

# A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E SUA NATUREZA JURÍDICA NO BRASIL<sup>1\*</sup>

Diego Amaral<sup>2\*\*</sup>

## INTRODUÇÃO

Brasília, 13 de dezembro de 1968, o Excelentíssimo Presidente da República Senhor Marechal Artur da Costa e Silva faz publicar o Ato Institucional N° 5, o qual, em seu preâmbulo, afirma textualmente que:

O Presidente da República (...) atendendo às exigências de um sistema jurídico e político (...) na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, pública e *moral* do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria' (...) resolve (...)<sup>3</sup> (grifou-se).

Brasília, 20 de agosto de 2008, plenário do Supremo Tribunal Federal, em Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, tendo como advogado Luís Roberto Barroso, onde se discutia as implicações do nepotismo, o qual, ao final, foi publicado o acórdão que viabilizou a edição da súmula vinculante n° 13, assim se manifestou o então Ministro Cezar Peluso:

Na realidade, a Resolução CNJ n° 07/2005 traduz emanção direta do que prescreve a própria Constituição da República, considerados, notadamente, para esse efeito, além da regra de competência fundada no artigo 103-B, § 4º, inciso II, do texto constitucional, os postulados da impessoalidade e da *moralidade* que representam valores essenciais na

1 \* Trabalho de Conclusão do Curso de Direito, apresentado no segundo semestre de 2013, como requisito parcial à obtenção do Grau de Bacharel em Direito, no Centro Universitário Jorge Amado.

2 \*\* Aluno do Curso de Direito do Centro Universitário Jorge Amado.

3 *Apud* Cármen Lúcia Antunes Rocha, **Princípios Constitucionais da Administração Pública**, p.223.

conformação das atividades do poder.<sup>4</sup> (grifou-se)

Abro este trabalho, do mesmo modo que Giacomuzzi<sup>5</sup>, colacionando duas passagens contraditórias vividas pelo direito brasileiro no que tange a aplicação e definição das normas jurídicas, mais especificamente sobre o princípio da moralidade administrativa. Vê-se, de passagem, que o princípio foi/é utilizado de diferentes formas em diferentes épocas, sendo tratado ora como princípio, ora como regra, ora como postulado, ora como álbi justificador do seu próprio menosprezo.

Esse é um estudo hermenêutico-administrativo que vai de encontro ao normalmente afirmado na doutrina, adotando uma posição ainda minoritária defendida por Humberto Ávila em seus livros *Teoria dos Princípios*<sup>6</sup> e *Sistema Constitucional Tributário*<sup>7</sup>.

O objetivo não é analisar detalhadamente as inúmeras correntes doutrinárias sobre a teoria dos princípios, mas fazer uma análise crítica do modo como o princípio é utilizado no Brasil a partir de uma perspectiva hermenêutica, buscando contribuir, minimamente que seja, para uma melhor aplicação do princípio da moralidade.

Far-se-á uma análise normativa do dispositivo encontrado no *caput* do Artigo 37 da Constituição da República de 1988, buscando delimitar sua definição e aplicação, fugindo da hermenêutica solipsista<sup>8</sup>.

4 ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-01 PP-00001 RTJ VOL-00215- PP-00011 RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149

5 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo (SP): Malheiros, 2002, p. 27.

6 Ávila, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2009 .

7 ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012

8 A teoria filosófica do solipsismo é aquela que acredita que a única verdade encontra-se imbricada no intelecto do pensador, a verdade estaria dentro de nós mesmos. Veja as palavras dos advogados criminalistas Leandro Correa de Oliveira e Edson Vieira da Silva Filho – anote-se sobre o título do artigo “O Direito Penal não pode ser o guardião da moral” – sobre o assunto: “Apelamos para a caridade dos caridosos e aos argumentos das mais diversas vertentes das teorias argumentativas que nos levam de volta à filosofia da consciência, ao solipsismo moderno onde o homem, senhor da razão racional tudo pode a partir dela, e a partir dela tudo faz. Como deuses, decidimos à nossa imagem e semelhança. São os passos incertos que damos em busca do maior dos mitos da modernidade: o mito da segurança. A qual segurança nos referimos? A qualquer uma, a todas elas, tanto faz, o mito nos leva ao mesmo lugar. Ao sindicarmos saúde, educação, previdência, segurança (no sentido estrito – seja ela policial preventiva, policial repressiva ou judicial) pretendemos a mesma coisa. Garantias, certezas.” Disponível em: OLIVEIRA, Leandro Correa, SILVA FILHO, Edson Vieira da. **O Direito Penal não pode ser o guardião da moral**. Em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-07/direito-penal-nao-nem-guardiao-

Necessário será a caminhada sobre os conceitos de princípio, regra e postulado, e a necessária crítica à doutrina que, na boa intenção de efetivar a aplicação dos valores através dos princípios jurídicos, acabaram por criar um estado principiológico<sup>9</sup>, no qual Lênio Streck alerta para o perigo dos princípios se tornarem leviatãs hermenêuticos<sup>10</sup>.

Afirma esta doutrina, que os princípios são normas basilares do ordenamento jurídico, ponderáveis em um conflito normativo com outros princípios, definidores de fins a serem atingidos, sendo apenas mediatamente definidora de ações, tendo como *modus* de concretizá-lo, em última análise, a perspectiva do aplicador.

Ora, no intento de dar maior concretude aos princípios, parte da doutrina o flexibilizou, caindo na contradição de que para a inaplicabilidade é necessário apenas o entendimento do hermeneuta de que, aquele princípio perde, em uma análise ponderativa, para outro princípio que o interprete ache mais adequado, institucionalizando um estado de insegurança que se torna incompatível com o Estado de Direito.

A tese que defende que o intérprete poderá utilizar apenas do princípio da moralidade administrativa para solucionar um litígio é, na senda do que será aqui defendido, fadada a institucionalizar a insegurança e desconsiderar as palavras de Michael Sandel ao afirmar que:

a vida em sociedades democráticas é cheia de divergências entre o certo e o errado, entre a justiça e injustiça. Algumas pessoas defendem o direito ao aborto, outras o consideram um crime. Algumas acreditam que a justiça requer que o rico seja taxado para ajudar o pobre, enquanto outras acham que não é justo cobrar taxas sobre o dinheiro recebido por alguém como resultado do próprio esforço. Algumas defendem o sistema de cotas na admissão ao ensino superior como uma forma de remediar erros do passado, enquanto outras consideram esse sistema uma forma injusta de discriminação invertida contra as pessoas que merecem ser admitidas pelo próprio mérito. Algumas rejeitam a tortura de suspeitos de terrorismo por a considerarem um ato moralmente abominável e indigno de uma

---

moral-perdida>. Acesso em: 19 de abril de 2013.

9 Ávila, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2009, pág 23.

10 STRECK, Lênio Luiz. **Ministro equivocava-se ao definir presunção da inocência**. Em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 28 de março de 2013.

sociedade livre, enquanto outras a defendem como um recurso extremo para evitar futuros ataques. Eleições são vencidas e perdidas com base nessas divergências. As chamadas guerras culturais são combatidas por esses princípios. Dadas a paixão e a intensidade com as quais debatemos as questões morais na vida pública, podemos ficar tentados a pensar que nossas convicções morais estão fixadas para sempre, pela maneira como fomos criados ou devido a nossas crenças, além do alcance da razão. Entretanto, se isso fosse verdadeiro, a persuasão moral seria inconcebível e o que consideramos ser um debate público sobre justiça e direitos não passaria de uma saraivada de afirmações dogmáticas em uma inútil disputa ideológica<sup>11</sup>.

Herbert Hart, em seu livro “O conceito de direito”, traduzido para o português de Portugal, já afirmava a inconsistência da moralidade ao afirmar que: as obrigações e os deveres reconhecidos em regras morais deste tipo fundamentalíssimo podem variar de uma sociedade para outra ou, dentro de uma mesma sociedade, em momentos diferentes de tempo. Alguns deles podem reflectir crenças assaz errôneas, ou mesmo supersticiosas, quanto àquilo que é necessário para a saúde ou a segurança do grupo; numa sociedade, pode constituir um dever da esposa lançar-se ela própria na pira fúnebre do marido, e numa outra o suicídio pode constituir um delito contra a moral comum. Há uma diversidade entre códigos morais que tanto pode provir das necessidades peculiares, mas reais, de uma dada sociedade, como da superstição ou da ignorância.<sup>12</sup>

Ávila muito bem explica isso, na seara tributária, ao afirmar que “os princípios da tributação, coerentemente explicados neste trabalho, não são princípios ideais que transformam a opinião do intérprete em objeto da ordem jurídica”<sup>13</sup>.

Este trabalho busca como objetivo final a definição da natureza jurídica do princípio da moralidade administrativa para que este não seja, nas palavras de Lênio Luiz Streck: “um perigoso elemento de, sob pretexto de superar

11 SANDEL, Michael J.. **Justiça – O que é fazer a coisa certa** (tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo). – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, pág. 36/37.

12 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito** (Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara). - Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pág. 186.

13 ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 65.

o exegetismo, transformar-se em um álibi para poder ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’... Algo que o voluntarismo interpretativo de *terrae brasiliis* fez e faz. Basta ver a pan-principiologia... essa bolha especulativa de princípios que assola a pátria.”<sup>14</sup>.

O estudo necessariamente perpassará pela análise da moralidade administrativa, percorrendo sua história – no Brasil e no Mundo – analisando sua imbricação dentro da legalidade, valorizando o conceito de regra, por ser está também uma norma valorativa pré-ponderada pelo Poder Legislativo, fixando sua força axiológica e enaltecendo a segurança de ser uma norma imediatamente definidora de ações. Analisar-se-á também o lugar dos princípios e dos postulados no sistema normativo, sua influência e força normativa em face do ordenamento como um todo.

## NOÇÕES PROPEDÊUTICAS

### DISPOSITIVO E NORMA

Dispositivo<sup>15</sup> e norma não se confundem, nem devem se confundir.

Dispositivo é produto do processo legislativo, norma, doutro lado, é produto do processo normativo.

Um dispositivo pode ter inúmeras normas, ou nenhuma. Por exemplo, qual a força normativa do dispositivo “sob a proteção de Deus”, contido no preâmbulo da Constituição Federal? Nenhuma, por certo. Não se pode exigir juridicamente uma proteção divina.

Dispositivo é o texto objeto da pesquisa, norma é o seu resultado. Essa é a lição de Humberto Ávila ao afirmar que:

normas não são textos nem o conjunto deles, mas o sentido construído a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um

14 STRECK, Lênio Luiz. **A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil**. Em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em: 28 de março de 2013.

15 Texto, texto normativo, dispositivo, disposição, preceito e enunciado são utilizados pelos hermenutas como sinônimos. Neste trabalho serão utilizados, indistintamente, com o mesmo significado.

dispositivo que lhe sirva de suporte.<sup>16</sup>

E conclui afirmando que:

não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro.<sup>17</sup>

Sobre o tema, sempre é necessário buscar guarida em Eros Roberto Grau. Este afirma que:

o que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas. Daí, como as normas resultam da interpretação, o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas. O conjunto dos textos – disposições, enunciados – é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas em potenciais (Zagrebelsky). O significado (isso é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa.<sup>18</sup>

A tarefa do intérprete é transformar texto em norma. Essa tarefa não é unicamente descrever o texto, buscar-lhe sinônimos, decompor-lhe o significado. Fosse isto, qualquer pessoa versada em letras seria jurista. A tarefa do jurista é reconstruir significados a partir do texto, através do texto, mas em profundidade maior que a das suas palavras.

Humberto Ávila, neste sentido, afirma que “a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e o sentido de um texto”<sup>19</sup>.

Em belo discurso, proferido na sua posse como presidente do Supremo Tribunal Federal, o então Ministro Carlos Ayres Britto, opinando sob o preparo dos juízes, afirma que estes devem ter

16 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 30.

17 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 31.

18 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 27.

19 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 32.

um tipo de preparo técnico ou competência profissional que vai da identificação dos dispositivos, e às vezes são tantos aplicáveis ao caso, à revelação das propriedades normativas deles (os textos jurídicos a interpretar são ondas de possibilidades normativas, para me valer de expressão cunhada pelos físicos quânticos do início do século XX e a propósito das partículas subatômicas dos prótons, elétrons e nêutrons)<sup>20</sup>.

O resultado da interpretação – norma – é a reconstrução do significado do dispositivo.

Humberto Ávila descreve isso quando afirma que:

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crendice de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julga; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.<sup>21</sup>

Seguindo a mesma orientação de Humberto Ávila, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência sobre mutação constitucional, ou seja, a partir de um mesmo texto, transmuda-se, com o tempo, a norma dele extraída. Veja parte do excerto de autoria do Ministro Gilmar Mendes, na reclamação nº 4.3335-5/ACRE, onde ele afirma, *litteris*, que “é possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, x, da Constituição de 1988”.

Outro exemplo de técnica que explicita bem a diferença entre texto e norma é a da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Nesta técnica o magistrado não declara a inconstitucionalidade da norma,

20 BRITTO, Carlos Ayres. Íntegra do discurso de posse do ministro Ayres Britto na Presidência do STF. Em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoAyresBritto.pdf>>. Acesso em: 17 de abril de 2013.

21 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 34

mas de uma das possíveis normas extraíveis do texto em análise. Técnica muito utilizada pelo Supremo Tribunal em que o julgador analisa as várias possibilidades de um texto (normas), analisa as consequências de sua aplicação, e vê, dentre estas possibilidades, qual ofende a Constituição.

As interpretações que ofende a Constituição Federal são expelidas do ordenamento, as outras são preservadas juntamente com o dispositivo que lhes deram origem, em outras palavras, não se declara inconstitucional “a” norma extraída do texto, mas “uma das” normas possíveis do texto.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, em parte do julgamento da RE 228339 AgR, utiliza a técnica aqui analisada e afirma o seguinte: “se for necessário interpretar a lei complementar à luz da Constituição para precisar-lhe sentido ou tolher significados incompatíveis com a Carta (técnicas da interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e permanência da norma ainda constitucional).”<sup>22</sup>.

O intérprete, a partir do texto, reproduz a norma jurídica.

Mas registre-se. Não só a partir do texto, mas da soma dos textos e dos fatos. Pois, nas palavras de Eros Grau:

ela se encontra assim nele involucrada apenas parcialmente, porque os fatos também a determinam – insisto nisso: a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto

22 TRIBUTÁRIO. CONFLITO ENTRE LEGISLAÇÃO LOCAL E LEI COMPLEMENTAR DE NORMAS GERAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO ANTES DA EC 45/2004 (art. 102, III, D). MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA OU REFLEXA. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. MUNICÍPIO DE LARANJEIRAS DO SUL. CONTRARIEDADE DA LEGISLAÇÃO LOCAL AO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. APURAÇÃO DO BENEFÍCIO INDIVIDUAL DEFICITÁRIA. LEI 43/1989. PROJETO 09/1993. EDITAL 05/1994. DECRETO 08/1995. 1. Nem toda contraposição entre lei ordinária e lei complementar se resolve no plano constitucional. Dentre outras hipóteses, a discussão será de alçada constitucional se o ponto a ser resolvido, direta ou incidentalmente, referir-se à existência ou inexistência de reserva de lei complementar para instituir o tributo ou estabelecer normas gerais em matéria tributária, pois é a Constituição que estabelece os campos materiais para o rito de processo legislativo adequado. 2. Num segundo ponto, é possível entrever questão constitucional prévia no confronto de lei ordinária com lei complementar, se for necessário interpretar a lei complementar à luz da Constituição para precisar-lhe sentido ou tolher significados incompatíveis com a Carta (técnicas da interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e permanência da norma ainda constitucional). 3. Nenhuma das duas hipóteses está configurada neste caso, pois a parte-agravante invoca o Código Tributário Nacional como parâmetro de controle imediato de norma local que teria falhado em apurar o benefício individual aferido por cada contribuinte, mas, ao invés, limitou-se a fixar o valor global da obra para rateio. 4. Na época da interposição do recurso ainda não vigia o art. 102, III, d da Constituição, incluído pela EC 45/2004. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE 228339 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-04 PP-01235 RDDT n. 179, 2010, p. 171-173 RT v. 99, n. 899, 2010, p. 105-108)



(mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Interpreta-se também o caso, necessariamente, além dos textos e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados. A norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto e o intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-lo brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete “produz a norma”. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação (Gadamer)<sup>23</sup>.

Por isso, norma é a operação entre texto e realidade.

Pelo dito a cima, entendemos não poder dizer que exista uma norma antiga, a norma é fruto de seu tempo, pois interpretada pela soma do texto e fatos.

Poderá haver perfeitamente textos centenários e normas novas, pois construídas à luz de fatos atuais.

Giacomuzzi afirma que

dado que a Constituição, qualquer Constituição, é norma jurídica, e tendo-se hoje por superada a visão segundo a qual a norma se encerra em si e contém todo seu significado, nada restando ao aplicador do Direito – visão, essa, tão cara aos juristas do século passado -, vivemos, atualmente, após o avanço da Hermenêutica, sob a convicção de que a norma jurídica, em verdade, não se confunde com seu texto. Vale dizer, a Constituição, como norma jurídica, não equivale ao texto da Constituição.<sup>24</sup>

Neste ponto cabe uma análise fundamental.

Não se constrói normas, como se ao interprete fosse dado o poder de criar algo novo, sem limites. Na verdade o intérprete reconstrói normas. Constrói através de algo, mas para além dele. Atente-se que o intérprete busca a norma pela operação entre texto e fatos. Os textos, não obstante a mudança histórica de seus significados, possuem raiz significativa mínima, sem a qual seria impossível uma comunicação em sociedade.

23 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 32.

24 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 33.

As palavras como “mãe”, “pai”, “antes”, “depois”, “encima”, “embaixo”, etc. tem um conteúdo simbólico que permite nós comunicarmos, essencial para que possamos conviver como seres gregários que somos. Nós reconstruímos normas, pois nos textos já há uma raiz significativa mínima, construída pela sociedade.

Humberto Ávila afirma que “interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentido, que são, por assim dizer, construídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”<sup>25</sup>.

Desconsiderar isso – raiz semântica mínima – é negar o sistema legislativo, e afirmar que a interpretação/aplicação do direito deve ser aquilo que “eu quero que ela seja”<sup>26</sup>.

Veja um caso emblemático lembrado por Lênio Streck<sup>27</sup>, afastando-nos, entretanto, do mérito da pretensão aduzida em juízo.

A Defensoria Pública do Mato Grosso ingressou com uma Ação Civil Pública – ACP no intuito de proibir as empresas de telecomunicação – dentre as maiores do ramo – de cobrar pela instalação de “pontos extras” nos domicílios dos consumidores. Por meio desta ACP, o juiz Luis Aparecido Bortolussi Júnior, da Vara Especializada em Ação Civil Pública e Ação Popular de Cuiabá, acatou, liminarmente, o pedido e fixou multa de 15 mil reais para cada descumprimento da liminar.<sup>28</sup>

Como afirma Lênio: “Alguém diria: belo gesto. Boníssima intenção.”<sup>29</sup>.

Pois bem. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 134, afirma, textualmente, que: A Defensoria Pública é instituição essencial à função

25 Ávila, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 .pág.36/37.

26 STRECK, Lênio Luiz. **Hipossuficiência e TV a cabo, fatos ou interpretação?**. Em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-21/senso-incomum-hipossuficiencia-tv-cabo-fatos-ou-interpretacao>>. Acesso em: 28 de abril de 2013

27 STRECK, Lênio Luiz. **Hipossuficiência e TV a cabo, fatos ou interpretação?**. Em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-21/senso-incomum-hipossuficiencia-tv-cabo-fatos-ou-interpretacao>>. Acesso em: 28 de abril de 2013.

28 Notícia completa sobre o tema disponível em: <http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/index.php/noticias/item/9028-juiz-pro%C3%ADbe-sky-e-claro-tv-de-cobrar-por-ponto-extra-em-cuiab%C3%A1>

29 [http STRECK, Lênio Luiz. Hipossuficiência e TV a cabo, fatos ou interpretação?](http://www.conjur.com.br/2013-fev-21/senso-incomum-hipossuficiencia-tv-cabo-fatos-ou-interpretacao). Em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-21/senso-incomum-hipossuficiencia-tv-cabo-fatos-ou-interpretacao>>. Acesso em: 28 de abril de 2013.

jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos *necessitados*, na forma do art. 5º, LXXIV (texto legal). Veja, nas palavras de Lênio Streck, que onde está escrito “necessitados’, penso que devemos ler... ‘necessitados’, também denominados pós-modernamente de hipossuficientes (ou não privilegiados, para usar uma expressão em um voto do STF sobre a matéria).”<sup>30</sup>.

Veja que a Defensoria Pública foi criada – e mesmo para os que defendem a maior força normativa aos princípios, há de admitir que a função axiológica fundamental da Defensoria Pública não é proteger interesses dos mais abastados – para proteger os direitos dos necessitados.

Necessitados, usando a técnica de interpretação sistemática da Constituição, são os economicamente necessitados. Qualquer atitude da Defensoria Pública em defender os abastados, os “hipersuficientes”, os privilegiados, ou qualquer outro termo que o valha, estará, não obstante a boa intenção dos membros da Defensoria, desrespeitando frontalmente a Constituição Federal.

Ora, qualquer indivíduo – em um país com uma desigualdade social tão absurda, com um nível de pobreza e marginalização tão grande como o Brasil – que possua canal fechado de televisão por assinatura tem, no mínimo, uma situação econômica confortável, não podendo ser tutelados por Defensores Públicos pagos pelos cofres públicos para defender os miseráveis.<sup>31</sup>

Neste caso a raiz semântica mínima que um vocábulo deve ter para servir de comunicação não foi respeitada.

Em conclusão: a) Texto é norma em potência, mas não totipotente – fazendo uma alusão às células troncos embrionárias que podem transmutar-se em qualquer outra célula do corpo humano –; b) Do texto se retira a norma,

30 STRECK, Lênio Luiz. **Hipossuficiência e TV a cabo, fatos ou interpretação?**. Em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-21/senso-incomum-hipossuficiencia-tv-cabo-fatos-ou-interpretacao>>. Acesso em: 28 de abril de 2013.

31 Aqui se faz necessária uma ressalva. Não é porque uma pessoa tem TV a cabo que é economicamente abastada. O futuro é incontável e a vida é cheia de sabores incompatíveis com disposições “a priori”. Muitas vezes uma pessoa teve uma boa condição e acabou sofrendo um revés econômico/financeiro/patrimonial, tão natural em um sistema capitalista, possuindo uma TV a cabo, uma boa casa, mas está vivendo momentos de miserabilidade. Ou a TV pode ser um dos instrumentos de trabalho de um dado cidadão muito humilde, por exemplo. Neste ponto é que entra o outro lado do processo normativo, a análise dos fatos da vida. Mas no caso em análise, a Defensoria Pública entrou em defesa não de um caso específico, mas de consumidores em abstrato, não enquadráveis no epíteto de “necessitados”.

mas não só dele; c) Norma deve ser o resultado da operação entre texto e fatos da vida, pois “o texto, preceito jurídico, é como diz Friedrich Müller, matéria que precisa ser ‘trabalhada’”<sup>32</sup>; d) Os textos tem uma raiz significativa mínima construída pela sociedade a qual o intérprete não pode se desvincular, por isso o intérprete não descreve, nem constrói, mas sim reconstrói normas; e) Da interpretação dos textos, nascem normas, as quais se dividem em regras, princípios e postulados, os quais serão objeto de análise no tópico posterior.

### REGRA, PRINCÍPIO E POSTULADO

Este é o capítulo mais delicado do texto.

Ele é fundamental à conclusão que se chegará – a partir da diferenciação de princípio, regra e postulado – do enquadramento da moralidade administrativa neste emaranhado de conceitos, desvelando sua natureza jurídica.

Este trabalho seria acentuadamente mais fácil se seguíssemos a maioria da doutrina, pois filiar-se ao normalmente aceito é definitivamente mais tranqüilo – notadamente na seara do conflito normativo –. Filio-me, outrossim, à teoria criada por Humberto Ávila, que é minoritária e, em partes, acredito que seja até solitária<sup>33</sup>.

É relevante colacionar o ensinamento de Ávila ao final da análise histórica das Teorias dos Princípios, onde ele afirma que “todos esses critérios de distinção são importantes, pois apontam para qualidades dignas de serem examinadas pela Ciência do Direito. Isso não nos impede, porém, de investigar modos de aperfeiçoamento desses critérios de distinção, não no sentido de desprezar sua importância e, muito menos ainda, de negar o mérito das obras que os examinaram; mas, em vez disso, naquele de confirmar sua valia pela forma mais adequada para demonstrar consideração e respeito científico: a crítica.”<sup>34</sup>.

32 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 29.

33 Não obstante isso, ela tem ganhado muita força, sendo a teoria adotada inclusive pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, *vide* o julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578.

34 Ávila, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2009, pág. 41/42.

Como o supracitado, este trabalho não busca a análise minuciosa de todas as teorias sobre o assunto<sup>35</sup>, analisaremos de passagem a(s) mais aceita(s) e faremos nossa crítica.

Sigamos.

## As Regras

As teorias mais fortes atualmente no mundo – com base em Lênio Streck<sup>36</sup> – sobre as regras jurídicas, são as defendidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Estes autores sustentam a teoria definida pelo “critério final de aplicação” e a do “conflito normativo” (com temperamentos, pois os autores, em parte, discordam-se entre si).

Sobre o critério do “modo final de aplicação”, Humberto Ávila explica a definição de Dworkin nos seguintes termos:

Dworkin afirma que as regras são aplicadas de modo tudo ou nada (*all-or-nothing*) no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é válida.<sup>37</sup>

Já Eros Roberto Grau afirma que, para Dworkin:

as regras jurídicas são aplicáveis por completo, ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os

---

35 Existem vários critérios para a análise da correlação entre os princípios e as regras jurídicas. Critérios como os de “caráter hipotético-condicional”, onde afirmam que regras possuem um dispositivo definidor de comportamentos e uma consequência jurídica para o seu não cumprimento, já os princípios não possuem nem a definição de comportamento, nem consequência jurídica, mas apenas o estado de coisas a ser alcançado; Tem o critério do “modo final de aplicação”, que sustenta que os princípios são aplicados de modo “mais ou menos” já as regras são aplicadas de modo “tudo ou nada”; Tem o critério do relacionamento normativo, que afirma que as regras e os princípios desvelam-se no conflito, sendo que um conflito de regras uma deve ser expurgada do ordenamento, já o conflito de princípios há sempre uma ponderação; Há o critério axiológico, que afirma que os princípios possuem uma raiz valorativa, ao contrário das regras, que são unicamente comportamentais. Todos esses critérios são importantes, e todos são passíveis de crítica, todavia não cabe nos contornos deste trabalho a análise minuciosa de todas as correntes e críticas a respeito. Aqui serão analisados apenas de passagem no que for necessário à definição da natureza jurídica da moralidade administrativa (analisaremos mais detidamente o conflito normativo e o modo final de aplicação). Sobre estes e outros assuntos, consultar: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo (SP): Malheiros, 2009.

36 STRECK, Lênio Luiz. **Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência**. Em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 28 de março de 2013.

37 Ávila, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2009. pág. 44.

pressupostos de fato aos quais a regra se refira – suporte fático hipotético, o Tatbestand – se verifique em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser ela aplicada<sup>38</sup>.

Continua Grau a explicar a teoria de Dworkin nos seguintes termos:

as regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deva prevalecer uma, em virtude do seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida. E a decisão a respeito de qual delas o é e qual deve ser abandonada há de ser tomada atendendo-se a considerações alheias a elas. Determinado ordenamento jurídico poderá regular tais conflitos através de outras normas, dando preferência à regra promulgada pela autoridade de maior nível hierárquico, ou à regra promulgada em data mais recente, ou à mais específica etc. Ou, ainda, poderá dar prevalência à regra apoiada nos princípios mais relevantes<sup>39</sup>.

Humberto Ávila sustenta que:

Alexy, apesar de atribuir importância à criação de exceções e de salientar o seu distinto caráter *prima facie*, define as regras como normas cuja premissas são ou não diretamente preenchidas e que não podem nem devem ser ponderadas. Segundo o autor, as regras instituem obrigações definitivas, já que não superáveis por normas contrapostas<sup>40</sup>.

No mesmo sentido, Eros Grau afirma que, para Robert Alexy:

as regras, ao contrário, são normas que somente podem ser cumpridas ou não-cumpridas. Se uma regra é válida, então se há de fazer exatamente o que ela exige: nem mais, nem menos. Logo, as regras são determinações no âmbito da fática e juridicamente possível.<sup>41</sup>

38 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 173.

39 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 175.

40 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2009 , pág. 44.

41 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 182.

E continua a afirmar que em:

um conflito de regras – diz Alexy [1986:77] – somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula. Juridicamente, uma norma vale ou não vale; e quando vale e é aplicável a um caso, isto significa que suas conseqüências jurídicas também valem.<sup>42</sup>

Lênio Streck, no mesmo diapasão, sustenta que:

tanto as posições de Dworkin quanto as de Alexy concordam que um dos fatores a diferenciar os princípios das regras diz respeito ao fato de que sua não-incidência (ou aplicação) em um determinado caso concreto não exclui a possibilidade de sua aplicação em outro, cujo contexto fático-existencial seja diferente daquele que originou seu afastamento. As regras, por outro lado, se afastadas de um caso, devem, necessariamente, ser afastadas de todos os outros futuros<sup>43</sup>.

Não obstante a importância e aceitação que teve no Direito, este critério peca por desconsiderar a possibilidade de ponderação das regras, pois “o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso”<sup>44</sup>.

Regras podem – e devem – ser ponderadas à luz dos fatos circundantes. Não raras vezes as regras deixaram de ser aplicadas, mesmo sem ser incluída uma exceção através de outra regra, e nem por isso haverão de serem consideradas revogadas.

Essa ponderação, em prejuízo da teoria majoritária, vem sendo aplicada em julgamentos nos nossos tribunais, veja um exemplo – que peço vênia para transcrever *in totum* – trazido por Humberto Ávila:

A norma construída a partir do inciso II do art. 37 da Constituição Federal estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Se for feita admissão de funcionário público, então essa investidura deverá

42 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 182/183.

43 STRECK, Lênio Luiz. **Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência**. Em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 28 de março de 2013.

44 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2009 , pág. 45.

ser precedida de concurso público; caso contrário essa investidura deverá ser declarada inválida. Além disso, o responsável pela contratação terá, conforme a lei, praticado ato de improbidade administrativa, com várias consequências, inclusive o ingresso da ação penal cabível. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal deixou de dar seguimento à ação cabível ao julgar caso em que uma prefeita de um Município foi denunciada porque, quando exercia a chefia do Poder Executivo Municipal, contratou sem concurso público um cidadão para a prestação de serviços como gari pelo período de nove meses. No julgamento do *habeas corpus* considerou-se inexistente qualquer prejuízo para o Município em decorrência deste caso isolado. Além disso, considerou-se atentatório à ordem natural das coisas, e, por conseguinte, ao princípio da razoabilidade, exigir a realização de concurso público para uma única admissão para o exercício de atividade de menor hierarquia<sup>45</sup>. Nesse caso, a regra segundo a qual é necessário concurso público para contratação de agente público incidiu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada (invalidade da contratação e, em razão de outra norma, prática de ato de improbidade) porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justificava (proteção do patrimônio público). Dito de outro modo: segundo a decisão, o patrimônio público não deixaria de ser protegido pela mera contratação de um gari por tempo determinado.<sup>46</sup>

O supracitado exemplo é categórico em demonstrar o erro da aplicação da teoria do modo final de aplicação. Deve-se analisar o fundamento de uma regra, o fundamento axiológico imbricado em seu interior, muito além do texto, pois combinado aos fatos. Veja que a aplicação da regra seria inevitável se fosse para o preenchimento do cargo de um diplomata, de um juiz ou de um procurador da república, por exemplo.

Ávila demonstra o sobredito ao afirmar que “no caso da aplicação de regras o aplicador também deve considerar elementos específicos de cada situação, embora sua utilização dependa de um ônus de argumentação capaz de superar as razões para cumprimento da regra.”<sup>47</sup>.

45 STF, 2ª Turma, HC 77.003-4-PE, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.6.1998, DJU 11.9.1998, p.5.

46 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2009 , pág. 46.

47 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos**



A regra possui um valor dormente dentro de si, que deve ser analisado e ponderado durante o processo normativo, que, no caso em análise, é a proteção do patrimônio público e, em última análise, ao Princípio Republicano (que, não obstante seja axiológico, é, também, deontológico).

Na lição Humberto Ávila:

Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura da norma, mas a sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados.<sup>48</sup>

Distingue-se – regras e princípios – não pela ponderação, mas por outros motivos. Veja que os princípios determinam um modo ideal a ser promovido, cabendo ao intérprete definir os meios de alcançá-lo. Já as regras, não obstante possuam um fim intrínseco (e isto é de suma importância), já definem um caminho a ser seguido.

As regras, pois, também são ponderáveis, e aqui se encontra o erro na teoria do modo final de aplicação.

A não aplicação de uma regra dependerá de “uma fundamentação capaz de ultrapassar as trincheiras decorrentes da concepção de que as regras devem ser obedecidas”<sup>49</sup>, pois “ainda que existam vários tipos de regras, e não um só, pode-se afirmar que aquilo que caracteriza as regras é precisamente o seu grau de rigidez, indicativo de um comportamento ou de um âmbito de poder, que não pode ceder senão diante da excepcionalidade da situação e mediante o preenchimento de requisitos formais e matérias”<sup>50</sup>.

Deixar de aplicar uma regra é muito mais difícil do que deixar de aplicar um princípio. Pois, para deixar de aplicá-las são necessárias razões de extrema relevância a sustentar a possibilidade de desconsiderar o caminho previamente concebido pelo legislador, o qual é peça fundamental do estado de direito.

---

**princípios jurídicos.** 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 54.

48 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 9. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2009 , pág. 47.

49 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 9. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2009 , pág. 49.

50 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 55.

A aplicação da regra é de fundamentação mais tranquila, é no sentido de demonstrar a incidência do texto aos dos fatos da vida e o seu conseqüente resultado: a norma aplicada. O que não ocorrerá com os princípios, já que a fundamentação será no sentido de afirmar o caminho que o intérprete reputou mais adequada à consecução do fim, desconsiderando outros, com um maior grau de subjetivismo.

E justamente por ser de fundamentação mais fácil e de inaplicação mais difícil, as regras geram muito mais segurança jurídica do que os princípios.

Isso significa que o traço distintivo não é o tipo de obrigação instituído pela estrutura condicional da norma, se absoluta ou relativa, que irá enquadrá-la numa ou noutra categoria de espécies normativas<sup>51</sup>, mas sim “o modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa”<sup>52</sup>.

A teoria adotada neste trabalho tem como conceito de regra o seguinte:

Regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e construção dos fatos<sup>53</sup>.

Depois da necessária crítica, debruçemo-nos agora sobre as características peculiares das regras, já em parte demonstrada neste tópico, mas que podemos sistematizar da seguinte forma:

a) As regras, no que diz respeito o modo em que prescreve o comportamento, são imediatamente prescritivas<sup>54</sup>.

Elas já se prestam a definir com certa precisão o caminho, o modo, o comportamento necessário, a atingir uma finalidade. Elas já “estabelecem

51 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 55.

52 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2009 , pág. 49.

53 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2009 , pág. 85.

54 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 78.

as obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada<sup>55</sup>.

Humberto Ávila afirma que regras possuem um caráter deontico-deontológico, pois “deontico porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; deontológico, porque as obrigações, permissões e proibições decorrem de uma norma que indica ‘o que’ deve ser feito<sup>56</sup>.”

Por isso Ávila afirma que “as regras são normar-do-que-fazer (ought-to-do-norms): seu conteúdo diz diretamente respeito a ações (actions).”<sup>57</sup>

Não obstante serem imediatamente descritivas, as regras possuem sua faceta valorativa, por isso são também mediatamente finalísticas.

As regras são caminho, e todo caminho deve levar a algum lugar.

O caminho que a norma prescreve é em busca de um fim pré-ponderado pelo legislador, a discricção – não obstante em forte e principal relevo – é meio.

Não é outra a idéia pregada por Ávila, ao afirmar que:

as regras podem ser definidas como normas mediatamente finalísticas, ou seja, normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido; e, por isso, dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação cujo elemento frontal é descritivo<sup>58</sup>.

b) As regras, no que diz respeito à justificação que exigem para serem aplicadas, são muito mais fáceis de serem aplicadas do que os princípios.

Veja que sua estrutura dispositiva facilita em muito o trabalho do intérprete na medida em que já está previamente ponderada, já está traçado o caminho a ser seguido em busca do fim que o estado reputou relevante.

Para aplicação das regras é necessário uma reconstrução hermenêutica, tendo como necessário a correlação entre fato e dispositivo. Enquadra-se o fato no dispositivo, extraíndo a regra.

55 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 78.a

56 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 79.

57 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 79.

58 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 79.

Ávila explica isso nos seguintes termos:

No caso das regras, como há maior determinação do comportamento em razão do caráter descritivo ou definitório do enunciado prescritivo, o aplicador deve argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correspondência da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte. A previsão sobre um estado futuro de coisas é imediatamente irrelevante. Daí se dizer que as regras possuem, em vez de um elemento finalístico, um elemento descritivo. Sendo facilmente demonstrável a correspondência, o ônus argumentativo é menor, na medida em que a descrição normativa serve, por si só, como justificação.<sup>59</sup>

Registre-se. Caso a regra traga, após a correspondência do dispositivo com os fatos da vida, um fim diferente daquele mediatamente visado a princípio pela norma, a fundamentação deverá ser muito mais complexa, até mais do que a do próprio princípio. Em outras palavras, se o caráter imediatamente descritivo foi concretizado, mas o mediatamente finalístico não foi, a regra não deverá incidir, todavia, para isso aconteça, a justificação deverá ser em um grau de profundidade muito maior. O intérprete, em casos excepcionais e devidamente justificáveis, termina analisando razões para adaptar o conteúdo da própria regra<sup>60</sup>.

Nas palavras de Humberto Ávila:

se a construção conceitual do fato, embora corresponda à construção conceitual da descrição normativa, não se adequar à finalidade que lhe dá suporte ou for superável por outras razões, o ônus argumentativo é muito maior. São os chamados casos difíceis<sup>61</sup>.

E conclui, em relação aos casos difíceis, que:

Para fazê-lo, porém, é preciso fundamentação que possa superar a importância das razões de autoridade que suportam o cumprimento incondicional da regra. Enfim, o traço distintivo das regras não é modo absoluto de cumprimento. Seu traço distintivo é o modo como podem deixar de ser aplicadas integralmente – o que é algo diverso.<sup>62</sup>

59 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 80.

60 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 81.

61 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 80.

62 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos**

c) As regras – analisadas sob o critério em que contribui para a decisão – ele é classificada como preliminarmente decisiva e abarcante<sup>63</sup>.

Humberto Ávila explica nos seguintes termos: “As regras consistem em normas primariamente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões.”<sup>64</sup>

A regra nasce com o intuito de desenvolver todo o trajeto necessário a concretização de seu fim mediato. É um caminho que busca, gradativamente, um fim.

Elas – regras – têm a aspiração de:

na medida em que, sobre pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a pretensão de gerar uma solução específica para a questão. O preenchimento das condições de aplicabilidade é a própria razão de aplicação das regras. As regras são, pois, normas preliminarmente decisivas e abarcantes.<sup>65</sup>

Necessário, novamente, após a crítica e as características, transcrever o conceito de regras, buscadas em Humberto Ávila. Veja:

As regras são normas imediatamente descritivas, retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.<sup>66</sup>

## Os Princípios

Os princípios jurídicos, segundo Humberto Ávila, são, para Ronald Dworkin, normas que “não determinam absolutamente a decisão, mas

**princípios jurídicos.** 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 81.

63 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 83.

64 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 83.

65 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 84.

66 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 85.

somente contêm fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”<sup>67</sup>.

Eros Roberto Grau discorrendo sobre o tema, afirma que para Dworkin “os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam”<sup>68</sup>.

É completa afirmando que:

uma segunda distinção, decorrente da primeira, aparta ainda, segundo Dworkin [1987: 26], os princípios das regras jurídicas. É que os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Esta valoração, evidentemente, não é exata e, por isso, o julgamento a propósito da maior importância de um princípio, em relação a outro, será com frequência discutível. Não obstante, as indagações a respeito de se ele possui essa dimensão e se faz sentido questionar quão importante ou relevante ele é integram o conceito de princípio.<sup>69</sup>

O conceito de princípios formulado por Ronald Dworkin é passível de críticas – embora em menor quantidade do que o conceito de regras –. O próprio Ronald Dworkin contraditou várias delas em seu “Apêndice” à 4ª edição de seu livro, conforme noticia Eros Roberto Grau<sup>70</sup>.

Eros Grau, citando Genaro Carrió, sustenta – lançando mão da exposição de Hart – que todas as regras, inclusive as específicas, possuem textura aberta; por isso, contêm exceções que não se pode previamente explicar, de modo exaustivo<sup>71</sup>.

Note que há uma pequena imprecisão terminológica no conceito “mais ou menos” de aplicação do princípio. Não se pode falar que um princípio é

67 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 48.

68 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 174.

69 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 174/175.

70 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 176.

71 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 176.

aplicado mais ou menos. Ou o princípio é aplicado, ou ele não é aplicado. Mais ou menos é a concretização dos fins nele estabelecido, matéria fática.

Na seara dos princípios, afirma Humberto Ávila que:

o importante é que tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais. No caso dos princípios essa consideração de aspectos concretos e individuais é feita sem obstáculos institucionais, na medida em que os princípios estabelecem um estado de coisas que deve ser promovido sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido. O interessante é que o fim, independentemente da autoridade, funciona como razão substancial para adotar os comportamentos necessários à sua promoção. Adota-se um comportamento porque seus efeitos contribuem para promover o fim. Os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de normas que geram, para a argumentação, razões substanciais (substantive reasons). Por exemplo, a interpretação do princípio da moralidade irá indicar que a seriedade, a motivação e a lealdade compõe o estado de coisas, e que comportamentos sérios, esclarecedores e leais são necessários. O princípio, porém, não indicará quais são, precisamente, esses comportamentos.<sup>72</sup>

Neste diapasão, pode-se concluir que o conceito de princípios está correto quando Humberto Ávila aduz que “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e 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>73</sup>.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, pois tem como função imediata a definição de estado ideal das coisas a ser atingido. Uma pré-definição perfeita da sociedade a ser buscada. Por isso todas as condutas devem ter como norte este fim ótimo definido no ordenamento. É como diz Humberto Ávila, citando Ota Weinberger, “um fim é a idéia que exprime uma orientação prática”<sup>74</sup>, em outras palavras, “eles representam uma função

72 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 55.

73 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 85.

74 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 85.

diretiva (*richtungsgebender Funktion*) para a determinação da conduta.”<sup>75</sup>.

Podemos sistematizar as características próprias dos princípios – segundo a teoria aqui abraçada – nos seguintes termos:

a) Os princípios, quanto ao comportamento prescritivo, são normas imediatamente finalísticas. Ele é a cristalização do dever-ser, é o ponto final a ser buscado, o estado ótimo.

Sendo apenas mediatamente descritivos, ao passo que não aponta antecipadamente o comportamento adequado à sua concretização.

Humberto Ávila afirma que “os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante”<sup>76</sup>, e conclui:

Os princípios, ao estabelecerem fins a serem atingidos, exigem a promoção de um estado de coisas – bens jurídicos – que impõe condutas necessárias à sua preservação ou realização. Daí possuírem caráter deontico-teleológico: deontico, porque as obrigações, permissões e proibições decorrem dos efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado estado de coisas. Daí afirmar-se que os princípios são normas-do-que-deve-ser (*ought-to-be-norms*): seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas (*state of affairs*)<sup>77</sup>.

b) Os princípios, em relação à característica da natureza da justificação exigida, têm como meio de interpretação/aplicação a determinação do estado das coisas a serem atingidos e a análise do meio necessário a alcançá-lo. Ou seja, exige-se uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária<sup>78</sup>.

Os princípios, em relação a outras normas do sistema jurídico brasileiro, exigem uma fundamentação diferente, pois o elemento descritivo cede lugar ao elemento finalístico<sup>79</sup>, restando ao intérprete demonstrar qual dentre todos

75 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 85.

76 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 78.

77 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 79.

78 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 80.

79 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 81.



os caminhos possíveis e factualmente imagináveis, é o melhor para satisfazer o fim angariado, pois

se constituem normas imediatamente finalísticas e mediatamente de conduta, a justificativa da decisão de interpretação será feita mediante avaliação dos efeitos da conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido<sup>80</sup>.

Veja a lição de Humberto Ávila sobre o ponto:

No caso dos princípios, o elemento descritivo cede lugar ao elemento finalístico, devendo o aplicador, em razão disso, argumentar de modo a fundamentar uma avaliação da correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido. Como não se trata de demonstração de correspondência, o ônus argumentativo é estável, não havendo casos fáceis ou difíceis. E, como não há descrição do conteúdo do comportamento, a interpretação do conteúdo normativo dos princípios depende, com maior intensidade, do exame problemático. Com efeito, os princípios da motivação dos atos administrativos e da moralidade da administração não podem ser construídos sem exame de casos em que foram aplicados ou em que deveriam ter sido aplicados, mas deixaram de ser.<sup>81</sup>

E conclui afirmando que:

os princípios, na medida em que impõem a busca ou a preservação de um estado ideal de coisas, terminam por prescrever a adoção de comportamentos necessários à sua realização, mesmo sem a descrição dianteira desses comportamentos. Dito de outro modo, os princípios não determinam imediatamente o objeto do comportamento, mas determinam sua espécie.<sup>82</sup>

c) Quanto à contribuição para a decisão, podemos afirmar que os princípios são primariamente complementares e primariamente parciais<sup>83</sup>,

80 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 82.

81 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 81.

82 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 82.

83 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 83.

“na medida em que abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão.”<sup>84</sup>

Como os princípios não aduzem, primariamente, o comportamento a ser utilizado à chegar ao fim desejado, eles ficam “soltos” e em contato com outros princípios que sustentam outros valores, talvez conflitantes, talvez convenientes, mas sempre se auto influenciando mutuamente. “Esse tópico realça a maior interdependência entre os princípios. Daí se enfatizar a relação de imbricamento ou entrelaçamento entre eles”<sup>86</sup>.

Humberto Ávila aduz que:

isso se dá justamente porque os princípios estabelecem diretrizes valorativas a serem atingidas, sem descrever, de antemão, qual o comportamento adequado a essa realização. Essas diretrizes valorativas cruzam-se reciprocamente, em várias direções, não necessariamente conflitantes<sup>87</sup>.

E continua doutrinando que:

Os princípios possuem, pois, pretensão de complementaridade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade.<sup>88</sup>

Após uma rápida análise sobre teoria dominante, e a definição das características assumidas pelos princípios na teoria de Humberto Ávila, vem a calhar transcrever – novamente –, *in totum*, o conceito por ele trazido.

Princípios, segundo Humberto Ávila são:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e parcialidade, para

84 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 83.

85 Vê-se aqui uma aproximação da teoria de Ávila com a teoria de Dworkin.

86 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 84.

87 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 84.

88 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 84.

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 aplicação.<sup>89</sup>

## O PROBLEMA DA SEMÂNTICA

Fosse a análise da questão relacionada a regras e princípio meramente semântica, nenhuma importância haveria.

O problema é que ao tratar uma norma como princípio, dela passará a se extrair consequências inconvenientes, por conta de uma contradição.

Veja.

A doutrina brasileira adota em grande escala a doutrina supracitada.

Busca – na melhor das intenções – determinar uma norma como princípio no intento de alçar sua “força normativa” ao ápice do sistema.

Agora veja as palavras lançadas por Eros Roberto Grau – ex ministro do Supremo Tribunal Federal - sobre os princípios na teoria dominante: “Esta valoração, evidentemente, não é exata e, por isso, o julgamento a propósito da maior importância de um princípio, em relação a outro, será com frequência discutível.”<sup>90</sup>

Note-se, que a valoração a respeito da aplicação, ou não, de um princípio, depende da fixação de sua importância pelo julgador.

Ora, busca-se fixar uma norma como de suma importância, todavia, ao classificarem como princípios, flexibilizam a sua aplicação.

Um exemplo: O “princípio da irretroatividade da lei tributária”.

Fosse essa norma um princípio, caberia ao julgador fixar-lhe a importância.

Ele poderia ser flexibilizado em prol do princípio da “supremacia do interesse público.”<sup>91</sup> (interesse público secundário, por certo).

Como princípio, o julgador com muito mais facilidade poderá lançar mão do fundamento da superabilidade do em confronto com outros princípios. Poderá ser aplicado de modo “mais ou menos”, e veja isso significa a maior, ou menor, concretude de seu mandamento.

89 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 85.

90 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo (SP): Malheiros, 2009, pág. 176.

91 Interesse público secundário, por certo.

Mas não é isso que ocorre.

Esse “princípio”, não obstante o epíteto que normalmente ostente, é uma regra.

Ele pode ser formulado da seguinte maneira: “A nova lei que criar, ou majorar, ou de qualquer forma for prejudicial ao contribuinte, deverá ter como fatos geradores da obrigação de pagar tributo situações fáticas posteriores à publicação da lei”.

Sua força é maior. Sua flexibilização é menor. Sua incidência é mais concerta. A irretroatividade da lei tributária é regra, tendo um caráter imediatamente descritivo, tendo como finalidade mediata a consagração, agora sim, do princípio da segurança jurídica.

Em suma: tratar uma norma que o ordenamento quis como regra, como se princípio fosse, traz, por conta de suas características próprias, consequências adversas.

Veja a lição de Humberto Ávila, doutrinando sobre os problemas de tratar uma regra, como princípio:

O tiro sai pela culatra: a pretexto de aumentar a efetividade de uma norma, a doutrina denomina-a de princípio, mas, ao fazê-lo, legitima sua mais fácil flexibilização, enfraquecendo sua eficácia; com a intenção de aumentar a valoração, a doutrina qualifica determinadas normas de princípios, mas ao fazê-lo, elimina a possibilidade de valoração das regras, apequenando-as; com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, ao fazê-lo sem indicar critérios minimamente objetiváveis para sua aplicação, aumenta a injustiça por meio da intensificação do decisionismo; com a intenção de difundir uma aplicação progressista e efetiva do ordenamento jurídico, a doutrina qualifica aquelas normas julgadas mais importantes como princípios, mas, ao fazê-lo com a indicação de que os princípios demandam aplicação intensamente subjetiva ou flexibilizadora em função de razões contrárias, lança bases para o que próprio conservadorismo seja legitimado.<sup>92</sup>

---

92 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 99.

## OS POSTULADOS

Os postulados são normas imediatamente metódicas.<sup>93</sup>

Utiliza-se o postulado como método para atingir um resultado prático pelo manejo de outras normas. Humberto Ávila afirma que “os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação”<sup>94</sup>.

Veja que o postulado é uma norma para a aplicação de outras normas. Por isso é chamadas de normas de segundo grau, ou metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo)<sup>95</sup>. As normas sobre as quais recaem os postulados, por serem primariamente aplicadas, são denominadas de normas de primeiro grau. Postulados são normas de manuseio, as quais orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas<sup>96</sup>.

Ávila sintetiza afirmando que “os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras”<sup>97</sup>, ou, em outras palavras, os postulados “estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis”<sup>98</sup>.

Existem dois tipos de postulados<sup>99</sup>. Há o postulado meramente hermenêutico, que Ávila conceitua como “destinados a compreensão em geral do Direito”<sup>100</sup>, e os postulados aplicativos, “cuja função é estruturar a sua aplicação concreta”<sup>101</sup>.

93 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 143.

94 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 143.

95 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 143.

96 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 144.

97 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 144.

98 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 144.

99 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 143.

100 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 144.

101 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 144.

Os postulados não confundem-se com as regras, “eles não descrevem um comportamento (nem reservam poder, instituem procedimento ou estabelecem definições), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico”<sup>102</sup>.

Nem com os princípios, pois “eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial”<sup>103</sup>.

Devem ser considerados, outrossim, uma categoria autônoma, pois de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.<sup>104</sup>

Não cabe aos contornos deste trabalho à análise de cada um dos postulados. Por isso veremos apenas de passagem, sem maiores detalhamento de suas características<sup>105</sup>.

No direito há, conforme Ávila, postulados meramente hermenêuticos. Servem eles para a prévia compreensão abstrata do ordenamento, podendo, funcionar, é claro, para suportar essa ou aquela alternativa de aplicação normativa. Dentre essas normas poderemos citar o postulado da Coerência<sup>106</sup>, ou da unidade da constituição (relacionamento constante entre a parte e o todo, retirando o ensinamento de que o ordenamento não se interpreta em tiras)<sup>107</sup>, ou da hierarquia constitucional (compreensão do ordenamento como um conjunto escalonado de normas)<sup>108</sup>, por exemplo.

102 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 144.

103 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 144.

104 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 157.

105 Para uma análise mais detalhada ver: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013.

106 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 145.

107 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 144.

108 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 145.

Existe também os postulados normativos aplicativos. Estes nascem da constatação de que o direito necessita de algumas condições para a compreensão<sup>109</sup>.

Humberto Ávila afirma que:

essas condições são definidas como postulados normativos aplicativos, na medida em que se aplicam para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, especialmente para solucionar antinomias contingentes, concretas e externas: contingentes, em vez de necessárias, porque surgem ocasionalmente diante de cada caso; concretas, em vez de abstratas, porque surgem diante de um problema concreto; externas, em vez de internas, porque não surgem em razão de conflitos internos ao ordenamento jurídico, mas decorrem de circunstâncias externas a ele.<sup>110</sup>

Os postulados normativos analisam o modo como as normas primárias devem ser aplicadas, não busca à análise de um estado de coisas, ou da descrição de um comportamento, mas o modo como estes são aplicados. São exemplos os postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

Esta análise é particularmente utilizada no Supremo Tribunal Federal, mormente pelo ministro Luiz Fux, adepto da Teoria dos Princípios de Ávila<sup>111</sup>, veja parte do aresto em que o sobredito ministro utilizou os postulados normativos da razoabilidade e da proporcionalidade:

Partindo-se da premissa teórica formulada por HUMBERTO ÁVILA (Op. cit., 2005, p. 102 e seguintes), que distingue razoabilidade e proporcionalidade, observem-se as hipóteses de inexigibilidade introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10 à luz da chamada razoabilidade-equivalência, traduzida na equivalência entre medida adotada e critério que a dimensiona: são hipóteses em que se preveem condutas ou fatos que, indiscutivelmente, possuem altíssima carga de reprovabilidade social, porque violadores da moralidade ou reveladores de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político.<sup>112</sup>

109 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 155.

110 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 155.

111 STRECK, Lênio Luiz. **Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência**. Em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 28 de março de 2013.

112 (ADC 30, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012)

Em suma síntese a respeito dos postulados e de sua diferença em relação as regras e princípios, Ávila afirma que:

Os postulados diferenciam-se das normas cuja aplicação estruturam em várias perspectivas: quanto ao nível (postulados situam-se no metanível ou no segundo nível, e as normas objeto de aplicação situam-se no nível objeto ou no primeiro nível), quanto ao objeto ( os postulados indicam a estrutura de aplicação de outras normas, e as normas descrevem comportamentos, se forem regras, ou instituem a promoção do fim, se forem princípios) e quanto ao destinatário (os postulados dirigem-se aos aplicadores, e as normas a quem deve obedecer a elas)<sup>113</sup>

## A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A moralidade administrativa é um tema ainda bastante nebuloso.

No artigo “Fragmentos teóricos sobre a moralidade administrativa”, publicado na Revista de Direito Administrativo - RDA, o autor Cláudio Ari Mello começa seu estudo discorrendo sobre a importância da moralidade administrativa para o direito brasileiro e aduz que – inclusive sustentando a unanimidade entre os doutrinadores – “no entanto, esse é o único consenso teórico sobre a moralidade administrativa”<sup>114</sup> e que, “no geral, todas as questões teóricas relevantes para a definição do conceito dogmático de moralidade administrativa são ainda objeto de um intenso desacordo dogmático”<sup>115</sup>.

Almiro do Couto e Silva, no prefácio do livro “A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública”, afirma, ao analisar o epíteto “moralidade administrativa” encontrado na Constituição Federal de 1988, que

Trata-se de conceito jurídico indeterminado, com contornos extremamente vagos e indefinidos, como é típico dos princípios, imprecisão que pode resultar em utilidade para o aperfeiçoamento de nossas práticas na gestão da coisa pública, mas também, como numa lâmina de dois gumes, se mal ou levemente entendida e manejada, em sacrifício de direitos fundamentais, como os relacionados com a honra das pessoas. E esse

113 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 202.

114 MELLO, Cláudio Ari, **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro Renovar v.235, ((jan./mar.) 2004), p. 93.

115 MELLO, Cláudio Ari, **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro Renovar v.235, ((jan./mar.) 2004), p. 93.



último efeito, lamentavelmente, tem se verificado com mais frequência do que seria desejável<sup>116</sup>.

José Giacomuzzi afirma que

no entanto, de uma constatação – e não de uma interpretação –, em muito retirada da jurisprudência antes ligeiramente citada: não é possível, no estado atual da doutrina e da jurisprudência nacionais, extrair qualquer critério seguro para o estabelecimento da noção de moralidade administrativa”.<sup>117</sup>

Isto porque, conclui o autor, “quanto a invocação expressa da questão moral, no estado atual da Direito, nos aguça algo de interior e subjetivo, talvez bem mais fácil de se sentir do que de explicar.”<sup>118</sup>

Mas traçar um conceito errôneo, ou fixar uma natureza jurídica diversa do que a imanente em si, “impede extrair dela seu conteúdo axiológico e, mais, teleológico, dificultando a apreensão do seu verdadeiro significado normativo”<sup>119</sup>, dificulta, em outras palavras, a determinação de sua interpretação e aplicação.

Este trabalho tratará da moralidade positivada (não da filosófica) e do conteúdo jurídico da moral administrativa no Brasil posto no ordenamento. Para isso, entretanto, deverá ser analisado a evolução histórica do termo, a qual mostrará, conforme será visto, fundamento central da sua natureza jurídica.

Giacomuzzi afirma, ao analisar as características da moralidade administrativa posta na constituição que são “os fundamentos históricos da moralidade administrativa”<sup>120</sup> que explicam sua natureza.

## ORIGEM DA IDEIA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A moralidade administrativa tem sua origem na França, pós Revolução Francesa.

116 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 10.

117 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 27.

118 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 27.

119 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 32.

120 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 27.

Revolução esta iniciada com a Queda da Bastilha e findada no golpe de estado de 18 de brumário, perpetrado por Napoleão Bonaparte, o qual instituiu um regime extremamente voltado à legalidade e à sua manutenção através da tripartição de poderes (mediante o controle recíproco e a interdependência funcional<sup>121</sup>), em prol do ascendente terceiro estado (*tiers état*).

Os poderes se constituíam em legislativo, executivo e judiciário.

O poder executivo – o qual mais nos interessa neste estudo – registre-se de passagem, exercia a função administrativa sob a ideia de que o administrador da vontade do povo é escravo da lei (*vox populi*), devendo ter todos os seus atos regidos por ela.

A lei – concebida pelos representantes do povo (legislativo) – foi o instrumento que o novo regime arquitetou para se contrapor ao autoritarismo do período anterior (*Ancien Régime*)<sup>122</sup>, o qual era a antítese do estado que se instalava, e onde se aprenderá, duramente, através da influência da teoria do contrato social que, sem controle, “o homem não é confiável no poder e tende a identificar-se com ele, tornando o povo não o destinatário final de seus serviços, mas servidor de seus interesses”<sup>123</sup>, posto que a teoria da tripartição de poderes nasceu deste “pessimismo antropológico que dominou a Inglaterra, consistente na aceitação de que o poder tende a corromper-se onde não encontra limites”<sup>124</sup>.

Giacomuzzi afirma isso ao instituir que,

Herança de Montesquieu, o Estado organizado segundo a separação de poderes tem no princípio da compatibilidade à lei um significado específico de reconhecimento da exclusividade ou da primazia da competência normativa do órgão representativo do povo relativamente a determinadas matérias para a vida dos administrados.<sup>125</sup>

121 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 40.

122 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 41.

123 MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Tratado de Direito Tributário volume I** / Ives Gandra da Silva Martins, Carlos Valder do Nascimento e Rogério Gandra da Silva Martins (coordenadores). – São Paulo: Saraiva, 2011, pag. 46.

124 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, pág. 532.

125 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 41.

Sendo que, desde o início, percebeu-se que a absoluta e irrestrita separação de poderes não cumpriria à agenda pela qual foi instituída,

daí que a independência funcional dos Poderes do Estado não foi geralmente levada ao extremo. Ao contrário, fala-se em uma interdependência funcional, isto é, em um complexo regime de colaboração entre os poderes, sendo uma de suas vertentes o controle recíproco do Poder (*checks and balances*) – equilíbrio, esse, que já existia nas fontes inspiradoras de Montesquieu e que não apresenta relação antitética com a idéia de separação de poderes.<sup>126</sup>

O controle judicial dos atos administrativos tem seu gérmen nesta época, “como que coexistindo com a noção de separação de poderes”<sup>127</sup>, posto que anteriormente o administrador era institucionalmente incontrolável (daí a célebre frase de Luiz XIV: O estado sou eu. “*L’État c’est moi*”).

Todavia, segundo Giacomuzzi,

a idéia de exigir judicialmente da Administração o respeito à lei parece encontrar na própria Revolução Francesa um obstáculo inesperado: o dogma da separação entre Administração e Justiça. A famosa lei de 16-24.8.1790, entendia no sentido de que os Tribunais não poderiam molestar de forma alguma as operações dos corpos administrativos (“*troubler de quelques manière que c soit les opérations des corps administratif*”).<sup>128</sup>

E conclui que,

essa radical separação entre Administração e Justiça cria, *de início*, uma ‘isenção judicial’ aos atos da Administração Pública. Mas também leva consigo o germe do que é, hoje, o contencioso administrativo, o qual se originou como um controle interno da Administração, mas que desemboca, atualmente, em um autêntico controle jurisdicional puro e simples e, por conseguinte, colocado no interesse do cidadão<sup>129</sup> (grifou-se).

126 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 41.

127 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 41.

128 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 41/42.

129 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 42.

Sendo que, citando Eduardo Garcia de Enterría,

a história da redução dessas imunidades, dessa constante resistência que a Administração opôs à exigência de um controle pleno de seus atos mediante a constituição de redutos isentos e não fiscalizáveis de sua própria atuação, podemos dizer que é, em geral, a história mesma do direito administrativo<sup>130</sup>

Fixou-se, de início, nesta época, a dualidade de jurisdições, sendo que a jurisdição judicial não poderia intervir nos atos administrativos, mormente os discricionários, os políticos e normativos regulamentares<sup>131</sup>, sendo que “vai-nos interessar apenas o primeiro fenômeno (o dos atos discricionários), o qual Hans Huber disse ser o verdadeiro Cavalo-de-Tróia no seio do direito administrativo de um Estado de direito”<sup>132</sup>.

Deste embate jurídico-político, os principais argumentos levantados contra a total discricionariedade eram, em suma síntese:

a) A idéia de que todo ato administrativo discricionário possui uma raiz – mesmo que semântica – vinculada, não podendo o administrador ter nas mãos uma norma que autorizasse o autoritarismo (antítese do regime que se combatia), ou, nas palavras de Guilherme Giacomuzzi, “a primeira redução do dogma da discricionariedade deu-se com a observação de que todo ato discricionário contém elementos vinculados suficientes que não justificam de forma alguma uma abdicação total de fiscalização”<sup>133</sup>.

b) A forte doutrina do desvio de poder, que afirmava que todo ato administrativo, inclusive os discricionários, tem uma finalidade vinculada, qual seja, o bem coletivo.

Sobre o assunto, Giacomuzzi, citando Eduardo Enterría, afirma que

o segundo grande processo de redução deveu-se à criação da técnica de controle pelo instituto do desvio de poder, consistente em constatar que o fim (finalidade) dos poderes discricionários é também um elemento vinculado, não podendo a autoridade administrativa exercer

130 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 42.

131 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 42.

132 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP : Malheiros, 2002, pág. 42.

133 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 43.

seus poderes discricionários ‘para cumprimento de qualquer finalidade, senão precisamente da finalidade considerada por lei, e em todo caso da finalidade pública, da utilidade ou interesse geral’<sup>134</sup>.

A moralidade administrativa surge da conjugação destes dois fatos sociológicos ligados ao controle de legalidade, tendo, de um lado, o controle do desvio de poder, e doutro, o embate político sobre a sindicabilidade dos atos administrativos discricionariez administrativa pelo judiciário (controle dos abusos cometidos pelos administradores).

Neste sentido, Giacomuzzi:

a busca de um conteúdo autônomo à moralidade administrativa passa por uma abordagem da história do controle da legalidade do ato administrativo, por um motivo elementar: foi na tentativa de evitar os abusos cometidos pelos administradores públicos e ampliar a abrangência do controle de legalidade administrativa que se perfectibilizou, na doutrina e na jurisprudência francesa ao final dos novecentos e, mormente, ao início do século XX, a idéia de moralidade administrativa, elaborada e desenvolvida fundamentalmente a partir do instituto do desvio de poder.<sup>135</sup>

E conclui, afirmando que

por esse prisma de análise, nenhum reparo ao segmento da doutrina brasileira que entende acabar a moralidade administrativa por confundir-se com a legalidade, sendo atacável (ou controlável) justamente via instituto do desvio de poder.<sup>136</sup>

posto que,

referido entendimento, que posso chamar de ‘identificação entre moralidade e legalidade’, prende-se à origem da noção de moralidade administrativa, a qual, em análise histórica, cumpriu, no início, a função de possibilitar o controle dos móveis do ato administrativo, função, essa, que hoje é efetivamente subsumida pelo controle de legalidade (interna).

134 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 43.

135 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 40.

136 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 44.

(...) De toda forma, o certo é que a idéia de moralidade administrativa foi concebida em torno do controle da legalidade administrativa.<sup>137</sup>

Em síntese: No intento de submeter o primeiro e o segundo estado decadentes (clero e nobreza) à vontade do terceiro estado (burguesia) ascendentes, criou-se a separação dos poderes, e o instrumento de estabilização: a lei criada pelos representantes populares.

De início, o poder executivo ficou imune às ingerências do judiciário. Cientes disto, certos administradores utilizavam-se desta “liberdade” – de não sofrerem controle judicial – para angariarem motivos escusos, substituindo sua vontade à da função a qual servia.

Deste amplo contexto, ergue-se certa doutrina que busca limitar o poder administrativo, amparada na teoria do controle judicial dos atos administrativos (mormente os discricionários) e do desvio de poder.

## A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E O DESVIO DE PODER

O *détournement de pouvoir*<sup>138</sup> é fruto da jurisprudência do Conselho de Estado Francês, “refletindo-se em uma de suas mais notáveis conquistas”<sup>139</sup>.

Este Conselho apresenta-se hoje com duas funções: A de “Conselho mais importante e prestigioso do governo”<sup>140</sup> e a de “Jurisdição Administrativa Suprema”<sup>141</sup>.

José Guilherme Giacomuzzi afirma que, “em verdade, o Conselho de Estado é o centro de irradiação do direito administrativo francês, este correspondendo àquilo que o Conselho determina que ele seja,”<sup>142</sup> sendo que em sua atuação como órgão de jurisdição, pode “tão somente apreciar a legalidade do ato administrativo, em respeito ao princípio constitucional

137 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 45.

138 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 46.

139 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 46.

140 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 46.

141 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 46.

142 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 46.

da separação absoluta de Poderes. E, no controle dessa legalidade, o recurso por excesso de poder (*recours pour excès de pouvoir*) tem sido o principal instrumento de controle<sup>143</sup>.

O desvio de poder surge justamente para subsumir a antiga discricionariedade administrativa descontrolada à finalidade legal e seu controle é exercido, na França, pelo recurso de excesso de poder.

Giacomuzzi, citando René Chapus, delinea as características do recurso por excesso de poder, nos seguintes termos:

(i) Ele é primeiro um recurso objetivo, isto é, responde a uma questão de violação a direito objetivo – violação de uma norma constitucional, legislativa, jurisprudencial, editada por um regulamento ou uma convenção internacional. São excluídas – Chapus centra o foco neste particular – as medidas tiradas de violação de cláusulas contratuais, sendo as normas de origem contratual estranhas ao direito objetivo; (ii) é um recurso “de utilidade pública” – porque o direito é objetivo ou, se preferirmos, a legalidade é bem de todos. É de interesse geral que a legalidade seja respeitada. (...) Porque de utilidade pública, é necessário que o *recours pour excès de pouvoir* possa ser exercido pelo maior número possível de pessoas – sendo seu exercício próximo do que seria uma ação popular<sup>144</sup>.”

E conclui afirmando que

assim – este ponto é relevante, ao final, para a compreensão da função, importante, mas restrita, da idéia de moralidade administrativa à época -, o desvio de poder é um dos defeitos do ato administrativo combatidos pelo recurso por excesso de poder. Parte – ainda que mais importante – de um todo maior.”<sup>145</sup>

Na medida em que, o recurso por excesso de poder é a medida pelo qual se demanda ao juiz a anulação de uma decisão administrativa em razão da ilegalidade da qual ela seria maculada. E o juiz, se o ato é ilegal, nada mais fará que anulá-lo, fazendo desaparecer o ato do mundo jurídico,

143 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 46/47.

144 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 48.

145 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 49.

com efeito retroativo, sendo reputado como se jamais tivesse existido.<sup>146</sup>

Maurice Hauriou, ciente que o recurso por excesso de poder é o meio adequado para atacar a ilegalidade, buscou ampliá-la, doutrinando acerca da possibilidade de que o Conselho de Estado Frances pudesse, por meio do controle da legalidade, fiscalizar a imoralidade administrativa, posto ser essa um desvio à finalidade legal.

Esse é o mesmo entender de Giacomuzzi quando afirma que:

foi tentando entender a possibilidade do controle jurisdicional da Administração Pública que Maurice Hauriou fez, no início do século XX, aparecer no mundo jurídico a noção de moralidade administrativa, ampliando a zona de abrangência da sindicabilidade do ato administrativo via alargamento dos poderes jurisdicionais, uma vez que somente se podia – repita-se –, pelo recurso por excesso de poder, atingir (controlar) a legalidade do ato.<sup>147</sup>

Sendo que, citando Caio Tácito, o que Hauriou fez foi pressentir

a relevância do fim na legitimidade do ato administrativo. A clara função da moralidade administrativa era, portanto, a de permitir o controle jurisdicional sobre a finalidade do ato.<sup>148</sup>

Caso emblemático, o qual foi o ponto de partida desta teoria, é aquele lembrado por Giacomuzzi, citando Caio Tácito, o qual, pela importância, peço vênia para transcrevê-lo *in totum*:

o *leading case* francês sobre o desvio de poder foi o caso *Lesbats*, decidido em 25.02.1864 e confirmado em 7.7.1865, no qual se firmou o entendimento de que o recurso por excesso de poder compreendia também o caso em que a autoridade praticasse determinado ato no uso de seus poderes legais porém visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. Cuidava-se – recorda Caio Tácito – ‘de autorização da Municipalidade para o estacionamento em praça fronteira à estação de estrada de ferro, para atender ao transporte de

146 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 48.

147 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 50.

148 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 50.



passageiros. Evidenciou-se, à luz da prova, que a negativa de autorização a determinado transportador (ato, em princípio, discricionário) obedecia, em realidade, ao propósito de garantir a exclusividade do serviço a outra empresa<sup>149</sup>.

Concluí-se, pois, que o recurso por excesso de poder é o remédio utilizado na França para combater à ilegalidade, inclusive a decorrente do desvio de finalidade, sendo o órgão responsável por este controle o Conselho de Estado Francês. Sabido que a moralidade administrativa é o fim de todo ato, quando este destoa deste fim (o fim moral), ocorre em desvio de finalidade, um dos modos de ilegalidade, sindicável, por isto, pelo *recours pour excès de pouvoir*.

### A MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO DESVIO DOS PROPÓSITOS DE AGIR E A TEORIA DA DECLARAÇÃO DE VONTADE

A vontade, pressuposto interno do agir, foi um tópico bastante explorado pelo direito das obrigações do início do século XVIII. Essa teoria reportava toda importância a vontade interna que comutava o ato, diminuindo a importância da declaração real desta vontade. Somente a vontade, portanto, tinha valor jurídico<sup>150</sup>. Havendo divergência entre a vontade interna e a exteriorização, decidir-se-ia em favor da primeira.

Mas esta teoria trás consigo um problema sério, o qual Giacomuzzi explica nos seguintes termos:

admitir a força criadora da pura e simples vontade individual era consagrar o arbítrio, e nem as concessões objetivas feitas pelos partidários da *Willenstheorie* (teoria da vontade) contentaram seus adversários. Nasce a preocupação de preservar a segurança da ordem jurídica, ameaçada acaso prevalecesse a onipotência da vontade.<sup>151</sup>

Neste contexto, nasce a Teoria da Declaração, sistematizada por Oskar Von Bülow<sup>152</sup>, a qual é exatamente o oposto da teoria anterior.

149 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 50.

150 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 56.

151 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 57.

152 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da**

Nesta, o que realmente interessa é a vontade declarada. Aquela que é objetivamente constatável, não importando a vontade interna do indivíduo. Em um confronto entre a vontade declarada e a reserva mental, resolver-se-á em favor da primeira.

Giacomuzzi afirma que Bülow

fê-lo em 1899, e sustentava ser falso dizer que a vontade é a essência do ato jurídico. Este é, sim, um ato voluntário, mas como toda ação humana. Sustentava pouco importar que a declaração corresponda ao querer interno, traduzindo-lhe fielmente o conteúdo. Não se deveria levar em conta senão a vontade da declaração. A vontade interna não chega a ser sequer um elemento componente do negócio jurídico, porque não passa de uma fase passageira na sua gênese, sendo apenas uma causa, e não um de seus elementos constitutivos. É a celebre distinção entre vontade de declaração e vontade de efeito. Esta é inútil; aquela, ao contrário, indispensável.<sup>153</sup>

A vontade, declarada ou manifesta (exteriorizada), ganhará especial relevo, carregando consigo todo o peso de sua história e todos o problema dos seus vícios. A moralidade administrativa, veremos, só pode ser bem entendida nesse amplo contexto<sup>154</sup>.

Giacomuzzi, citando Hauriou, afirma que

se o ato jurídico administrativo não é outra coisa que a declaração de vontade da administração, e se a administração deve necessariamente exteriorizar seus atos, quase sempre de forma escrita, a análise entre os elementos volitivos do ato (vontade da administração) e a declaração exteriorizada (vontade declarada) também ganha relevo, como ganhara na análise desse mesmo conflito no campo jurídico-privado.<sup>155</sup>

Deve-se ter em mente esta premissa, por fundamental: “O ato administrativo é uma declaração de vontade da Administração, que se torna independente do sujeito e se objetiva por completo no momento da emissão,

---

**administração pública.** São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 57.

153 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública.** São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 57.

154 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública.** São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 51.

155 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública.** São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 57.

sendo tendente a produzir, por si, execução.”<sup>156</sup>

Conclui-se até aqui que a idéia de moral administrativa nasce do sempre controvertido tema do controle judicial dos atos administrativo<sup>157</sup>, sendo, outrossim, “exatamente vinculada ao estudo da declaração de vontade do ato jurídico-administrativo e especificamente ligada ao exame do instituto do desvio de poder, a fim de delimitar a ação discricionário do administrador.”<sup>158</sup>.

A moral, constatável através do desvio de finalidade, controlável via recurso de excesso de poder, pertencente à finalidade da lei, era analisada em face da vontade declarada, não da interna. O primordial era a exteriorização.

## A NATUREZA JURÍDICA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A moralidade administrativa deve ser vista como um princípio, por certo.

A moralidade, posta no artigo 37, *caput*, é, apropriadamente, declarada na Constituição Federal como um princípio, vide:

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

Pode-se concluir com isso que nossa Carta Magna busca como finalidade de todo e qualquer ato praticado pelas pessoas governamentais, um padrão moral rigoroso.

Mas esse não é o grande problema da questão.

Problema maior é como a moralidade administrativa, como princípio, se comporta no ordenamento jurídico.

Lembre que os princípios são normas imediatamente finalísticas.

A moralidade é, sem dúvida, uma norma-princípio que declara um fim que o estado busca. Todavia, ela, como princípio, diz muito pouco a respeito dos caminhos a serem seguidos na busca deste desiderato.

156 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 61.

157 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 61.

158 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 43.

Sabe-se que o Estado que se diz de Direito é um estado que atua moralmente. O Sobreprincípio Republicano exige isso.

A moralidade é, ainda, uma norma com “pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado ideal de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes das condutas havidas como necessária à sua promoção.”<sup>159</sup>

A moral, como princípio, deve ser analisada à luz do caso concreto, devendo ser adotada a conduta mais moralmente correta.

E, neste panorama, é que surge a grande pergunta deste trabalho.

Qual é a conduta jurídica mais moralmente correta?

A resposta: A conduta a qual concretize uma norma imediatamente descritiva de conduta e mediamente finalística, ou seja, em uma regra.

Manuel de Oliveira Franco Sobrinho, que, nas palavras de Dirley da Cunha Junior, foi “quem primeiro defendeu, em 1974, a moralidade administrativa como princípio de observância obrigatória no exercício da atividade administrativa, controlável judicialmente”<sup>160</sup>, afirma que “em tese, o desvio de poder, pela própria expressão conceitual, já envolve valor moralidade”<sup>161</sup>, posto que “o simples fato do administrador usar de seus poderes para fins diversos daqueles conferidos por lei, ainda que não se diga, ou que não se queira, os móveis característicos assumem condicionamentos morais”<sup>162</sup>.

Digo isso por dois motivos, um sistemático, outro histórico.

O histórico é de que a moralidade administrativa é posta no ordenamento jurídico desnecessariamente. Explico com um exemplo.

Na França<sup>163</sup>, onde nasceu a idéia de moral administrativa, não existe um “princípio da moralidade administrativa”<sup>164</sup>.

159 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 203.

160 CUNHA JUNIOR, Dirley da – **Curso de Direito Constitucional**, 5ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, pág 935.

161 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. Curitiba: Genesis, 1993, pág. 111 Em: < <http://www.institutooliveirafranco.org.br/pdfs/PrincipioConstitucional.PDF> > Acesso em: 28 de maio de 2013.

162 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. Curitiba: Genesis, 1993, pág. 118 Em: < <http://www.institutooliveirafranco.org.br/pdfs/PrincipioConstitucional.PDF> > Acesso em: 28 de maio de 2013.

163 Ou em qualquer outro país ocidental, como informa GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 43.

164 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 43.

Giacomuzzi indaga ser

lícito aos juristas brasileiros, teóricos e práticos, uma vez que nossa Constituição expressamente se refere à moralidade administrativa, indaguem o porquê da não-consagração, na França ou – o que mais legitima a pesquisa – em qualquer outro país ocidental democrático, onde a expressão “moralidade administrativa” não fez e não faz mais que constar *en passant* de obras jurídicas ou citações jurisprudenciais, de uma teoria ou *princípio* da moralidade administrativa<sup>165</sup>

Mas, não é porque não exista a expressa menção a um “princípio da moralidade”, que ela não exista no sistema.

Não é porque não esteja positivado que lá, ou em qualquer outro lugar, esteja liberada a prática de atos administrativos imorais. Ou, a contrário senso, não é porque esteja positivada que os atos imorais deixarão de ser praticados, e nós somos exemplos disso.

Veja que, na França, Walter, segundo Giacomuzzi, o maior discípulo de Hauriou, afirmou que, nas palavras de Giacomuzzi:

o próprio Walter dizia, em 1929 que a doutrina francesa não o tinha em boa conta e que ele próprio concordava com o fato de que a legalidade, se entendida em senso lato, poderia em verdade abranger aquilo que ele considerava como controle da moralidade. Ora, se um fiel discípulo de Hauriou – e justamente aquela que mais desenvolveu a idéia de moralidade – assevera, ao final de exaustivo estudo, que a legalidade, se estendida sua noção, tem a capacidade de abranger a moralidade administrativa, não é de se admirar que a cultura jurídica francesa, acostumada a tratar com a “bitola” e sob o signo da legalidade, resolva trilhar o mesmo caminho, sem abandonar seu significante, tendo o trabalho único de aumentar-lhe o significado. Numa palavra, desenvolveu-se a idéia de moralidade sob o signo, alargado e, mais que isso, interiorizado, da legalidade administrativa.<sup>166</sup> (grifou-se)

Até por isso, conclui o multicitado autor,

ao tratar do desvio de poder, refere que esse é o vício ‘mais dissimulado, mais escondido’, do ato administrativo, e que àquela época não era mais

165 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 43.

166 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 108.

suficiente que o administrador respeitasse a letra da lei; deveria também agir segundo o espírito e intenção que tinha o legislador ao lhe conferir os poderes em virtude dos quais age<sup>167</sup>

E não se diga que essa era uma visão de um recorte no tempo, pois ainda hoje o conselho de estado francês segue o mesmo caminho.<sup>168</sup>

A grande questão reside na lembrança de que a regra também é uma norma mediatamente possuidora de valor.

Essa legalidade compreendida em sentido lato, nada mais é do que nossas normas-princípios e normas-regras. A norma que é legalmente (sentido lato) cumprida é aquela que realiza o comportamento primariamente posto (função primária das regras), e concretiza o fim pela qual ela foi editada (função mediata das regras).

Quem executa uma regra dentro do fim pelo qual ela foi editada, não desvia a finalidade dela, e age legalmente. Quem age assim age, sob a perspectiva histórica, moralmente.

Por isso eu digo ser desnecessária a posituação do princípio da moralidade, posto ser a conduta moral pressuposto mediatamente contido em toda regra.

Sob o prisma sistemático, age moralmente aquele agente público que atua no sentido de concretizar a função imediatamente descritiva de uma regra e, gradativamente, realiza o valor contido no seu fim mediato.

Veja, conforme dito anteriormente, que devemos analisar o fundamento de uma regra, o fundamento axiológico imbricado em seu interior, muito além do texto. Caso o ato administrativo seja no sentido de aplicar a regra e realizar o fundamento axiológico abrigado no seu fim, este ato é um ato moral.

Surgirá sempre a pergunta. E caso a regra não atinja o fim pela qual ela foi positivada? Se um dispositivo sobre licitação pública, por exemplo, consagre a escolha arbitrária, ou se um dispositivo sobre concurso público consagre uma escolha subjetiva? A aplicação desta regra será moral? Resposta é simples: Não.

Não atingirá a moralidade aquele que aplica uma regra dissonante do valor mediatamente subjacente dela. São os supracitados casos difíceis.

167 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 110.

168 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 110.

Em um caso como este, não obstante a perspectiva imediatamente descritiva esteja posta, o valor mediato deverá ser preservado, posto ser a regra caminho, não fim.

Não é por outro motivo que Humberto Ávila afirma que “no caso da aplicação de regras o aplicador também deve considerar elementos específicos de cada situação, embora sua utilização dependa de um ônus de argumentação capaz de superar as razões para cumprimento da regra.”<sup>169</sup>.

Em outras palavras, uma regra se presta a definir com certa precisão o caminho, o modo, o comportamento necessário, a atingir uma finalidade. Caso atinja, deverá ser aplicada. Caso não atinja, não deverá ser aplicada. Nestes dois casos a moral administrativa foi preservada.

Essa é a lição de Humberto Ávila quando afirma que

as regras podem ser definidas como normas mediamente finalísticas, ou seja, normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido; e, por isso, dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação cujo elemento frontal é descritivo<sup>170</sup>.

Sendo que, nas palavras de Humberto Ávila:

se a construção conceitual do fato, embora corresponda à construção conceitual da descrição normativa, não se adequar à finalidade que lhe dá suporte ou for superável por outras razões, o ônus argumentativo é muito maior. São os chamados casos difíceis<sup>171</sup>.

E conclui, em relação aos casos difíceis, que:

Para fazê-lo, porém, é preciso fundamentação que possa superar a importância das razões de autoridade que suportam o cumprimento incondicional da regra. Enfim, o traço distintivo das regras não é modo absoluto de cumprimento. Seu traço distintivo é o modo como podem deixar de ser aplicadas integralmente – o que é algo diverso.<sup>172</sup>

169 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 54.

170 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 79.

171 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 81.

172 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos**

Em síntese: A moralidade administrativa é um princípio que sustenta a aplicação da lei (sentido lato histórico) ou, em outras palavras, é a atuação da administração que cumpra a função mediata e imediata de uma regra e, caso essa não exista, cumpra o princípio aplicável ao caso<sup>173</sup>.

Talvez seja essa a idéia traduzida por José Guilherme Giacomuzzi nesta passagem, veja:

por esse prisma de análise, nenhum reparo ao segmento da doutrina brasileira que entende acabar a moralidade administrativa por confundir-se com a legalidade, sendo atacável (ou controlável) justamente via instituto do desvio de poder<sup>174</sup> posto que “referido entendimento, que posso chamar de ‘identificação entre moralidade e legalidade’, prende-se à origem da noção de moralidade administrativa, a qual, em análise histórica, cumpriu, no início, a função de possibilitar o controle dos móveis do ato administrativo, função, essa, que hoje é efetivamente subsumida pelo controle de legalidade (interna). (...) De toda forma, o certo é que a idéia de moralidade administrativa foi concebida em torno do controle da legalidade administrativa.<sup>175</sup>

Registre-se, por fundamental, que a moralidade deve ser constatada através da exteriorização, da vontade declarada. Por isso ser de grande importância para a análise da moral administrativa a motivação dos atos praticados.

Sistematicamente, podemos falar que:

a) Moral será a conduta que concretize a regra que atinja, além do caráter descritivo imediato, a finalidade pré-suposta.

b) Moral será a conduta que não concretize uma regra que não atinja

---

**princípios jurídicos.** 14. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, pág. 80.

173 Nesse sentido é o caso lembrado por Giacomuzzi: “o leading case francês sobre o desvio de poder foi o caso Lesbats, decidido em 25.02.1864 e confirmado em 7.7.1865, no qual se firmou o entendimento de que o recurso por excesso de poder compreendia também o caso em que a autoridade praticasse determinado ato no uso de seus poderes legais porém visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. Cuidava-se – recorda Caio Tácito – de autorização da Municipalidade para o estacionamento em praça fronteira à estação de estrada de ferro, para atender ao transporte de passageiros. Evidenciou-se, à luz da prova, que a negativa de autorização a determinado transportador (ato, em princípio, discricionário) obedecia, em realidade, ao propósito de garantir a exclusividade do serviço a outra empresa.” GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública.** São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 50. .

174 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública.** São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 44.

175 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública.** São Paulo, SP: Malheiros, 2002, pág. 45.



a finalidade pré-suposta, não obstante a possibilidade de cumprimento da conduta descrita no tipo.

c) Moral será a conduta que concretize uma norma imediatamente finalística (princípio), por terem pretensão de complementaridade e de parcialidade, caso não haja uma regra que lhe dê guarida.

## CONCLUSÃO

Este trabalho buscou, humildemente, dar ao princípio da moralidade administrativa uma função que não se restrinja ao arbítrio do aplicador, buscou objetivá-la.

Partiu-se do pressuposto de que o dispositivo legal não se confunde com a norma. Sendo a norma o extrato do sentido de um dispositivo, pela conjugação de texto e fato.

As normas dividem-se em regra, princípio e postulado.

Definimos propedeuticamente, com base em Humberto Ávila, que

As regras são as normas:

imediatamente descritivas, retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.<sup>176</sup>

Os princípios são

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e 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 aplicação.<sup>177</sup>

Os postulados, por sua vez, “são normas que orientam a aplicação de outras normas”<sup>178</sup>, ou, em outras palavras, os postulados “estabelecem diretrizes

176 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 85.

177 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 85.

178 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos**

metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis<sup>179</sup>.

No que tange a moral administrativa, ela surge na França com o intuito de aumentar, através das ditas abertura à legalidade, o controle dos móveis administrativos pelo poder judiciário. A atuação administrativa que não atingia um fim moral pela qual foi instituída era ilegal, controlável via recurso por excesso de poder (recurso que combatia a ilegalidade), posto que maculada pelo desvio de finalidade.

Como na França, uma atuação que atinja a regra em seu caráter descritivo, mas não atinja a finalidade pela qual foi posta, padece de desvio de finalidade, lá, e aqui, mácula da ilegalidade.

Daí afirmarmos que a natureza jurídica da moralidade administrativa é a de princípio jurídico. Este imbricado na legalidade (interna, ou lato senso, como foi no decorrer de sua história) ou, em outras palavras, que o princípio da moralidade se concretiza quando a aplicação de uma regra atinge o fim mediato e imediato pela qual foi editada.

Em suma: Concretizado estará o princípio da moralidade quando a administração pública aplica as normas jurídicas.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed / 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2009 /2013.

BRITTO, Carlos Ayres. Íntegra do discurso de posse do ministro Ayres Britto na Presidência do STF. Em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoAyresBritto.pdf>>. Acesso em: 17 de abril de 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O princípio constitucional da moralidade administrativa. Curitiba: Genesis, 1993, pág. 111 Em: <<http://www.institutooliveirafranco.org.br/pdfs/PrincipioConstitucional.PDF>> Acesso em: 28

---

**princípios jurídicos.** 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 144.

179 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 14. ed. São Paulo, SP : Malheiros, 2013 , pág. 144.

de maio de 2013.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo (SP): Malheiros, 2002

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo (SP): Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. PALESTRA: O processo legislativo e o processo normativo. Disponível em: < <http://www.youtube.com/watch?v=O8VoZMhOMiw>>. Acessado em 12 de abril de 2013.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito (Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara). - Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tratado de Direito Tributário volume I / Ives Gandra da Silva Martins, Carlos Valder do Nascimento e Rogério Gandra da Silva Martins (coordenadores). - São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Cláudio Ari, Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro Renovar v.235, ((jan./mar.) 2004).

OLIVEIRA, Leandro Correa, SILVA FILHO, Edson Vieira da. O Direito Penal não pode ser o guardião da moral. Em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-07/direito-penal-nao-nem-guardiao-moral-perdida>>. Acesso em: 19 de abril de 2013

PASSOS, Joaquim José Calmon de. calmon\_de\_passos.wmv. Disponível em: < <http://www.youtube.com/watch?v=OnWiWeNdbxg>>. Acessado em 24 de abril de 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, Princípios Constitucionais da Administração Pública. Del Rey Editora, 1994.

SANDEL, Michael J.. Justiça – O que é fazer a coisa certa (tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo). – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. Em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em: 28 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. Em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 28 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. Hipossuficiência e TV a cabo, fatos ou interpretação?. Em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-21/senso-incomum-hipossuficiencia-tv-cabo-fatos-ou-interpretacao>>. Acesso em: 28 de abril de 2013.