

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL: uma análise a partir do princípio da moralidade

Carolina de Freitas Paladino¹

SUMÁRIO

Introdução; 1 A Relação entre Direito e Moral a Partir da Análise de Miguel Reale 1.1 Idade Antiga; 1.2 Idade Média; 1.3 Idade Contemporânea; 2 Sistema Moral e Sistema Jurídico; 2.1 Definição; 2.2 Funções e Finalidades; 2.3 Proximidades e Distanciamentos; 3 O Conceito do Princípio da Moralidade Administrativa 3.1 Noções Gerais sobre a Moralidade Administrativa 3.2 Moralidade como Princípio Jurídico; Conclusão; Referência das Fontes Citadas

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto central a tratativa da relação entre direito e moral. Dessa forma, desde o início dos tempos esses dois institutos se entrelaçam e se separam de forma abrupta (dependendo do contexto). Enfim, vive-se num período de neoconstitucionalismo em que a moral nunca esteve tão importante, devendo ser avaliada juntamente com o direito. Dessa forma, o presente trabalho objetiva analisar a moral e o direito mas sob uma perspectiva do direito administrativo, por meio do artigo 37 colocado na Constituição da República. Assim, a pesquisa se inicia com uma relação histórica entre os institutos mencionados culminando numa análise do princípio da moralidade efetivamente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, Moral, Relações e Diferenças entre direito e moral, Princípio da Moralidade

ABSTRACT

The present work has as central object the boarding of the relation between law and moral. Of this form, since the beginning of the times these two instruments if interlace and if they separate of abrupt form (depending on the context).

¹ Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional; Pós-Graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Professora de Direito Constitucional Curso Professor Luiz Carlos - Curitiba-PR; Professora de Direito Constitucional FAPAR - Curitiba-PR; Assessoria Jurídica do Gabinete do Secretário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Mestranda em Direito Constitucional pela Unibrasil- Curitiba-PR

Therefore, it is lived in a period of neoconstitucionalism where the moral never was so important as now, having to be evaluated together with the law. Of this form, the present work deals to analyze the moral and the law but under a perspective of the administrative law, by means of placed article 37 in the Constitution of the Republic. Thus, the research if initiates with a historical relation enters the mentioned instruments culminating in an analysis of the beginning of the morality effectively.

WORDS KEYS: Law, Moral, Relations and Differences between law and moral, Rule of the Morality

INTRODUÇÃO

Uma das questões que mais se discute no direito é a idéia de justiça. Seja no direito penal, civil, ou do trabalho e também no direito administrativo ou constitucional, o elemento justiça serve como balizador das relações sociais e também do próprio ordenamento jurídico.

De qualquer forma, o elemento que norteia essa idéia de justiça é outro que está fora do direito, qual seja, a moral. Assim, cabe mencionar o valor da justiça, bem como a relação existente entre o direito e a moral, objeto a ser tratado no presente trabalho. Desde já, é de se fixar como regra geral que o direito é coercitivo, enquanto a moral não o é. Todavia, isso não pode ser aplicado a todos os casos, conforme se verá a seguir.

A doutrina costuma trazer as distinções entre o direito e a moral, buscando separá-los em diferentes categorias. Todavia, ao invés de criar esse *apartheid* entre as disciplinas, muito mais útil seria trabalhar esses dois pilares de forma complementar. Com efeito, "o reconhecimento de que não há norma que não contenha referência alguma situacional, por mais tênue que seja, é indiscutível. Qualquer norma moral se caracteriza por ser 'impregnada ao caso'", sendo inquestionável analisar as relações entre direito e moral.²

Com efeito, existem dois tipos de discursos, o de fundamentação e o de aplicação. Mas WELLMER afirma que a fundamentação faz parte de problemas

² GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**. Justificação e Aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 39.

periféricos dos discursos. Para ele a moral universalista é caracterizada como aquela que considera válidas aquelas normas suscetíveis à concordância irrestrita.³

Por isso, o presente trabalho visa justamente à análise sobre direito e moral nos diferentes momentos históricos, até chegar ao princípio da moralidade no direito administrativo, que será tratado em um terceiro momento deste artigo.

A partir do mencionado raciocínio de que o direito possui normas coercitivas que devem ser observadas por aqueles que vivem naquela sociedade, vale considerar a influência da moral nessas relações. Dessa forma, o que se pretende é refletir até que ponto a moral pode influenciar o direito e vice-versa. Autores como Hans KELSEN, Herbert L. A. HART, Ronald DWORKIN e Miguel REALE são fundamentais para essa compreensão, conforme se verá a seguir.

1 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL A PARTIR DA ANÁLISE DE MIGUEL REALE

A partir das diversas indagações sobre espécies de condutas faz-se mister uma análise da relação entre direito e moral a partir dos diferentes momentos históricos, como se verá a seguir. Dessa forma, essa primeira parte do trabalho será dividida em três fases: uma análise dos modelos grego e romano, na seqüência, uma reflexão sobre essa relação na Idade Média, finalizando com o modelo contemporâneo.

Destaque-se desde já que essa pesquisa inicial seguirá os ensinamentos de Miguel REALE, por entender que o estudo foi por ele realizado de forma didática, o que também se buscará com o presente trabalho.

Desde já, ressalte-se que o objetivo inicial não é traçar limites rigorosos a despeito da diferença entre direito e moral, enquadrando cada qual em uma categoria e em um tempo histórico específico, mas sim verificar as características semelhantes e distintas para melhor compreender suas funcionalidades. De qualquer forma, não se pode negar que o direito se esclarece pela moral, mas

³ *Ibidem*, p. 818.

não só ela, sendo fundamental ponderar outros elementos como a religião, a economia, os costumes, o próprio convívio social, dentre outros, de forma a se investigar as distinções, bem como as conexões existentes entre direito e moral.⁴

1.1 IDADE ANTIGA

Já na Grécia era possível a verificação das primeiras preocupações sobre essa temática, sem contudo, elaborar-se uma teoria distinguindo as categoriais, em relação ao jurídico e ao moral. Nesse modelo, a partir de uma compreensão pré-socrática, na Hélade, é possível se deparar com uma distinção que também foi objeto de análise de SÓFOCLES de modo que o justo seria advindo de duas formas distintas, por natureza ou por convenção, ou seja, já aparece a distinção fundamental ao direito entre direito natural e direito positivo.⁵

Dessa forma, PLATÃO mencionava que a compreensão da lei e da justiça ocorria ora pelo emprego da força, ora pela idéia de convenção a partir dos valores de legalidade e justiça. Complementando, com EPICURO esboçam-se as primeiras idéias sobre o contratualismo, embora esse raciocínio não fosse unânime. Dando continuidade aos estudos, ARISTÓTELES trabalhava o justo por lei e o justo por natureza, refletindo de forma especial sobre o conceito de justiça e a importância disso. Não buscava com isso propor um critério que distinguisse o direito da moral.⁶ Mas aí surge a primeira distinção entre direito natural e direito positivo o que trouxe importantes reflexos até os tempos atuais em relação ao direito e à moral.

Dessa forma, importante abordar questões basilares que compõe a idéia de moral. Com isso Aristóteles faz uma menção interessante a respeito da moralidade a ser citada "do falar do que é honesto e justo, que são os objetos da ciência política, encontra-se tanta disparidade de opiniões, que parece não serem

⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 621-622.

⁵ *Ibidem*, p. 623.

⁶ *Ibidem*, p. 623-624.

tais por natureza, mas somente por lei. Acerca das coisas não de ser consideradas boas, depara-se também certa instabilidade de juízos”.⁷

Com efeito, na Grécia a expressão “justiça” era compreendida equivocadamente, pois poderia ser particular ou geral. Assim, o direito era incluído nessa órbita de justiça, que era entendido como sinônimo de moralidade, embora ARISTÓTELES fizesse uma distinção sobre direito e lei.⁸

De qualquer forma, no modelo grego, foi a política a merecedora de amplos debates, sendo considerada a maior de todas as ciências daquela época, sendo o Estado o meio de atualização das faculdades naturais, buscando seu bem, sendo a política a responsável por isso. Como o direito não era bem desenvolvido naquela época, não houve efetivamente uma distinção entre direito e moral⁹, que possa trazer uma doutrina específica que investigue as relações entre essas duas categorias.

Passando-se ao modelo romano embora haja semelhança em alguns entendimentos do modelo mencionado anteriormente, isso ocorre por conta de outros motivos. Com efeito, já se fala em uma ciência do direito em Roma, de modo que este não abrange apenas os moralistas, os filósofos, os teólogos ou sacerdotes, criando-se aqui a figura do jurisconsulto que corresponde justamente a um especialista do direito. Num primeiro momento, poder-se-ia pensar numa distinção entre direito e moral, mas isso não foi amplamente estudado naquela época.¹⁰

Aqui retoma-se a distinção entre direito natural e direito positivo de modo que no primeiro a moral servirá como pressuposto ao direito, o que corrobora alguns princípios gerais de conduta. Ou seja, no direito natural tem-se um conjunto de ações primordiais que reflete nas obrigações humanas, embora se repita nesse modelo o conceito de justiça e de lei natural existente no modelo grego, conforme os ensinamentos de ARISTÓTELES. Todavia, em relação ao

⁷ ARISTÓTELES. A Ética, p. 25 apud CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 26.

⁸ VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. Definições e fins do direito – os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.100.

⁹ REALE, Miguel. *Op. Cit.*, p. 625-627.

¹⁰ *Ibidem*, p. 627-628.

discernimento, vê-se o contraste entre lícito e moderno, confundindo-se o direito e a moral¹¹, o que dificultava investigar esses dois institutos.

Embora a distinção entre direito natural e direito positivo sejam as primeiras formas de relacionar o direito com a moral, de modo que enquanto o direito natural advém de valores, mantendo íntima relação com a moral, o direito positivo não segue necessariamente essa mesma sorte, o que será verificado com outros autores do Século XX, ou seja, que esta temática irá se desenvolver de modo peculiar.

Superada essa primeira análise, cabe agora trabalhar a Idade Média, em que a Igreja, através de uma moral religiosa, terá grande influência em todo o ordenamento jurídico.

1.2 IDADE MÉDIA

Alguns séculos depois, já na Idade Média, a religião torna-se a principal responsável pelo regulamento da sociedade. Nesse momento histórico a política sai do palco para dar lugar à religião, conforme se verá da análise neste tópico.

Nesse sentido Santo AGOSTINHO é a personalidade principal do direito medieval juntamente com Tomás de AQUINO, que estudou amplamente ARISTÓTELES, tratando da questão de lei e justiça, criando-se uma Teoria do Direito e do Estado integrada no modelo tomista. Com efeito, "lei e ordem são conceitos que se completam e se exigem em sua doutrina. Por lei, entende ele 'uma ordenação da razão no sentido do bem comum, promulgada por quem dirige a comunidade'", de modo que a lei eterna representa o topo da filosofia jurídico-moral tomista divina.¹²

Ora, sendo o homem uma criatura de Deus, participa da lei eterna na medida relativa de sua razão, de seu discernimento para distinguir o bem do mal, para saber aquilo que deve ser feito e aquilo que deve ser evitado. A *lex naturalis* é uma *participatio*, uma participação do homem à *lex aeterna*, na medida e em virtude da razão humana. Como ser criado,

¹¹ *Ibidem*, p. 629-631.

¹² *Ibidem*, p. 637-638.

o homem participa de determinações do Criador e, enquanto esta participação se realiza, nós temos a *lex naturalis*. O homem pode ser capaz de conhecer o que deve fazer, em virtude de algo que é natural a ele, que é sua racionalidade, a qual o torna partícipe da obra da criação, embora a *lex aeterna* não possa ser conhecida em si mesma.¹³

Nesse sentido José Renato Gaziero CELLA afirma que naquele momento histórico era possível que a moral prevalecesse em relação ao direito, justamente por toda essa carta valorativa religiosa existente naquela época.¹⁴ Com isso foi possível o início de uma efetiva relação entre esses dois institutos.

Fazendo um parêntese, cabe a reflexão do que seja um comportamento moral. Nesse sentido Chaïm PERELMAN destaca que

Se partirmos da hipótese de que Deus é o Ser supremo, cuja vontade é o fundamento de toda a norma moral, a filosofia moral não existe como disciplina independente: depende inteiramente da teologia. Mas, se nos empenhamos em elaborar uma ética independente, surge imediatamente o problema de seu fundamento, que é ainda mais controvertido porque opiniões diametralmente opostas se manifestaram sobre o ponto de saber o que deve ser fundamentado e o que deve servir de fundamento. Cumprirá fundamentar o juízo moral nos princípios morais ou cumprirá, ao contrário, fundamentar os princípios no juízo moral?¹⁵

Todavia, quando se trabalha a idéia de que a moral está fundamentada em Deus "a perda da crença em Deus lhe tira a base moral".¹⁶ Enfim é necessária a separação da moral em relação a Deus e ao próprio direito, ou seja, a relação, embora importante entre esses dois institutos deve concebê-los de forma independente.

De qualquer modo, o direito não é interpretado como um Código de Boa Razão, ou ainda um ordenamento composto de preceitos, mas se resume a mandamentos fundamentais de conduta derivado de uma lei eterna. Do exposto conclui-se que este momento histórico não era o mais propício ao estudo sobre a

¹³ *Ibidem*, p. 639.

¹⁴ CELLA José Renato Gaziero. **Positivismo Jurídico no Século XIX: relações entre direito e moral do ancien régime à modernidade.** Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/Hespanha-Arno-Artigo.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2008.

¹⁵ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 288.

¹⁶ BARBOZA, Márcia Noll. **O Princípio da Moralidade Administrativa.** Uma abordagem à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 43.

diferença entre direito e moral¹⁷, o que somente será objeto num modelo moderno, como adiante se verá.

1.3 IDADE CONTEMPORÂNEA

O Renascimento, momento no qual houve uma nova concepção de valores, considerando-se a justiça fundamento da razão a partir das lições de Hugo GRÓCIO, realiza-se uma conexão necessária entre esses dois institutos. A partir de uma concepção antropocentrismo, o Jusnaturalismo é a lei determinada pela vontade de um direito natural. Ademais, o fenômeno do contratualismo terá importância nesse momento, distinguindo-se o direito da moral. Assim, nessa perspectiva, a moral é anterior ao contrato, enquanto o direito ocorre com a idéia de contrato¹⁸, da mesma forma como ocorrem nos demais institutos jurídicos, como as leis, por exemplo.

Hans Kelsen já mencionava que enquanto as leis naturais advêm do mundo do ser, as normas jurídicas advinham da idéia de dever-ser, propondo no positivismo jurídico uma separação entre o direito e a moral. Embora se tenha realizado uma leitura equivocada desse raciocínio, chegando alguns doutrinadores ao ponto de afirmar que Kelsen era um fascista, uma vez que a lei aceita tudo, cabe aqui refletir o efetivo raciocínio trazido pelo mencionado autor.¹⁹

Destarte, foi com THOMASIIUS que se dividiu a ação humana em dois elementos, quais sejam, o interno (influenciado pela moral no plano da consciência) e o externo (que toca o direito), o que é utilizado para diferenciar o direito da moral, sendo compreendido como uma reparação real, indicando-se no direito a coercibilidade. Contudo, foram ESPINOSA e PUFENDORF que diferenciaram a coação do direito, o que é continuado por KANT que aborda a coercitividade. No plano moral ocorre uma conformação absoluta entre regra e vontade pura do

¹⁷ REALE, Miguel. *Op. Cit.*, p. 642-643.

¹⁸ *Ibidem*, p. 644-647.

¹⁹ CELLA José Renato Gaziero. **Positivismo Jurídico no Século XIX**: relações entre direito e moral do ancien régime à modernidade. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/Hespanha-Arno-Artigo.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2008.

sujeito obrigado. A moral, portanto, é autônoma, sendo caracterizada pelo dever de que a vontade se torna a vontade do próprio sujeito, ou seja, a partir de uma idéia de reconhecimento, de concordância, centrada no conceito de imperativo²⁰, enquanto o direito não o é.

Na seqüência, a partir dessa ponderação histórica sobre esses dois institutos, cabe agora trabalhá-los especificamente.

2 SISTEMA MORAL E SISTEMA JURÍDICO

É fundamental tratar de elementos como ordem, ameaça e obediência no direito, mas é importante distinguir um hábito geral de uma regra social, trabalhando aqui as relações entre direito e moral.

A partir das distinções mencionadas no primeiro capítulo do presente trabalho surgem as demais discussões acerca das diferenças e semelhanças entre direito e moral, de modo a trabalhar esses dois institutos, buscando uma harmonia entre ambos.

Aqui, portanto, serão três as análises sobre o direito e moral a serem ponderadas, primeiramente, abordando uma definição, na seqüência, trabalhando funções e finalidades, finalizando nas proximidades e distanciamentos existentes entre essas categorias.

2.1 DEFINIÇÃO

A partir, portanto, do direito natural, importante verificar a conexão entre direito e moral que deveriam incluir um conteúdo específico. Assim, ambos "não podiam apoiar o desenvolvimento do propósito mínimo a sobrevivência que os homens têm, ao associarem-se uns com os outros". Essas conexões não são medidas por razões, uma vez que não são relacionadas à existência de regras com o aspecto teleológico. Na maior parte das relações entre direito e moral haverá abstenção e não ação de serviços a serem prestados. Ademais, a igualdade já era

²⁰ REALE, Miguel. Op. cit, p. 654-657. Na mesma linha de pensamento trabalha José Renato Gaziero. CELLA em seu texto, afirma que "enquanto a moral é uma coação interna ao indivíduo (a moral é autônoma) o direito se encontra na legalidade exterior das ações com a força coativa da lei (o direito é heterônomo." CELLA José Renato Gaziero. Op. cit.

questionada, por haver situações diversas, confirmando-se uma igualdade aproximada. Na seqüência, a partir do raciocínio de que impera entre os homens a lei da sobrevivência, de modo que os homens são dominados por desejo de exterminação dos outros e demonstração da força, necessária é a presença de regras morais e jurídicas. E, finalmente, a partir da consciência de uma limitação de recursos e da compreensão e força de vontade limitada e que se denota uma grande conexão entre os dois institutos.²¹

Aqui então se faz a distinção de HART, ou seja, em seu modelo existem dois tipos de regras, as primárias e as secundárias. Em outras palavras, para que um ordenamento jurídico seja aceito pela sociedade são necessárias as chamadas "regras de reconhecimento", que servem de justificação para a obediência àquele determinado sistema, o que denota uma ligação com a moral. Portanto, para que uma regra seja válida, necessário é que ela seja justificável por uma regra de reconhecimento, especificando os critérios de eficácia, bem como as regras de alteração.²²

Assim, sobre a possível justaposição entre direito e moral, vale questionar se é necessária ou se se trata de uma relação contingente. Aqui duas são as correntes a serem estudadas como termos vagos: o positivismo e o direito natural. De qualquer modo, pouco se concluiu sobre esta temática. Noutro giro, questionou-se sobre as formas e críticas da moral ao direito. Sobre esse assunto é possível refletir sobre um paradoxo sobre a idéia de que uma regra válida seria contrária aos princípios morais. Aqui vale pensar se

em termos de justiça, pode a crítica exaurir todas as formas relevantes? Ou o bom direito exprime algo diferente e mais abrangente do que o direito justo? Será a justiça, como BENTHAM parece haver pensado, simplesmente um nome para a distribuição eficiente de utilidade ou bem-estar, ou pode, por outro lado, ser reduzida a isto?²³

²¹ *Ibidem*, p. 210-213.

²² HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 1961. p. 169.

²³ HART, Herbert L. A. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 1987. p. 33.

Enfim, todas essas perguntas ainda não têm uma resposta adequada. Dependendo de cada autor, a relação entre direito e moral é diversa, e, portanto, não há unanimidade em um determinado posicionamento.

Ao abordar sobre as relações fixadas do ordenamento jurídico tem-se que a conduta será autorizada, se positivamente regulada. Será negativa se não for proibida pelo ordenamento jurídico. A permissão está ligada à atribuição de direitos. A validade da norma está justamente relacionada com o valor. De qualquer sorte, "se o valor é constituído por uma norma objetivamente válida, o juízo que afirma que um *quid* real, uma conduta efetiva, é boa". Uma norma não pode ser considerada verdadeira ou falsa, mas válida ou inválida. O valor consistente na relação com o objeto é subjetivo – desejo ou vontade – e quando uma conduta é considerada moralmente boa ou má, não se tem consciência do costume através do qual ela foi criada.²⁴

O valor consiste na relação que tem um objeto, quando adequada a um fim estar-se-ia diante de um valor positivo, sendo a recíproca verdadeira. A adequação está relacionada com a apropriação daquele fim. No que tange à ordem social, tem-se que a conduta deve estar relacionada a um ou mais indivíduos, podendo a relação ser mediata ou imediata, de forma que uma ordem normativa que se vincula com outras pessoas é uma ordem social, enquadrando-se aqui tanto a moral como o direito. Conforme o modo de prescrição ou proibição tem-se os tipos ideais e médios – podendo a norma ao mesmo tempo prescrever e proibir – por isso é que o benefício e a pena são colocados no sentido de transformar desejo para uma conduta em socialmente adequada²⁵, ou seja, se a moral não for suficiente para evitar um ato ou encorajá-lo o direito trará conseqüências para isso.

Pressupõe-se, pois, uma ordem social, de forma que deve ter um valor moral quando não somente o seu motivo, mas também a conduta corresponda numa norma moral. Ou seja, o motivo não pode ser separado da conduta motivada. Como as normas jurídicas, as normas morais também são criadas por meio dos costumes ou elaboração consciente. A diferença, portanto, entre direito e moral

²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1962. p. 33-36.

²⁵ *Ibidem*, p. 37-40.

reside na idéia de como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. Portanto, pressupondo que o direito e a moral constituem espécies de sistemas de normas, surge o problema das relações entre direito e moral, o que, às vezes, significa uma confusão. De qualquer forma, para se relacionar com a justiça, o direito necessita da moral. Assim, o direito é uma parte constitutiva da moral.²⁶

Herbert HART não se contenta em incorporar os juízos morais do homem comum. Assim, enquanto não houver uma clareza do juízo moral para o direito, não se pode refletir sobre ele. HART afirmava que o direito penal não possui um conjunto de objetivos dominantes. É certo que visa à pretensão de prevenir crimes, mas deve estar submetido a princípios. O autor afirmava a existência de crimes moralmente condenáveis. A pessoa não pode ser “responsabilizada porque a lei é tão iníqua ou injusta que deixou de existir a obrigação moral normal de obedecer à lei”, ligando ao descumprimento de um dever legal.²⁷

Assim, cabe agora trabalhar sobre as diferentes funções e finalidades do direito e da moral, como adiante se verá.

2.2 FUNÇÕES E FINALIDADES

Abordando uma possível coerção legal da moralidade importante indagar se um ato imoral poderia justificar uma punição jurídica, ou seja, se a imoralidade pode ser tratada como uma ilicitude.²⁸ Klaus GÜNTHER menciona que a fundamentação moral de um direito em relação à sua validade acaba por produzir de forma empírica uma solução. O direito pode ser intersubjetivamente refletido por cada indivíduo se violados os valores. Segundo John LOCKE, a idéia de que “cada um (é) seu próprio juiz” traz diversos questionamentos consigo a partir do princípio da reciprocidade.²⁹

²⁶ *Ibidem*, p. 40-45.

²⁷ HART, Herbert. **O Conceito...** p. 13-15.

²⁸ HART, Herbert L. A. **Direito...**, p. 33.

²⁹ GÜNTHER, Klaus. *Op. Cit.*, p. 367.

Sob a perspectiva de justificação que representa a tolerância de algo desagradável em razão à expectativa de alguma boa recompensa. Na ausência de elementos que indiquem maldade não são pedidas justificações, indicando uma relação inegável entre o direito e a moral.

No plano da moralidade é importante refletir quais atos serão censuráveis por meio dela, ou seja, através de uma coerção legal sendo apresentados dois aspectos, quais sejam, a punição do delinqüente, com base no direito e na moral e o segundo aspecto se dá em relação às pessoas que jamais desobedeceram o direito, mas estão obrigadas por ele, por meio de acordos políticos que acabam por restringir a liberdade, que servem de justificação.³⁰

Trabalhando sob uma perspectiva de uma moral utilitarista, seriam puníveis apenas as atividades nocivas a outros, adotando-se um princípio crítico, não havendo relevância se a moral utilitária seja ou não aceita como a moral positiva da sociedade. Se há aceitação da moral, não há que se falar em seu conteúdo racional³¹, sendo importante analisar este elemento no caso concreto, ao se ponderar sobre o conteúdo de uma regra.

Assim, se a sociedade simplesmente aceita um ordenamento jurídico porque ele foi posto, sem sequer questioná-lo. A regra não é cumprida pelos cidadãos daquela sociedade porque ela é correta, mas sim porque ela foi imposta. Aqui, existe um questionamento sobre a própria racionalidade, que é prescindida no caso de determinação.

Existem diversas formas de conexão entre direito e moral

Contudo, é claro que nem o direito nem a moral aceite pelas sociedades precisam de estender as suas protecções e benefícios mínimos a todos, dentro do seu âmbito, e freqüentemente não o têm feito. (...) Embora o direito de certas sociedades, tenha ocasionalmente estado adiantado em relação à moral, normalmente o direito segue a moral (...). por isso, uma sociedade com direito abrange os que encaram as suas regras de um ponto de vista interno, como padrões aceites de comportamento, e não apenas como predições fidedignas do que as autoridades lhes irão fazer, se desobedecerem.³²

³⁰ HART, Herbert L. A. **Direito...**, p. 47.

³¹ *Ibidem*, p. 49.

³² HART, Herbert L. A. **O Conceito...**, p 216-218.

O autor delimita seis formas desta pretensão: o poder e a autoridade, a influência da moral sobre o direito, a interpretação, a crítica ao direito, os princípios de legalidade e justiça e a validade jurídica e resistência ao direito. Aqui abordando um direito restrito um conceito de direito "que permita a distinção entre a invalidade do direito e sua imoralidade, habilita-nos a ver a complexidade e a variedade dessas questões separadas, enquanto um conceito restrito de direito que negue validade jurídica as regras iníquas pode cegar-nos sobre elas".³³

Nas relações sociais, conforme menciona Klaus GÜNTHER três são os pontos de vista que podem ser apresentados enquanto uma avaliação moral, quais sejam, a) juízos morais no sentido de que são fundamentais, o que acarreta na necessidade de compreensão em contraposição ao ceticismo; além disso, fala-se no sentido de que cada norma moral deve, com as devidas justificativas, ser aceita por todos os afetados; tudo isso pelo fato de que nenhum juízo moral "poderá ser válido tão-somente por ter um determinado conteúdo"³⁴, resgatando o autor a idéia de universalidade para a aceitação dessas regras.

Sobre a idéia de universalismo Hannah ARENDT citada por Klaus GÜNTHER aborda que a moralidade do agir está relacionada com a condição de normas que demandam observância incondicional de modo que

Ao proteger pessoas contra os perigos de uma análise, ensina-se-lhes a impor firmemente seja lá o que a regra prescrita da conduta possa ser, em um dado momento, em uma sociedade. As pessoas acabam se acostumando, não tanto ao conteúdo das regras, cujo exame apurado iria levá-los sempre à perplexidade, mas sim à posse de regras sob as quais possam enquadrar determinadas pessoas em particular. Em outras palavras, eles se acostumam a nunca tomar uma decisão própria.³⁵

Refletindo sobre essa temática Klaus GÜNTHER menciona as três formas de interpretação: de que toda proposição seja necessariamente normativa e assim o dever moral tenha raízes autoritárias, equiparando-se normatividade e repressividade; que a norma moral abranja uma obediência, que no caso de não

³³ *Ibidem*, p 227.

³⁴ GÜNTHER, Klaus. *Op. Cit.*, p. 102

³⁵ ARENDT, Hannah. Thinking and Moral Consideration. A Lecture apud *Ibidem*, p. 233-234.

obediência implique em uma sanção; e que na introdução de uma norma ética seja relacionada a uma combinação dentro de um contexto.³⁶

E com isso foram traçadas as principais relações entre o direito e a moral no ordenamento jurídico.

2.3 PROXIMIDADES E DISTANCIAMENTOS

Aqui começa a efetiva discussão acerca do direito e da moral a partir de uma reflexão sobre uma conexão necessária entre ambos. Todavia, necessário lembrar que a expressão moral tem muitos significados. A que tem maior clareza é a concepção tomista do direito natural, primeiramente porque existem princípios de verdadeira moral ou justiça, que são descobertos pelos seres humanos, ainda que tenham uma origem divina, e em segundo lugar, de modo que as leis que sejam elaboradas com estes princípios não são consideradas válidas.³⁷

Outra abordagem sobre a moral não a estabelece como princípio imutável, ou mesmo que será descoberta por meio da racionalidade, mas sim no sentido de “expressões de atitudes humanas em relação à conduta” que se alteram de acordo com cada sociedade. Nessa perspectiva o conflito entre direito e moral não basta para privar as regras jurídicas, interpretando a conexão entre esses dois institutos de forma diversa, ou seja, para a existência do direito é fundamental a existência de um reconhecimento amplamente difundido.³⁸

A regra de reconhecimento é entendida como uma última regra, corroborando a idéia de supremacia. O reconhecimento de validade será de acordo com a referência a outros critérios. Alguns autores mencionam que a regra de reconhecimento expressa a validade jurídica das demais regras, de forma que sua validade não pode ser demonstrada, porque ela foi assumida ou postulada.³⁹

³⁶ *Ibidem*, p. 234.

³⁷ HART, Herbert L. A. **O Conceito...**, p. 170.

³⁸ *Ibidem*, p. 170-171.

³⁹ *Ibidem*, p. 172-174.

A relação entre direito e moral é muito controvertida. Com efeito, alguns autores trataram esses institutos conjuntamente. Importante, entretanto, manejar o direito separadamente da moral. Surgem assim muitos questionamentos históricos e causais sobre a influência do direito pela moral, o que deve ser respondido afirmativamente. Todavia, ao se questionar se a moral foi influenciada pelo direito, não há uma resposta pronta e correta acerca dessa temática.⁴⁰ De qualquer forma, Miguel REALE, ao tratar dessa matéria, destaca que a conexão entre direito e moral é inegável.⁴¹

Desde PLATÃO diz-se que os homens se comportam conforme sua razão humana, utilizando-se da expressão "sois cegos se não puderdes ver isto". Vê-se que a teoria do direito natural trouxe consigo noções confusas pela qual o pensamento moderno vem se libertando. De qualquer forma, o direito natural foi amplamente atacado pelos críticos BENTHAM e MILL, objetivando uma teoria científica, sendo imprescindível, antes, compreender a natureza.⁴²

Já Ronald DWORKIN trabalha em uma outra perspectiva, sob o papel dos juízes nas decisões judiciais. Como trabalha no sistema da *commom law*, sob um modelo diferente, ou seja, político, referido autor reflete sobre a possibilidade de uma decisão judicial que se embase em fundamentos políticos, juntamente com o princípio da moralidade política. Embora alguns pensassem que as decisões inglesas eram políticas, GRIFFITHS acredita ser impossível o judiciário atuar sem um papel político numa sociedade capitalista.⁴³

Aqui, portanto, a relação entre direito e moral não é tão evidente como em outros autores. A divisão que Ronald DWORKIN faz sobre princípios e regras, como principal objeto de seu trabalho, não se dedica à reflexão entre o direito e a moral no ordenamento jurídico.

A idéia de vinculação constitucional é reforçada pela semântica pragmática. Com efeito, a Constituição não pode ser analisada restritivamente como um sistema

⁴⁰ HART, Herbert L. A. **Direito...**, p. 31.

⁴¹ REALE, Miguel. *Op. Cit.*, p. 711.

⁴² HART, Herbert L. A. **O Conceito...**, p. 202-205.

⁴³ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 3-4.

de conceitos, ou mesmo um texto, mas deve ser compreendida como um código explícito de poder que dá ensejo a uma pluralidade de práticas.⁴⁴

Enfim, não se pode entender o “direito como anexado à moral”, afirmando Michel VILLEY que esta concepção é uma heresia. Com efeito, o direito pode ser entendido como o conjunto de normas de conduta, embora os comportamentos mencionados pelo direito (proibir, permitir e obrigar) tenham íntima relação com a moral. De qualquer forma, a doutrina encabeçada por KANT afirma que a moral é mais restrita, separando as duas espécies de normas, internas (originadas da concordância subjetiva – autônomas) e as exteriores (convencionadas que são promulgadas ou outorgadas, sendo consideradas heterônomas), de modo que as primeiras corresponderiam a regras morais enquanto as segundas a regras coativas.⁴⁵

Entretanto, Michel VILLEY discorda dessa concepção kantiana, atribuindo um sentido mais vasto à moral, destacando que mesmo que a regra seja coercitiva não deixa de pertencer à moral. Nesse sentido a Escola do Direito Natural Moderno prescreve a doutrina do direito como interior da moral.⁴⁶

A partir de uma idéia de uma moral absoluta, única e válida é que o direito pode operar. De qualquer sorte “a afirmação de que o direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece, com o caráter devido, uma determinada conduta humana”.⁴⁷ Assim, o direito constitui um valor jurídico e moral concomitantemente.

Se o direito natural é moral, não há sentido em dizer que o direito deve ser moral em qualquer modelo. Por conseguinte, o direito positivo pode corresponder a um determinado sistema de moral entre os vários sistemas possíveis. A moral não pode conceder uma medida específica de valoração de uma ordem jurídica. A justificação do direito pela moral só pode existir em se tratando de um direito

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Estado Legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 423-427.

⁴⁵ VILLEY, Michel. *Op. Cit.*, p.99.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 99-100.

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 126.

moralmente bom. Se a norma moral não prescreve a obediência, existe a possibilidade de uma contradição entre moral e direito. Não há, pois, uma única moral. A idéia de que o direito é por essência moral é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma moral absoluta, mas porque conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva.⁴⁸

Na concepção de Miguel REALE não se pode considerar um homem como um fato isolado, dependendo o direito de um condicionamento fático e axiológico. Tudo isso requer a posição do próprio poder. Com efeito, "os valores são como que fochos luminosos que, penetrando na realidade social, se refrangem em um sistema dinâmico de normas, cada uma delas correspondente a uma decisão".⁴⁹

Já Robert ALEXY trabalha a relação entre direito e moral aduzindo que pela tese da separabilidade não existe qualquer relação entre ambos, havendo um caráter meramente contingente, negando inclusive a relação com a justiça, entre o ser e dever-ser, definindo uma versão mais débil do positivismo jurídico. Todavia, a versão mais forte do positivismo se dá pela separação, propondo um tipo de argumento diferente da primeira. Enfim, a legalidade é analisada conforme o ordenamento e a eficácia social. A dificuldade disso é a introdução da norma fundamental kelseniana, pois ela está relacionada com a normatividade sem moralidade. De qualquer forma, existem diversas maneiras de relacionar eficácia social e legalidade conforme o direito e com isso se retorna a discussão da relação entre direito e elementos morais, o que é analisado pelo conceito de direito positivista mais radical da sustentação desses preceitos pela correção moral com base numa teoria jusnaturalista pura, mas que se conduzida ao extremo ocasionaria uma anarquia pura. Por isso autores como São Tomás de AQUINO apontam a necessidade de um positivismo.⁵⁰

Enfim, existem três formas de vinculação: a moral vinculada ao direito positivo através da inclusão de princípios e argumentos morais do direito, ou ainda de forma que o conteúdo possível seja delimitado pela moral, ou por último quando a moral fundamenta um dever de obediência ao direito. Ademais, o problema da

⁴⁸ *Ibidem*, p. 127-130.

⁴⁹ REALE, Miguel. *Op. Cit.*, p. 555.

⁵⁰ ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Comares, 2005. p. 1-15.

inclusão é de fundamentação. Tanto os positivistas como os não positivistas argumentam que o direito possui uma estrutura básica e que está relacionada com razões morais.⁵¹

Assim, o argumento da correção é constantemente utilizado tendo em vista as razões morais. Pelo estudo de RADBRUCH depende do ponto de vista do observador e do participante a análise das condições – baseando-se a decisão tão-somente em razões normativas. A partir de uma crítica reflexiva questiona-se essa vinculação entre direito e moral por uma fórmula de pretensão de correção ou justiça a partir de uma realidade vinculada com o direito.

Ademais, a questão da institucionalização de discursos para aplicação e fundamentação das normas jurídicas em nada altera a adequação situacional e sua validade.⁵²

Verificadas essas relações entre direito e moral a partir de diferentes visões o objetivo final do presente é justamente expor um pouco do chamado princípio da moralidade administrativa, de forma a se verificar no plano jurídico, expressamente, a influência da moral, indicando um dever de bom comportamento do administrador, conforme se verá a seguir.

3 O CONCEITO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Enfim, dois são os dispositivos constitucionais que prevêm a moralidade no plano administrativo no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme menciona a doutrina⁵³ a moralidade prevista no art. 5º da Constituição da República de 1988 (prevista como controle por meio de ação popular) traduz-se na fiscalização da legalidade substancial do ato, diferentemente da moralidade prevista no *caput* do art. 37, a qual é efetivamente entendida como um princípio, merecedor de tratamento dogmático específico, sendo um conceito jurídico indeterminado, o

⁵¹ *Ibidem*, p.

⁵² GÜNTHER, Klaus. *Op. Cit.*, p. 367.

⁵³ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública*. O conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 189-190.

que carece de um conceito específico, embora seja possível tratar de forma geral sobre esse instituto.

3.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Outrossim, Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO destaca que a idéia de moralidade administrativa se subdivide em regras de boa administração (a qual desencadeou a criação do Conselho de Estado na França, para controlar o desvio de poder) e, a moralidade administrativa, em que pese toda a temática da discricionariedade dos atos administrativos, sem deixar de lembrar que a discricionariedade tem como limites a legalidade.^{54- 55}

Diz-se ainda que a moralidade tem sua origem na Revolução Francesa, tendo em vista a idéia de soberania disseminada com aquele fato social, a partir de uma organização rígida, ou seja, foi no direito francês que a moralidade ganhou um *status* jurídico.

Com efeito, o *Conseil D'Etat* surgiu após a Revolução Francesa como meio de divisão de poderes através da Lei Orgânica Judicial 16 de 24.08.1790, foi criado com o objetivo de separar os litígios administrativos dos judiciais, ou seja, de retirar da análise dos magistrados os conflitos no âmbito administrativo, tornando-se aquele órgão (*Conseil D'Etat*) organismo de cúpula.⁵⁶ Dessa forma "O Conselho de Estado parte da idéia de que a Administração está vinculada por uma certa moral objetiva; ela tem uma função a cumprir, e quando os motivos que a impulsionavam não são conforme os fins gerais dessa função, o Conselho de Estado os declara ilícitos."⁵⁷

⁵⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 5-6.

⁵⁵ Nesse sentido Hely Lopes MEIRELLES aborda as chamadas regras da boa administração ressaltando que "mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações, impostas pelos princípios gerais do direito e pelas regras da boa administração, que, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa." MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 104.

⁵⁶ BARBOZA, Márcia Noll. *O Princípio da Moralidade Administrativa*. Uma abordagem à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 82.

⁵⁷ HAURIOU, Maurice. La Déclaration de Volonté dans le Droit Administratif Français. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 3, 1903 p. 575 apud *Ibidem*, p. 90.

Enfim, embora essa providência de separação do contencioso administrativo não tenha sido realizada no Brasil, os ensinamentos franceses são de grande valia para o direito administrativo brasileiro, a fim de informar toda a temática, destacando-se autores renomados como HAURIOU que possui diversos seguidores brasileiros.

A par da influência do direito francês e italiano para a administração pública, outros fatores acabam por informar as funções de determinado princípio. Nesse tocante, não se pode deixar de analisar que todos os princípios do direito administrativo atuam em complementariedade um ao outro, de modo que a moralidade influenciará em todos os atos da Administração Pública.

Desta forma, a moralidade está relacionada umbilicalmente com diversos princípios jurídicos impondo-se a idéia de comportamentos éticos probos e honestos, além dos conceitos trazidos pelo princípio da legalidade, eficiência, boa-fé, dentre outros.

Por conseguinte, não há como trabalhar o princípio da moralidade sem ponderar questões éticas, chegando a conclusão de que a violação de preceitos éticos significa a violação do próprio direito⁵⁸, ressaltando-se aqui, novamente, a conexão necessária entre direito e moral.

3.2 MORALIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

Com isso pode-se perceber que a moralidade no plano das regras irá se traduzir em uma norma jurídica. Mas como se sabe, as normas jurídicas com o tempo perdem a sua aplicabilidade por não mais estarem adequadas. Isso quer dizer que deixou aquele determinado comportamento de ser moral? Nesse sentido insta salientar os ensinamentos de Márcio CAMMAROSANO o qual destaca que os

⁵⁸ Nesse tocante Chaïm PERELMAN destaca que "a ética não deve ser concebida com um sistema dedutivo, mas à maneira de uma ciência indutiva, cujas teorias gerais, seriam confirmadas ou infirmadas a se confrontar com a experiência as conseqüências que dela se tiram? Se assim o fosse, o juízo moral, tal como se manifesta em cada caso particular, é que seria mais seguro do que os princípios morais, ele é que forneceria a prova da inadequação do princípio, e não o inverso. Nessa perspectiva, o juízo moral é que há mais de seguro e não necessita de nenhum fundamento. PERELMAN, Chaïm. *Op. Cit.*, p. 289.

Preceitos morais não se modificam, não se revogam, não se criam por decisões do Estado legislador. A estabilidade de muitos dos preceitos morais é bem mais acentuada que a dos preceitos decorrentes da função legislativa, mesmo porque decorrem de uma ordem de valores fundamentais, sedimentado ao longo de demorados processos de evolução cultural.⁵⁹

Isso determina que a moralidade seja imposta ao legislador no sentido de não se propor a elaboração de normas que entrem em conflito com os valores impostos na ordem constitucional, sob pena de declaração de inconstitucionalidade dessas normas.⁶⁰ Mas os valores sociais mudam, e também as normas jurídicas, por isso verifica-se que mesmo a moral é alterada conforme os tempos, permitindo assim uma modificação jurídica para se adequar à primeira.

Para tratar de um conceito de moralidade, ao se analisar as doutrinas acerca do tema, não se tem uma interpretação no sentido de ser possível a sua conceituação⁶¹, afirmando Caio TÁCITO que essa expressão contempla um sentido nebuloso.⁶²

Óbvio que não se pode deixar de trabalhar os institutos jurídicos e seus conceitos sob a perspectiva da zona de certeza de sua incidência, bem como da zona de certeza de sua não incidência. Mas toda a problemática ocorre com a chamada zona conceitual cinzenta, na qual existe uma dúvida sobre a incidência ou não do princípio e sobre sua abrangência.⁶³

⁵⁹ CAMMAROSANO, Márcio. *Op. Cit.*, p. 24.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ De qualquer forma Carmen Lúcia Antunes ROCHA destaca que "a moralidade administrativa legitima o comportamento da Administração Pública, elaborada como ela é por um Direito nascido do próprio povo. Por isso, é o acatamento da moralidade administrativa, como princípio do Direito, que dota o sistema de legitimidade, o que se estende à qualificação legítima do Poder do Estado. A moralidade administrativa reflete ou condensa uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada, considerando esta o conjunto de valores que a sociedade expressa e pelos quais se pauta a conduta. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 191.

⁶² TÁCITO, Caio apud GIACOMUZZI, José Guilherme. *Op. Cit.*, p. 45.

⁶³ Neste tocante, sob a análise dos serviços públicos Marçal JUSTEN FILHO traz o importante critério que destaca, dentre as hipóteses, o que seria considerado em um conceito, o que não poderia ser conceituado como tal e por fim a zona conceitual cinzenta, constatando ainda a impossibilidade de formulação de um conceito genérico com aspirações a uma validade universal. Assim, é necessário que se estabeleçam requisitos mínimos para sua escolha. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 459.

Três são os momentos apontados para a moralidade administrativa. O primeiro com Maurice HAURIUO e RIPERT em que a moralidade é entendida como elemento interno da legalidade. Num segundo momento busca-se aprofundar os conceitos de discricionariedade para se trabalhar a idéia de moralidade – a partir da idéia de finalidade. E, na seqüência, aborda-se a moralidade administrativa como uma busca por um governo honesto, ganhando *status* constitucional,⁶⁴⁻⁶⁵ o que é conservada até o presente momento.

Tem-se que em tempos pretéritos a moralidade era analisada como um elemento do conceito de legalidade⁶⁶, idéia essa superada com a introdução no texto constitucional da moralidade como princípio autônomo. Ou seja, no direito administrativo a moral ganha um status autônomo dos outros institutos que regem o direito, de modo a impor um comportamento probo ao Administrador.

Com isso Hamilton RANGEL JÚNIOR trabalha a utilidade da constitucionalização da moralidade institucional destacando três aspectos desse reflexo aduzindo que

A originária evolução de uma teoria política absolutista para uma dogmática política contratualista-utilitarista, determinou a subsequente revisão do conceito de arbitrariedade, base da noção de moralidade aqui desenvolvida; a elevação do Estatuto Constitucional ao nível de ordem suprema, virtude que se estende a todos os preceitos que encerra, sendo a moralidade institucional um deles, também ela ostenta tal supremacia; e a tendência à rigidez e relativa imutabilidade do Texto Maior atribuiu à moralidade a natureza de cláusula pétrea.⁶⁷

Dessa forma, referido autor aborda que a moralidade impunha a não-arbitrariedade significando uma “realidade jurídica estável e subordinante” do ordenamento jurídico, tratando o princípio de um “preceito jurídico efetivo”.⁶⁸

⁶⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle da Moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 86.

⁶⁵ Destarte Maurice HAURIUO foi o primeiro a mencionar a moralidade administrativa, o que é desenvolvido na seqüência pelo português Antonio José BRANDÃO com o comentário Caso GOMER em 1951. Apud BARBOZA, Márcia Noll. *Op. Cit.*, p. 89.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 69.

⁶⁷ RANGEL JÚNIOR, Hamilton. *Princípio da Moralidade Institucional*. Conceito, Aplicabilidade e Controle na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 151-152.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 152.

Assim como as demais matérias, o direito administrativo foi evoluindo à medida da necessidade de se implantar um Estado, e mais, de imputar a ele diversas atividades pertinentes aos seus cidadãos.

E é neste tocante que se trabalha o princípio da moralidade como um mandado de otimização, ensejando a idéia de “aparecerem atos que, não obstante se apresentarem como bons e legais, embutem, um desvio, uma vontade particular do administrador, em suma, uma violação do dever de exercício de uma boa administração e um atentado ao bem comum”.⁶⁹

Nesse diapasão, Maurice HAURIOU dispõe que a idéia de desvio de poder coloca o poder administrativo em função do serviço, o que ultrapassa a legalidade, eis que entrelaça os atos administrativos aos motivos – o que importa na moralidade administrativa⁷⁰, vinculando a moralidade ao desvio de poder.⁷¹

Com isso se impõe o

“dever de bem administrar”, idéia essa que surgiu da hipertrofia do Estado a qual seguiu-se, como seria de se esperar, um geral e insopitado abuso da função administrativa... A pretexto de desenvolver uma administração ‘eficiente’, o Estado freqüentemente ultrapassava os limites; mal demarcados, da legalidade e da legitimidade, como se ambas fossem estranhas ou incompatíveis em relação à eficiência.⁷²

Outro questionamento importante a ser indagado é se o princípio da moralidade pode ser tratado enquanto um princípio jurídico. Antes do texto constitucional de 1988, muito se debatia sobre referida temática, o que pereceu com a nova redação apontada pelo constituinte de 1988, sendo agora expressamente prevista em seu art. 37, *caput*, juntamente com o inciso LXXIII do art. 5º do mesmo texto.⁷³

⁶⁹ DELGADO, José Augusto. Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988, in Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, 1993, 1, p. 209. Nesse sentido se introduz a idéia de evolução moral no direito. FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 24.

⁷⁰ HAURIOU, Maurice. Précis de Droit Administratif. 11. ed. p. 420 apud GIACOMUZZI, José Guilherme. *Op. Cit.*, p. 49

⁷¹ BARBOZA, Márcia Noll. *Op. Cit.*, p. 92.

⁷² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. Cit.*, p.30.

⁷³ Sobre a referida temática leciona Carmen Lucia Antunes ROCHA “a superveniência de um novo modelo de ordem jurídica, buscado em todo mundo, no qual a ética impõe a absorção do princípio moral como um princípio do Direito posto à observância e aplicação em determinado Estado, determinou que, nas décadas mais recentes, e, em especial, nos últimos anos, acordassem constituintes e legisladores em que fizesse, expressamente, Direito o que, antes, era norma moral

Quanto às funções do princípio da moralidade administrativa, Márcia Noll BARBOZA destaca três diversas: a função conformadora e a formação ético-profissional do agente público, a função repressiva e a aplicação da lei de improbidade administrativa e a função corretiva e a invalidação do ato administrativo.⁷⁴

Analisando cada uma dessas funções, verifica-se que a primeira delas se traduz na possibilidade do princípio da moralidade manifestar-se como norma “sintetizadora e veiculadora da substância do regime jurídico administrativo”, dela decorrem diversas imposições de comportamentos por parte de Administração Pública, sendo necessária, para tanto, a revalorização desta para impor uma formação dos agentes públicos nesse sentido.⁷⁵

A segunda, ou seja, a função repressiva e a aplicação da lei de improbidade administrativa tem grande reflexo na referida lei, embora não se possa se exaurir nela, de forma que sua função é impor o dever de probidade do administrador a partir da não-realização de práticas previstas no referido diploma legal. Todavia, tem-se naquela lei um “texto obscuro, pleno de vagezas”, o que dificulta a aferição de probidade.⁷⁶

E por fim, a última das funções (corretiva e a invalidação do ato administrativo) tem como conseqüência, caso desrespeitada a moralidade, a invalidação do ato administrativo, o que desemboca em outra análise primordial, a do controle da discricionariedade.

A partir de uma breve análise do princípio da moralidade, resta agora tecer algumas considerações finais acerca do direito e da moral, bem como do princípio da moralidade.

ou que se debatesse sobre a presença implícita no sistema normativo jurídico. ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *Op. Cit.*, p. 186.

⁷⁴ BARBOZA, Márcia Noll. *Op. Cit.*, p. 130-138.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 130-131.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 134.

CONCLUSÃO

Sabe-se que todo o ordenamento jurídico brasileiro, como qualquer outro, é influenciado por valores que fazem com que o indivíduo obedeça às diferentes regras. Mas essa obediência não se dá somente em razão da idéia de coerção, mas sim pelo respeito aos valores impostos em uma determinada sociedade. Assim, nasce a discussão entre direito e moral, que perpassa por todas as épocas de existência do homem racional.

Todavia, verifica-se que desde o início dos tempos existe uma dificuldade de trazer os limites entre esses dois institutos. A partir das relações entre direito natural e direito positivo inicia-se um possível raciocínio acerca da separação das normas que advêm de valores em relação às normas impostas por meio de leis escritas, ou seja, outorgadas.

De qualquer forma, incontestável é a relação existente entre direito e moral. Embora alguns autores afirmem que essa relação é contingente, não há como negar que não é apenas o receio de punição dos sujeitos que faz com que seja cumprido o ordenamento jurídico.

Em decorrência disso, ao violar uma norma jurídica o indivíduo também viola a norma moral, de modo que o direito, o costume, a justiça e a moral acabam, muitas vezes, por se confundirem. Assim, não há como se negar os grandes níveis de interpenetração entre essas esferas. Nesse sentido, a justiça consiste em um valor que também está intimamente relacionado à moral e é buscado pelo direito.

Passando para uma reflexão sobre o princípio da moralidade no direito administrativo, tem-se que a moral ganhou *status* constitucional e, portanto, autônomo em relação aos demais dispositivos constitucionais. Assim, verifica-se que o princípio da moralidade exige um comportamento honesto do administrador, o que caracteriza numa judicialização de preceitos morais, idéia esta que vem trazer todo um embasamento para a problemática da noção do princípio da moralidade.

PALADINO, Carolina de Freitas. A relação entre direito e moral: uma análise a partir do princípio da moralidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Foram traçados os principais pontos acerca do princípio da moralidade no direito administrativo, trazendo uma relação também com o direito e a moral, demonstrando-se expressamente, como a moral pode influenciar no direito.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **La Institucionalización de la Justicia**. Granada: Comares, 2005.

BARBOZA, Márcia Noll. **O Princípio da Moralidade Administrativa**. Uma abordagem à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 26.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Estado Legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CELLA José Renato Gaziero. **Positivismo Jurídico no Século XIX**: relações entre direito e moral do ancien régime à modernidade. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/Hespanha-Arno-Artigo.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2008.

COSTA, Judith Martins. **As funções do princípio da moralidade administrativa** (o controle da moralidade na administração pública). Disponível em: http://www.tce.rs.gov.br/artigos/pdf/principio_moralidade.pdf. Acesso em: 20 jun. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PALADINO, Carolina de Freitas. A relação entre direito e moral: uma análise a partir do princípio da moralidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública. O conteúdo dogmático da moralidade administrativa.** São Paulo: Malheiros, 2002.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral.** Justificação e Aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HART, Herbert L. A. **Direito, Liberdade, Moralidade.** Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 1987.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito.** Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 1961.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1962.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes: 2004.

RANGEL JÚNIOR, Hamilton. **Princípio da Moralidade Institucional.** Conceito, Aplicabilidade e Controle na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito.** Definições e fins do direito – os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.