico<sup>42</sup>.

A sua definição de Direito é a coroação da universalidade da razão e, portanto, da liberdade: *“o direito é a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal da liberdade”*<sup>43</sup>

Na esfera moral há duas espécies de leis, as morais em sentido estrito e as jurídicas de acordo com os objetivos do sujeito. Enquanto a moral prescreve os deveres do homem para consigo mesmo, as leis jurídicas são de raiz externa, respeitando ao indivíduo nas relações com outros iguais, todos dotados de consciência. Vê-se então que para o Direito não importa saber as intenções dos atores, mas somente os resultados das ações. Destarte, se é estabelecido um contrato entre duas pessoas, não importa, para Kant, indagar se um ou os dois contratantes intentavam lesar a liberdade ou os interesses do outro ou de terceiro: a função da norma jurídica é apenas observar e sancionar, em hipótese de infração, a ocorrência efetiva de algum dano ao patrimônio jurídico dos indivíduos<sup>44</sup>.

Com essa separação KANT delimita o poder de Estado sobre os indivíduos e fornece elementos para a formulação de uma teoria de autonomia dos Órgãos, no tocante à esfera de atuação livre, deixada pela lei, esfera da discricionariedade. Há para os indivíduos e para os Órgãos Autônomos uma esfera, a da intimidade, em que a possibilidade de intervenção estatal é nula; a cada um é permitido fazer o que lhe corresponder a vontade, desde que esteja em conformidade com a prescrição externa e coercitiva da lei (legalidade), com o que se satisfaz KANT e, para nós, desde que esteja em conformidade com os fins do homem e dos Órgãos.

A distinção entre moral em sentido estrito e direito coloca, dentre seus elementos, o sujeito legislador do móvel da ação. Nas questões morais, **é o indivíduo mesmo** que a si impõe os deveres, considerados abstratamente, ou seja, independente de seu conteúdo. Portanto, é aquela prescrição imposta pela razão à ação, seja ela qual for. O dever, na ética kantiana, é o propiciador da liberdade posto que a liberdade é “a liberdade de agir segundo leis”. Por conseguinte, **a autonomia é a vontade moral desinteressada dos objetos**, a ela importando somente a moralidade da ação, sua adequação ao imperativo da moralidade:

---

<sup>42</sup> KANT, 2003:72.

<sup>43</sup> KANT, 2003:76.

<sup>44</sup> KANT, 2003:73

## O Princípio Constituição da Moralidade IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

*“A autonomia da vontade é a qualidade que a vontade tem de ser lei para si mesma (independentemente de uma qualidade qualquer dos objetivos do dever<sup>45</sup>”)*

No agir externo, diferentemente, a autonomia é limitada pela **liberdade dos outros**. Todavia, deixada à sua própria sorte, sem uma legislação coativa externa, nada garantiria, segundo Kant, que a liberdade de todos e de cada um se cumpriria a contento. O Direito, em suma, é exatamente o garantidor dessa liberdade, mas suas leis não decorrem diretamente do indivíduo, mas sim do Estado. A heteronomia, de que a instituição máxima é portadora, é a antítese da autonomia, ou seja, no sentido estrito, não pode ser uma norma moral.

KANT elabora a separação entre MORAL e DIREITO, na feliz síntese de BOBBIO<sup>46</sup>, da seguinte maneira:

1. **primeiro critério, formal**, forma da obrigação, diz respeito ao modo do sujeito obriga-se, pelo dever (interno) ou por dever (imposição externa). Morente expõe este critério com clareza que reclama transcrição. *“Se agora quisermos formular isto em termos tirados da lógica, diremos que em toda ação há uma matéria, que é aquilo que se faz ou aquilo que se omite, e há uma forma, que é o porquê se faz ou porque se omite. E então a formulação será: uma ação denota uma vontade pura e moral quando é feita não por consideração ao seu conteúdo empírico, mas simplesmente por respeito ao dever; que dizer, por imperativo categórico e não como imperativo hipotético. Mas este respeito ao dever é simplesmente a consideração à forma do “dever”, seja qual for o conteúdo ordenado nesse dever”<sup>47</sup>.*

2. **interioridade ou exterioridade da ação: deveres internos** (legislação interna, autonomia: moral): e **deveres externos** (legislação externa, heteronomia: direito). No mesmo sentido, apresenta Gustav Radbruch.<sup>48</sup> Autônoma será a vontade que dê a si própria sua lei, sujeitando-se ao seu querer, à sua liberdade interna e heterônima será aquela que passivamente receber de outrem a lei que disciplinará sua conduta.

---

<sup>45</sup> BOBBIO, 1997:62

<sup>46</sup> BOBBIO, 1997:53/62.

<sup>47</sup> MORENTE, 1980:256.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

**3. interioridade ou exterioridade da liberdade:** “a legislação moral estabelece deveres por cujo cumprimento somos responsáveis apenas perante nós mesmos; a legislação jurídica prescreve deveres por cujo cumprimento somos responsáveis perante a coletividade.”<sup>49</sup>

Assim. O comportamento do homem deve ser “julgado” por dois critérios: o moral e o jurídico. No campo moral, vê-se obrigado por motivos internos, dá lei a si próprio, exercendo sua da liberdade. No campo jurídico, vê-se obrigado por vontade de terceiros, deveres externos, restrição à liberdade.

### **2. Órgão Público**

As pessoas por viverem em sociedade se relacionam. A relação é a realidade ontológica presente no agir intersubjetivo, no agir entre os homens (alteridade). Não há relação senão entre sujeitos. O Universo se relaciona, segundo à sua finalidade, seguem de forma cega e inconsciente o atendimento de sua finalidade<sup>50</sup>.

A relação jurídica se realiza entre pessoas (alteridade) tendo por objeto o fato social, ou seja, a hipótese fática prevista no direito posto ou no direito natural capaz, de, em ocorrendo, provocar os efeitos jurídicos. Numa relação alguém será credor e outrem será devedor ou devedores (reciprocidade).

O homem mantém relações por ato de vontade e consciência, diferenciando-se dos animais. Pode escolher. A ordem moral está presente no homem independentemente de um *alter* e voltada ao bem último do ser humano, enquanto a ordem jurídica depende de um *alter*, alteridade externa e está voltada ao bem comum. Os seres humanos convivem, vivem em relação, necessitam dos outros. As relações são objetivas, encontramos no conviver do homem. A família é a relação de convívio de seus membros, assim como as associações de pessoas, são relações voltadas aos fins que os une. As relações humanas podem ser naturais ou voluntárias. São naturais as relações da família e da nação.

---

<sup>48</sup> RADBRUCH, 1997:53/56.

<sup>49</sup> BOBBIO, 1997:58/61.

<sup>50</sup> MENDONÇA: 1999:214.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

São voluntárias as relações das sociedades.<sup>51</sup>

As relações podem ser entre pessoas físicas (ser humano) ou entre associação de pessoas (pessoas jurídicas). A associação de pessoas voltadas ao cumprimento de um fim comum é relação jurídica. Desde a família até o Estado o homem mantém relações. São relações jurídicas aquelas que tem por objeto o cumprimento dos fins sociais dos sujeitos.

Ruy Cirne de Lima, nos ensina que: *“O fato jurídico é condição da relação jurídica. Fundamento ou causa desta é a disposição do sujeito em face do termo, como antecedente ou conseqüente de uma ação.”* São fundamentos da reação jurídica disposição do sujeito, vontade e a ação. A vontade *“implica a determinação prévia e exaustiva, pela norma jurídica, do conteúdo que o ato de vontade terá, ao ser praticado..”* Assim, *“.. chama-se,.. ordem jurídica ao conjunto das normas, em que se enuncia o princípio de ordem.”* A organização é nota especial da ordem jurídica em seu aspecto dinâmico. *Os grupos sociais são organização voltadas ao cumprimento dos fins do homem, que os realiza ao ser parte de cada grupo, ou organização.”*

Para desempenho das funções sociais o ESTADO manterá diversas relações por intermédio de seus ORGÃOS<sup>52</sup>, entes dotados de autonomia, que compõem um complexo designado pelo nome que define a natureza de suas atividades preponderantes. Os Órgãos do Estado estão, destarte, distribuindos em sistemas de ação independente e autônoma (Órgãos do Poder Legislativo; Órgãos do Poder Executivo e Órgãos do Poder Judiciário), na divisão clássica dos poderes. *“Os Poderes exercem suas funções com independência em relação aos demais. Cada um tem suas autoridades, que não devem respeito hierárquico às autoridades do outro Poder.”*<sup>53</sup>

A ação dos Órgãos, por semelhança da ação do HOMEM, está sujeita também à LEGALIDADE e à MORALIDADE. A LEGALIDADE da ação, ou sua juridicidade, está na sua conformidade com o bem comum. O direito positivo é uma tentativa de objetivar os comportamentos humanos que estão de acordo ou desacordo com as

---

<sup>51</sup> MENDONÇA: 1999:216/218.

<sup>52</sup> Órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado. Por se tratar, tal como o próprio Estado, de entidades reais, porém abstratas (seres da razão), não têm vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias, que, estas, só os seres biológicos podem possuí-las. De fato, os órgãos não passam de simples repartições de atribuições, e nada mais. “(Celso Antonio Bandeira de Melo: 2004:129/130.

<sup>53</sup> SUBDEFELD. 200:42

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

exigências do bem comum, visando realizar os fins do ESTADO. Lícito será o comportamento segundo o bem comum ou, numa perspectiva do direito positivo, o procedimento permitido ou não proibido em lei. Ilícito, destarte, serão os comportamentos, procedimentos, proibidos pela lei.

A liberdade de ação dos órgãos é uma liberdade nos termos definidos num primeiro momento pela Constituição e, num segundo momento pelas Leis, campo da Legalidade Estrita. *“O administrador e o juiz, ao exercerem suas atividades (produzindo atos administrativos e sentenças), apenas aplicam a lei, apenas realizam concretamente a vontade geral, sem que suas vontades particulares interfiram no processo. A atividade pública deixa, assim, de ser vista como propriedade de quem a exerce, passando a significar apenas um dever-poder, indissolúvelmente ligado a finalidade estranha ao agente. Ademais, ninguém exercerá autoridade pública que não emane da lei.”*<sup>54</sup>

Todavia, a lei positiva apresentará sérios problemas de interpretação e aplicação, que serão abordados adiante, e não pode esgotar a riqueza da realidade social, havendo necessidade de reservar uma espaço de atuação livre, sem lei, autonomia, campo da discricionariedade. Assim, os órgãos atuam num campo sujeito à legalidade, quando a lei define todos os elementos de sua atuação e noutra sujeito à discricionariedade, liberdade, autonomia. É nesse campo de atuação autônoma que o órgão estará sujeito à MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

Quando falamos em ação dos órgãos estamos na verdade, nos referindo a ação das pessoas imputadas aos órgãos. Isto porque ato, participio passado do verbo AGIR, é imanente ao SER HUMANO<sup>55</sup>. Só o HOMEM pode praticar atos. Estes seres humanos que têm sua atuação imputada ao ESTADO, são denominados, genericamente, agentes públicos. *“Mas quem são os homens que realizam concretamente os comportamentos a que a pessoa Estado está obrigada – isto é, que administram o imóvel público, prendem os criminosos, entregam os vencimentos aos funcionários? São os homens (a que chamamos de agentes públicos) indicados pelas normas jurídicas que organizam a*

---

<sup>54</sup> SUNDEFELD, 2000:45/46.

<sup>55</sup> “3. Então, para que tais atribuições se concretizem e ingressem no mundo natural é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de agentes. O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, diretamente imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo do próprio Estado.” (Celso Antonio Bandeira de Melo, 2004:130).



## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

*estrutura interna do Estado.*”<sup>56</sup>

Todavia, uma caracteriza singular diferenciara ação do HOMEM, enquanto indivíduo e a ação do HOMEM enquanto Agente Público. No campo da legalidade, vinculação à norma, não há qualquer diferença. A diferença se ará no campo da liberdade, discricionariedade. Enquanto, a exigência moral é de ação em conformidade com os fins últimos do ser humano, na atuação administrativa, a exigência de moralidade é atuação em conformidade com os fins próprios do ESTADO, do Órgão, com os fins sociais (princípio da finalidade). *“À relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração. Chama-se relação de administração segundo o mesmo critérios pelo qual os atos de administração se opõem aos atos de propriedade. Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade.”*<sup>57</sup>

Temos, portanto, uma liberdade de ação, autonomia, vinculada à finalidade<sup>58</sup>. O Agente é livre para atender os fins do órgão. Sua autonomia será exercida, no espaço deixado pelo legislador, para o cumprimento dos fins, da finalidade do órgão.

### **3. Legalidade: Governo das Leis e não dos Homens. Vinculação à Lei.**

A subordinação do administrador público aos comandos da lei, também conhecido como principio da legalidade, permite a instituição de um governo das leis<sup>59</sup> e não dos homens, conquista da humanidade e característica essencial dos modernos Estados de Direito.

A lei passa a ser definidora da vontade do Estado<sup>60</sup>, cuja execução fica a cargo do agente que, vinculado aos seus comandos se limita a reproduzir concretamente

---

<sup>56</sup> SUNDEFLED, 2000:65.

<sup>57</sup> Ruy Cirne de Lima. Princípios de Direito Administrativo, p. 55/56 – Apud, 2000:15.

<sup>58</sup> Definição de Liberdade de São Tomas de Aquino: “La fuerza electiva do medios, guardado el orden del fin”.

Apud: DERISI, 1941:196.

<sup>59</sup> “Por “governo da lei” tendem-se duas coisas diversas embora coligadas: além do governo *sub lege*, que é o considerado até aqui, também o governo *per leges*, isto é, mediante leis, ou melhor, através da emanção (se não exclusiva, ao menos predominante) de normas gerais e abstratas. Uma coisa é o governo exercer o poder segundo leis estabelecidas, outra coisa é exerce-lo mediante leis, isto é, não mediante ordens individuais e concretas.” (Noberto Bobbio, O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo, p. 157) Apud. SUNDFELD: 2000:46.

<sup>60</sup> “...não existe qualquer liberdade no agir do Estado, atuando a lei como seu único e próprio fundamento da ação.” (MORREIRA NETO, 2002:80.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

sua vontade. No Estado de Direito, só há vontade imputada ao Estado se decorrer diretamente da lei. Celso Antônio Bandeira de Melo nos exorta que “(...) o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática.”<sup>61</sup>

A liberdade de ação dos agentes públicos dá-se infralegalmente, “além de não poder atuar contra *legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*.”<sup>62</sup> Administrar é aplicar a lei em concreto. A lei, enquanto norma geral e abstrata não pode ter correspondência direta com as situações fáticas. As leis prevêm estandartes, modelos, hipóteses, cabendo sempre ao administrador o papel de interpretar para aplicar a norma aos casos concretos, nos ensina Afonso Rodrigues Queiro, “a atividade administrativa é atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais.”<sup>63</sup> “*Esta é a razão de ser, o Estado de Direito, uma dádiva do princípio da legalidade, por definição, aquele que se submete às suas próprias leis, daí a expressão consagrada de Duguit, “suporta a lei que fizeste” (legem patere quam ficisti), que enuncia, em síntese, este princípio, uma vez que, ao declarar o Direito, o Estado se autolimita, assegurando à sociedade, que o criou e o mantém para organizá-la e dirigi-la, a preciosa dádiva de certeza jurídica.*”<sup>64</sup>

Princípio estruturado da época da crença na infabilidade da lei escrita, no auge do positivismo e seu correlato movimento de codificação, esqueceram seus idealizadores que na aplicação da norma aparecem as ambigüidades, os pontos obscuros, e, até as lacunas, cabendo ao administrador a tarefa de definir *in concreto* o comando normativo, suprir a omissão e afastar as ambigüidades. Portanto, exercerá sim ato de vontade, liberdade. Mas, por ter sua liberdade vinculada aos comandos normativos, o Administrador necessita fundamentar, sustentar suas decisões, valendo-se do método discursivo.

### **III – O Princípio da Moralidade**

#### **1. Escolhas do Administrador: Ambigüidade da Lei e a Discricionariedade.**

---

<sup>61</sup> BANDEIRA DE MELO, 2004:92.

<sup>62</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2000: 92.

<sup>63</sup> Apud: BANDERIA DE MELLO, 2000:92.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

A pretensão dos idealizadores do Estado de Direito, cuja coroação é o princípio da legalidade, é não deixar escapar dos ditames legais nenhuma ação administrativa. Todavia, padece o Legislador, por ser humano, da onisciência, não sendo capaz de, previamente e de forma completa, antecipar todas as decisões que deverão tomadas pelo administrador.

Apresenta-se para o Administrador dois parâmetros para sua atividade: a legalidade e a finalidade. Todavia, dada a ambigüidade da lei, sempre haverá necessidade de interpretação, o que, de imediato, afigura-nos possíveis mais de uma opção validamente extraídas do conteúdo da norma. Por outro lado, haverá também a possibilidade do legislador, deixar para o Administrador decisões que não foi capaz de tomar ou propositadamente não o fez.

Na interpretação da lei e na atividade discricionária, o administrador exerce sua vontade pessoal, criadora da norma específica vinculatória do Estado, exerce, portanto, **o espaço de liberdade que caracteriza a autonomia do órgão**. Este Espaço de liberdade, sob o domínio da moralidade, caracterizador da autonomia do órgão administrativo, existe em duas situações, a saber: interpretação da lei e discricionariedade.

A respeito da importância da moralidade na interpretação e aplicação da lei, ouçamos Maria Sylvia Zanella di Pietro: “A aplicação da lei, exige, em inúmeras circunstâncias, a prévia interpretação, com o objetivo de pesquisar o real sentido da regra jurídica, ou a prévia integração da norma, para decidir qual o preceito aplicável em caso de lacuna. E nesse trabalho, a moral desempenha papel relevante.”<sup>65</sup>

Tratando especificamente da interpretação e aplicação da norma pelo Juiz, citando Juan Igartua Salaveira, destaca a justificação ou motivação das decisões na moral, apontando as etapas que o Juiz segue, sustenta que ao fazer a apreciação axiológica da norma leva em consideração valores morais.<sup>66</sup>

A citada autora aponta idêntico fenômeno no direito administrativo, “*Em se tratando de direito administrativo, ocorre o mesmo: a lei, em inúmeros casos, deixa que a Administração extraia da norma as suas conseqüências, segundo*

---

<sup>64</sup> MORREIRA NETO, 2002: 80.

<sup>65</sup> DI PIETRO, 1991:12.

<sup>66</sup> DI PIETRO, 1991:17

## O Princípio Constituição da Moralidade IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

*juízo de valor a ser feito em cada caso concreto; nessa apreciação, terão que prevalecer os valores éticos da instituição, que constituem limites à discricionariedade administrativa, os quais, se transpostos, ensejaram correção<sup>67</sup> pelo Poder Judiciário.”<sup>68</sup>*

Por discricionariedade, nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: *“Reversamente, fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal<sup>69</sup>, o campo da indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso específico a finalidade da lei.”<sup>70</sup>*

Hely Lopes Mereiles nos apresenta o conceito formulado por Fiorini: *“a discricionariedade é a faculdade que adquire a Administração para assegurar em forma eficaz os meios realizadores do fim a que se propõe o Poder Público. A discricionariedade – prossegue o mesmo autor – adquire relevância jurídica quando a Administração quer custodiar em forma justa os interesses públicos entregues à sua tutela. (...) É, unicamente, uma autorização limitada a um fim determinando, para que o Poder Público aprecie as condições presentes quando administre o interesse social especificado pela norma legislativa. É uma forma de atuar da Administração para poder realizar uma reta administração dos diversificados interesses da coletividade.”<sup>71</sup>*

Os administrativistas são unânimes ao sustentar a existência de uma certa e determinada *liberdade de ação*, como característica da discricionariedade. Divergem, é bem verdade, quanto a extensão dessa liberdade, modo de controle e critério para mensuração de sua compatibilidade. A finalidade<sup>72</sup> é elemento comum nesses critérios<sup>73</sup>.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto elege a legitimidade da escolha, que não difere do critério apontado, conformidade com a finalidade. *“A discricionariedade é,*

---

<sup>67</sup> Neste aspecto discordamos da Autora, pois se é campo de liberdade, discricionariedade e autonomia, NÃO PODE Haver controle de outro órgão.

<sup>68</sup> DI PIETRO, 1991:18.

<sup>69</sup> Discordamos do Mestre, embora seja pessoal, não o será subjetivo, mas objetivo, já que terá um parâmetro objetivamente definido: conformidade com a finalidade do órgão.

<sup>70</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2002: 845.

<sup>71</sup> Bartolomé A Fiorini, La discrecionalidad en la Administración Pública, Buenos Aires, 1948, p. 38. Apud MREILLES, 2002: 164.

<sup>72</sup> “O fim é sempre imposto pelas leis e regulamentos, seja explícita, seja implicitamente” (MEIRELES, 2002:165).

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

*portanto, uma técnica jurídica, que se destina a sintonizar a ação administrativa concreta à idéia de legitimidade contida na lei (...) Há, pois, um conteúdo central da lei, que vincula o administrador público à finalidade a que se destina, mas esta vinculação não mais se dá à legalidade estrita, pois esta ficou incompleta no comando legal, mas à legitimidade, que deverá ser necessariamente deduzida daquele conteúdo.”<sup>74</sup>*

Celso Antônio Bandeira de Mello elege a razoabilidade como critério para medição da discricionariedade, e admite que este Juízo seja formulado pelo Poder Judiciário, fazendo tal formulação ser substituída pela do Administrador, ou seja, negando-lhe o direito de escolha, onde a lei outorgou e substituindo a discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial. Vejamos: *“Com efeito, discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal. Ou seja: naquelas em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida apropriada para dar melhor satisfação ao objetivo da lei. Em suma, está-se aqui a dizer que a discricionariedade é pura e simplesmente o fruto da finitude, isto é, da limitação da mente humana. À inteligência dos homens falece o poder de identificar sempre, em toda e qualquer situação, de maneira segura, objetiva e inobjektável, a medida idônea para preencher de modo ótimo o escopo legal.”<sup>75</sup>*

Resta claro que há liberdade de ação e autonomia do órgão administrativo na interpretação da norma e no espaço não normatizado. Exercendo esta liberdade, o Administrador estará sempre adstrito à finalidade. O critério, meio, princípio ou regra para análise desta conformidade é o problema. Não pode ser a lei, pois seria mera análise de legalidade<sup>76</sup>. Não pode existir critério, pois, assim seria arbitrariedade. O critério é dado pelo princípio da moralidade.

Nas esferas da interpretação e da discricionariedade, terá o Administrador espaços, deixados pelo legislador, nos quais não há norma para servir de

---

<sup>73</sup> “Esta forma é exatamente a de disciplinar certa matéria sem manietar o administrador. Isto porque a lei pretende que seja adotada em cada caso concreto unicamente a providência capaz de atender com precisão à finalidade que a inspirou. (BANDEIRA DE MELLO, 2002: 845).

<sup>74</sup> MOREIRA NETO:2002:95

<sup>75</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2002, 847.

<sup>76</sup> Em sentido contrário, restringindo a análise da moralidade à legalidade é a posição do Tribunal de Justiça de São Paulo. TJSP, RDA 89/134, em cujas águas bebe a doutrina pátria.

## O Princípio Constituição da Moralidade IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

parâmetro para julgamento de compatibilidade da ação aos fins (legalidade e finalidade) e em seu lugar, exerce tal função o princípio da **moralidade**, “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interna da administração”.<sup>77</sup>

Atribuindo a Maurice Hauriou a responsabilidade pelo desenvolvimento do conceito do princípio da moralidade, nos ensina Hely Lopes Meireles que ele exige do agente uma escolha pelo bem, pelo honesto, pelo justo, pelo conveniente, pelo oportuno, obedecendo à lei ética da instituição. “*A moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.*”<sup>78</sup>

A idéia de moralidade, tanto do espaço de liberdade da escolha da interpretação, entre as possíveis, como no espaço de discricionariedade, está associada à finalidade administrativa e ou política do órgão responsável pela aplicação da norma. Antonio José Brandão sustenta: “*Entre estes três elementos- condutas juridicamente relevantes, modificações da ordem jurídica, fim metajurídico – há correlação intrínseca, não arbitrária.*”<sup>79</sup>

Diogo de Figueiredo Moreira Neto também na esteira dos ensinamentos de Hauriou e Antonio José Brandão tentando diferenciar moralidade administrativa de moralidade comum, acaba por construir o conteúdo do princípio da moralidade, ou seja: conformidade com a finalidade, sem confundir a finalidade em si, definida na norma, cuja violação é ilegalidade. “*Portanto, para que o administrador público vulnere esse princípio, basta que administre mal os interesses públicos, o que poderá ocorrer de três modos: 1º - através de atos com desvio da finalidade pública, para perseguir interesses que não são aqueles para os quais deve agir; 2º - através e atos sem finalidade pública; 3º - através de atos com deficiente finalidade pública, reveladores de uma ineficiência grosseira no trato dos interesses que lhe foram afetos.*”<sup>80</sup>

Humberto Ávila não destoa do aqui exposto ao conceituar princípio como “norma finalística” que estabelece um fim a ser seguindo, exemplifica seu conceito no princípio da moralidade, que se exterioriza “pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar,

<sup>77</sup> Hauriou, Apud. Hely Lopes Meirelles, 2002: 87.

<sup>78</sup> MEIRELLES, 2002: 88.

<sup>79</sup> BRANDÃO, 1951, 463.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

boa-fé, sinceridade e motivação.” São necessários, para o Autor, comportamentos com as marcas dos “valores morais” indicados, sem os quais “não se contribui para a existência de estado de coisas posto como ideal pela norma, e, por conseqüência, não se atinge o fim. Não se concretiza, portanto o princípio”<sup>81</sup>.

E, finalidade: “Como se pode perceber, o princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas na lei. Constituem, pois, violação ao princípio da moralidade e conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração.”<sup>82</sup> (diríamos: legalidade, interesse público e finalidade)

Destarte, temos os elementos necessários à definição da moralidade administrativa: comportamentos nos campos da liberdade e autonomia de ação, na interpretação da norma ou deixado pela norma, na sua integração (discricionariedade) e vinculação à finalidade do órgão. Este inter, caminho a ser percorrido pelo Administrador, será construído, encontrado no “*conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interna da administração*” “corresponde à moralidade administrativa. O valor moral da conduta do agente deve ser avaliado pela conformidade com a finalidade do órgão. Deve ser verificado o melhor modo de cumprir a norma, a luz das finalidades dos órgãos e, considerar “imoral” todas as demais, que embora seus decisões amparadas na norma, não são a melhor forma de atender o seu fim, da norma e do órgão.

### **2. Aplicação do Princípio da Moralidade: Fundamentação intuitiva e discursiva.**

Como escolher, definir, identificar essas regras? Elas admitem demonstração discursiva? Ou na verdade são “princípios evidentes” intuitos pelo Administrador. Tenho para mim, que a escolha da decisão, do ato conforme a finalidade, no espaço de liberdade do agente pertence ao campo do saber intuído.

Humberto Ávila ensaia a utilização de diretrizes para aplicação do

---

<sup>80</sup> MOREIRA NETO, 21002: 94.

<sup>81</sup> ÁVILA, 2005: 71.

<sup>82</sup> ÁVILA, 2005: 77.

## O Princípio Constituição da Moralidade IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

princípio da moralidade. Para o autor, são cinco: “1. estabelecendo valores fundamentais; 2. instituindo um modo objetivo e impessoal de atuação administrativa; 3. criando procedimentos de defesa dos direitos dos cidadãos; 4. criando requisitos para o ingresso da função pública; 5. instituindo variados mecanismos de controle da atividade administrativa.”<sup>83</sup>

Embora estas diretrizes sejam importantes, não resolve o problema crucial da aplicação do princípio da moralidade, a justificação das decisões. Para fundamentação de suas decisões, no campo da legalidade, o Juiz e o administrador público recorrerão, sempre, ao método discursivo, “de cursus” por etapas, mediante ilações do conhecimento para o desconhecido, mediante o raciocínio.

O Professor Armando Câmara define o método discursivo da seguinte forma: “*É a forma discursiva de conhecer, pela qual, a partir de uma idéia, concluímos pela validade de outra. Captamos uma situação de ser e desta concluímos por outra. O conhecimento se faz por ilações por etapas; através de algo conhecido, chegamos a algo desconhecido.*”<sup>84</sup>

O discurso é o método apropriado para o conhecimento científico, entre os quais o direito positivo, pois parte do *conhecimento* (da norma posta e do fato), por desenvolvimento de raciocínios, por *ilações e deduções lógicas* (interpretações possíveis, argumentos, princípios) para definição do *conhecimento novo* (regra jurídica aplicável).

Em **Platão** encontramos a visão de idéias como fonte de nosso conhecimento. Platão aperfeiçoa o método socrático de formular perguntas e desenvolve a sua dialética que consiste numa “*contraposição, não de opiniões distintas, mas de uma opinião e a crítica da mesma. Conserva, pois, a idéia de que é preciso partir de uma hipótese primeira e depois a ir melhorando à força das críticas que se fizerem, e essas críticas onde melhor se fazem é do dialogo, no intercambio de afirmações e negações; e por isso a denomina dialética.*”<sup>85</sup>

“*A dialética consiste, para Platão, numa contraposição de intuições sucessivas, cada uma das quais aspira a ser a intuição plena da idéia, do conceito,*

---

<sup>83</sup> ÁVILA, 2005: 76.

<sup>84</sup> MENDONÇA, 1999:131.

<sup>85</sup> MORENTE: 1930:39.



## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

*da essência; mas como não pode sê-lo, a intuição seguinte, contraposta à anterior, retifica e aperfeiçoa essa anterior. E assim sucessivamente, em diálogo ou contraposição de uma intuição à outra, chega-se a purificar, a depurar o mais possível esta visão intelectual, esta vista dos olhos do espírito, até aproximar-se o mais possível dessas essências ideais que constituem a verdade absoluta.*<sup>86</sup>

**Aristóteles** vai, a partir da dialética platônica, desenvolver um método racional. Enfrenta o problema de como passar de uma afirmação à seguintes, essência da dialética platônica. Descobre a lei que regerá essa passagem, ou seja, a teoria da ingerência, desenvolvendo o que denominados de lógica.

*“As leis do silogismo, suas formas, suas figuras, são pois, o desenvolvimento que Aristóteles faz da dialética. Para Aristóteles, o método da filosofia é a lógica, ou seja a aplicação das leis do pensamento racional nos permite passar de uma posição a outra por meio das ligações que os conceitos mais gerais têm com outros menos gerais, até chegar ao particular. Essas leis do pensamento racional são, para Aristóteles, o método da filosofia.”*<sup>87</sup>

O Juiz e o Administrador, como manejadores de poderes de interesses de terceiros, responsáveis pelo cumprimento da vontade de terceiros para satisfazer interesses de terceiros, necessitam fundamentar, motivar, convencer os terceiros de suas decisões e ações. Por isso é indispensável a adequada utilização do método discursivo.

No tocante à aplicação do princípio da moralidade é apropriada a aplicação do método intuitivo. O método intuitivo, próprio dos filósofos, consiste na busca da apreensão da essência do SER. Do próprio ser e não dos fenômenos, sua manifestação. *“Pela intuição, ou forma intuitiva de conhecer, entramos em contato cognitivo com o objeto de forma direta e imediata. O sujeito apreende o objeto sem mediação de imagem.”*<sup>88</sup> A intuição é comparada a uma *Visão* – captação imediata do objeto, como aparece claramente na percepção ou visão sensíveis. A formulação de juízos evidentes por si mesmos na lógica só é possível por intuição. O intelecto humano capta imediatamente os conceitos como juízos sobre relações entre essências. *“O caráter imediato da inteligência intuitiva é atribuído a*

---

<sup>86</sup> MORENTE: 1930:40.

<sup>87</sup> MORENTE: 1930:41.

<sup>88</sup> MENDONÇA, 1999:131.

## O Princípio Constituição da Moralidade IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

*uma destas duas razões: ou à presença direta do objeto à faculdade cognitiva ou a uma total ou parcial coincidência do sujeito com o objeto conhecido”<sup>89</sup>.*

No ensina Luiz Antonio Rizzato Nunes que “*pela intuição sensível o sujeito apreende através dos sentidos, de forma imediata, os dados da experiência externa ou interna. Como o sujeito capta as manifestações do mundo e representa os objetos diante de si, individualmente, tal percepção tem caráter particular. A intuição espiritual baseia-se na mente e consiste na imediata projeção do espírito sobre o objeto. Ela pode ser formal, quando se trate de mera apreensão de relações ou material quando se trate do conhecimento de uma realidade material de um objeto ou de um fato.*”<sup>90</sup>

O conhecimento intuitivo da lógica tem um caráter formal, como captação de relações. Já a chamada visão de essências representa um conhecimento intuitivo do tipo material. A intuição pode ser sensorial ou intelectual. Na sensorial o sujeito e o objeto são SERES distintos. Embora fora do sujeito, há captação imediata do objeto pelo sujeito. Na intelectual, há identidade entre ser e objeto, é o conhecimento do próprio ser .

O Professor Armando Câmara assim as define: “**Intuição sensorial** é uma apreensão direta, imediata e concreta do ser que se situa fora do objeto, que não integra o sujeito, que tem existência autônoma, exterior, transcendente a ele.” E “**Intuição intelectual**, que pode ser **abstrata**, como os primeiros princípios e as verdades evidentes por si mesmas, ou **concreta** é a apreensão direta e imediata do ser do próprio sujeito que pensa. É a apreensão, por nós mesmos, de nossa abertura ôntica.”<sup>91</sup>

Morente denomina sensível àquela que se refere aos objetos que se oferecem aos sentidos, coincidindo com o conceito de intuição sensorial. E espiritual à aquela que não depende de sentido. São exemplos a intuição da distinção entre as cores azul e vermelho. Da distancia entre um posto e outro. A apreensão dos valores é ato intuitivo, a intuição emotiva e volitiva. O ser intui sua finalidade, sua razão de ser e age em conformidade com esta finalidade. A consciência dos valores, assim, declara este, é, antes de mais nada, sentimento dos valores, um possuir pela emoção, primária e diretamente o valioso. Embora a apreensão dos valores possa ser um ato emocional, despertado pelo sentimento, ao encontrar

---

<sup>89</sup> Enciclopédia Filosófica – Venezia-Roma, 1957, L. Pelloux.

<sup>90</sup> RIZZATO NUNES, 1997: 148/149.

<sup>91</sup> MENDONÇA, 1999:133/134.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

conformidade como a finalidade do ser, o valor torna-se objetivo. “*O sentimento dos valores não é nem mais nem menos objetivo que o conhecimento matemático. Simplesmente. O seu objeto acha-se mais velado pelo caráter emocional do ato com que apreendemos os valores.*”

O Professor Armando Câmara: “*No ato de apreensão racional, do raciocínio mais sutil, podemos verificar a presença de elementos volitivos e sentimentais, pois o conhecimento do ser é obra da razão na qual há compenetração de energias emocionais e volitivas. No caso do conhecimento dos valores, predominam fatos volitivos e emocionais.*”<sup>92</sup>

As escolhas feitas pelo administrador, entre as interpretações possíveis e no uso da discricionariedade não têm qualquer parâmetro externo, sendo um conhecimento abrupto, surgindo da observação dos fatos e da escolha dos valores que devem ser prestigiados, justificadas pela moralidade, só podem ser objeto de conhecimento intuitivo.

O princípio da moralidade exige que o Administrador busque a essência da norma, o fim último a ser perseguido, a finalidade do órgão, e esta busca, nos ensina da Professora Maria Helena Diniz: “..deve ser feita pela via da intuição, que é método fundamental do caso”. Abordando o tema, Rizzato Nunes, ensina que “A intuição de que a festejada professora fala é a racional, que para ela não um ato simples, um só ato, sem complexidades. A intuição racional é “antes uma pluralidade de atos do pensamento”<sup>93</sup>

A técnica jurídica da fundamentação da sentença pode nos levar a conclusão equivocada de que todo ato de julgar seja puro silogismo. Pois a exposição dos fatos, as escolhas dos argumentos, distribuídos na fundamentação, levam à conclusão.

Piero Calamandrei, nos demonstra que há mais de intuição que discurso. O Juiz decide e depois, num ato racional, busca em seu conhecimento técnico os argumentos capazes de justificar, fundamentar sua decisão. “*Ao julgar, a intuição e o sentimento têm freqüentemente maior lugar do que à primeira vista parece. Não foi sem razão que alguém disse que a sentença deriva do sentir.*”<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> MENDONÇA, 1999:136/137

<sup>93</sup> Apud: RIZZARTO NUNES, 1987: 158/159.

<sup>94</sup> CALAMANDREI, 1960: 143.

## O Princípio Constituição da Moralidade

### IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

Sua atividade intelectual é partir das conclusões, decisões, segundo seu sentimento de justiça, para chegar às premissas. A conclusão a que chega o juiz é guiada por aquela misteriosa e clarividente intuição, que se chama o sentimento de justiça.

O Autor aduz que os juízes fiam-se na sua sensibilidade moral e quando são obrigados a encher de argumentos jurídicos as razões de suas sentenças, consideram essa tarefa como um luxo de intelectuais desempregados, visto estarem convencidos que, desde aquela sua íntima voz da consciência tenha falado, á não são precisos argumentos racionais. O juiz, no qual os dotes morais são superiores aos intelectuais, intuitivamente sabe de que lado está a razão, posto que não consiga depois encontrar os expedientes dialéticos que o demonstrem.

Finaliza o autor: *“O sentimento de justiça, pelo qual, conhecidos os fatos, logo se sabe de que lado está a razão, é uma virtude inata, que nada tem a ver com a técnica do direito. O mesmo sucede na música, em que a maior inteligência não pode suprir a falta de ouvido.”*<sup>95</sup>

Dissertando a respeito do método tópico, João Del Nero afirma que “o juiz decide através de uma espécie de intuição; pelo sentimento do justo e não inferência ou silogismos descritos pela lógica; decide pela convicção que se forma em seu espírito e não por meios de raciocínios. Somente depois são por ele formulados argumentos para redigir os “considerandos” da sentença. A intuição justa, a escolha feita entre as várias respostas ao problema, a mais razoável e equitativa, é confirmada e exposta de forma sistemática.”<sup>96</sup>

Sendo a moralidade administrativa um espaço de liberdade, discricionariedade, não há parâmetros para demonstração discursiva, como na legalidade. Só resta apreensão intuitiva. Observa-se que a “moralidade administrativa” é invocada, como uma espécie de ícone a justificar e reforçar o juízo de ilegalidade, mas, a rigor, há sempre ofensa à lei ou à finalidade pública.

Para a busca da escolha (entre as várias interpretações possíveis) e

---

<sup>95</sup> CALAMANDREI, 1960:143.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

a busca da decisão (discricionária) deve o Juiz ir ao interior, essência da lei e do órgão, e intuir intelectualmente. Rizzato Nunes, descreve a intuição como *“a simpatia, pela qual o sujeito se transporta para o interior de um objeto para coincidir com o que ele tem de único – e, conseqüentemente, inexprimível - mas isso se dá dentro de uma realidade do sujeito e que ele aprende por dentro, algo com que ele espiritualmente simpatiza: é sua própria pessoa, pois é seu “EU” que dura, escoando-se através do tempo.”*<sup>97</sup>

Assim, deve o Juiz ter contato – intelectual – com a essência da lei, e não apenas sua dicção - ou do órgão, sua finalidade - para dela extrair um juízo de reprovação da conduta do agente, pela ofensa ao princípio da moralidade. Não vale a substituição da moral do administrador, extraída do interior do órgão, na correlação aos seus fins, pela moral do Juiz, ambas podem ser auferidas objetivamente, a partir do contato com a finalidade da lei e do órgão.

Sem este contato com a finalidade da lei e do órgão que a aplica é impossível dar juridicidade ao princípio da moralidade e, em que pese ter caráter normativo, assume, na prática, uma função meramente hermenêutica.

Veamos alguns exemplos:

Inicialmente, é oportuno destacar um importante caso citado por Humberto Ávila: “concurso público, aprovação de 50 candidatos, nomeação de 33. Após o vencimento de validade, sem prorrogação e sem nomeação dos 17, publicação de edital para novo concurso. Ausência de justificativa e comportamento incompatível com a seriedade (STF, 2ª Turma, RE 192.568-0, rel. Marco Aurélio)”<sup>98</sup>. Aqui o princípio da moralidade é utilizado como parâmetro para o cumprimento da legalidade, em sua conotação kantiana. Da finalidade da norma e do contato intelectual com o interior, a essência do instituto (concurso público) é extraída uma nova norma, ou seja, atribuído ao princípio da moralidade o caráter normativo, impor comportamento, que poderia se descrita da seguinte forma: “Candidatos aprovados, vencido o prazo de validade, com abertura de novo concurso, demonstrando a necessidade de provimento, direito dos aprovados à nomeação, apesar de vencido o prazo de validade.”

---

<sup>96</sup> DEL NERO, 1987:84.

<sup>97</sup> RIZZATO NUNES< 1997:172.

<sup>98</sup> ÁVILA, 2005: 77.

## O Princípio Constituição da Moralidade IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

**ADI nº 2.661-5** – Relator Ministro Celso de Mello. Situação: Lei Estadual que autoriza ao “comprador” do Banco do Estado do Maranhão a manutenção do depósito das disponibilidades de caixa do Tesouro Estadual. Fundamento legal: ofensa ao artigo 164, § 3º da Constituição Federal. Entendimento jurisprudencial e doutrinário dominante: Baco Oficial é Banco Público (Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista).

Bastava invocar a violação ao dispositivo constitucional, ainda que críticas sejam feitas ao mesmo, para fundamentar a inconstitucionalidade da lei. Todavia vislumbrou o STF ofensa ao princípio da moralidade, *que “enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.”*

O que estava em jogo é a interpretação da expressão “banco oficial”, entendendo como Público e não como “em regular funcionamento” com autorização “oficial” para funcionamento. O que isso tem a ver com “parâmetros ético-jurídicos”? Valores éticos? Manutenção de monopólio?

Há citação de precedente, da mesma matéria, no qual a Ministra Ellen Gracie deixa consignado: *“A ratio subjacente à cláusula de depósito compulsório, em instituições financeiras oficiais, das disponibilidades de caixa do Poder Público em geral (CF, art. 164, § 3º) reflete, na concreção do seu alcance, uma exigência fundada no valor essencial da moralidade administrativa, que representa verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado.”* ADI 2.600- ES.

Com todo respeito, Ministra Ellen Gracie, a “ratio” é unicamente o controle político exercido sobre os bancos públicos e a possibilidade de acordos. Salutar à moralidade, seria a imposição de concorrência e escolha da instituição em razão dos benefícios financeiros, maior remuneração ou menor tarifa dos serviços destinados ao Estado.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

Neste caso, o princípio da moralidade é invocado apenas para ancorar uma norma e, assim mesmo sem qualquer construção discursiva. Na ausência de norma expressa, chegar-se-ia à mesma conclusão? Teria o princípio da moralidade, no caso, por si só, consubstanciado a decisão? É evidente que não.

**AP 193.482-1/7 – TJ-SP - Vereador – Aposentadoria especial – Benefício instituído por lei municipal e concedido no curto prazo de oito anos de contribuição - Ofensa ao princípio constitucional da moralidade administrativa – Ação Popular procedente.**

*“A atuação parlamentar de legislar em causa própria, por sua iniciativa, editando a lei municipal que autorizou o convênio com a Carteira de Previdência, instituindo o benefício da aposentadoria especial, no curto prazo de oito anos de contribuição, com repasse de verba pública para cobrir déficit técnico, obviamente que desvia do bem comum colimado pela Administração ao mesmo tempo que ofende o princípio constitucional da moralidade.” (RT 706/63/65).*

O princípio da moralidade administrativa foi invocado apenas como ícone, sem fundamentação. No texto do Acórdão lê-se uma única referência direta ao princípio da moralidade: “Por último, os atos impugnados, à evidência<sup>99</sup>, são lesivos à moralidade administrativa.”

É evidente que se a matéria é de competência municipal o Vereador sempre vai legislar em causa própria. O problema é saber se há ofensa ao princípio da isonomia, a existência de um regime especial diferenciado e ponto final. Embora haja ofensa a moralidade, não há fundamentação. O Tribunal em contato interior com a razão, finalidade do instituto aposentadoria e com a função legislativa, constatou, intuitivamente, uma ofensa à moralidade, caracterizado pelo “desvio da finalidade” legislativa e pela criação de um sistema peculiar de aposentadoria. Nisto consiste a imoralidade administrativa, utilização da norma para fins diversos dos intrínsecos à função do órgão e do instituto (aposentadoria).

**AP n° 239.803.5-1- TJ-SP – Ação Popular – Permissão de uso de**

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

*bem público municipal, para a construção de um quiosque à beira-mar a ser utilizado exclusivamente por condôminos do permissionário, no Município de Guarujá – Ato administrativo que visou atender apenas os interesses de alguns particulares, sem qualquer benefício ou vantagem para a coletividade – Ilegalidade manifesta – Âmbito de ação popular que não está limitado à lesão ao erário alcançando, também, a moralidade administrativa – Lesividade que decorre da própria ilegalidade do ato praticado – Doutrina e jurisprudência – Sentença de procedência da ação – Desprovemento dos Recursos.*

É evidente que se trata de ofensa ao princípio da impessoalidade, dado a ausência de interesse público para a outorga direta da permissão. Mas, quiseram, Julgador e o Tribunal, invocar o princípio da moralidade sem qualquer relação com o caso. É a confusão entre moral comum e moralidade, como princípio jurídico.

A lesão da moralidade - uso de um instituto por uma um órgão para atingir fins diversos dos que deveria perseguir - contamina o ato, ainda que não ilegal, pois a imoralidade é da própria norma que autoriza tais atos administrativos.

**RE nº 439.280 – STJ – Relator Ministro Luiz Fux – Ação de Improbidade Administrativa. Lei nº 8.429/92. Violação dos deveres de moralidade e impessoalidade. Contratação Mediante Carta-Convite pelo Município de Empresas as quais faziam parte o Vice-Prefeito e o irmão do Prefeito, pessoas impedidas de licitar. Lesão à moralidade administrativa. Que prescinde da efetiva lesão ao erário. Sanções Político-Administrativas compatíveis com a infração. Princípio da razoabilidade.**

Ao fundamentar a decisão no princípio da moralidade, o Ilustre Relator assim se manifestou: *“Revisitando os fatos que nortearam o ato de improbidade pelos ora recorrentes, Prefeito e Vice-Prefeito então recém-emancipado de Barra Funda / RS, vislumbra-se que as empresas SAMAQ e TEDESPI, de propriedade do Vice-Prefeito (que também cumula o cargo de Secretário de Obras do Município) foram vencedoras em vários certames licitatórios, modalidade carta-convite, para a execução de obras, ferindo os princípios norteadores da atuação da Administração Pública.”*

Mais uma vez o princípio da moralidade é invocado meramente

---

<sup>99</sup> Conhecimento intuitivo? Dispensa demonstração da evidência? Mais qual o fundamento para o Poder



## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

como princípio hermenêutico da norma. A rigor, há impedimento legal por força do artigo 9º, III e § 3º da Lei nº 8.666/93. Pelo fato da Empresa ser do Vice-Prefeito, se não fosse Secretário de Obras, responsável pela homologação do certame e do irmão do Prefeito, tendo apresenta o melhor projeto e melhor preço a sua contratação se imporia.

### **Referência Bibliográfica**

01. **ÁVILA**, Humberto. Teoria os Princípios. Da definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 4ª edição. São Paulo, Malheiros, 2005;
02. **BOBBIO**, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait, 4ª edição – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
03. \_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª edição. Tradução de Maria Celeste C J Santos. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997.
04. **BRANDÃO**, Antonio José. Moralidade Administrativa. RDA 25/57 p. 454-467.
05. **CALAMANDREI**, Piero. Eles, os Juízes, vistos por nós, os advogados. Tradução . Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1960;
06. **CANARIS**, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª edição. Introdução e Tradução de A Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 2002;
07. **CANOTILHO**, J J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2 edição. Lisboa, Almedina, 1998.
08. **DERISI**, Octavio Nicolas. “*Los Fundamentos Metafísicos Del Orden Moral*”. Buenos Aires, Universidade de Buenos Aires, Faculdade de Filosofia y Letras Instituto de Filosofia, 1941;
09. **DEL NERO**, João. Interpretação Realista do direito e seus reflexos na sentença. São Paulo, RT, 1987.
10. **DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo, Atlas, 1991.
11. **FIGUEIREDO**, Marcelo. Probidade Administrativa. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
12. **GRAU**, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 2ª edição. SP, RT, 1991.

**O Princípio Constituição da Moralidade**  
**IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

13. **HART**, Herbert L. A, *Direito, Liberdade, Moralidade*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Por Alegre, Antonio Sergio Fabris Editor, 1987;
14. **HESSEN**, Johannes. *Tratado de Filosofia – Tomo I*;
15. .... *Filosofia dos Valores*. Tradução de Cabral de Moncada. Coimbra, 1953;
16. **KANT**, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valério Rohde. São Paulo, Martins Fontes, 2002;
17. .... *A Metafísica dos Costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru-SP, Edipro, 2003;
18. **LIMA, Ruy Cirne**. *Preparação à dogmática Jurídica*.– Porto Alegre: Saraiva, 1958;
19. **MARITAIN**, Jacques. *A Filosofia Moral*. Tradução de Alceu Amoroso de Lima., Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1973;
20. **MEIRELLES**, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.
21. **MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª edição. São Paulo, Malheiros: 2004.
22. .... *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª edição. São Paulo, Malheiros, 2000.
23. **MENDONÇA**. Jacy de Souza. *O Curso de Filosofia do Professor Armando Câmara*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1999.
24. **MORENTE**, Manuel Garcia. *Fundamentos de Filosofia. Lições Preliminares*. Trad. De Guillermo De La Cruz Coronado. São Paulo, Mestre, 8ª edição, 1930;
25. **RANGEL JUNIOR**, Hamilton. *Princípio da Moralidade Institucional*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001.
26. **ROTHENBURG**, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre.SAF Editor, 1999;
27. **SUNDFELD**, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, 4ª edição. São Paulo, Malheiros, 2000.
28. **VILANOVA**. Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema Do Direito Positivo*. São Paulo, Max Limonad, 1997.