



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO MESTRADO**

**JÚLIA LORDÊLO DOS REIS TRAVESSA**

**O MICROSSISTEMA JURÍDICO DE TUTELA DA  
MORALIDADE PÚBLICA: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988  
E O GARANTISMO COMO VETORES ORDENADORES.**

Salvador  
2018

**JÚLIA LORDÊLO DOS REIS TRAVESSA**

**O MICROSSISTEMA JURÍDICO DE TUTELA DA  
MORALIDADE PÚBLICA: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988  
E O GARANTISMO COMO VETORES ORDENADORES.**

Dissertação apresentada como cumprimento do requisito  
para obtenção de grau de Mestre em Direito Público pela  
Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque  
Mello

Salvador  
2018

Travessa, Júlia Lordêlo dos Reis

O microsistema jurídico de tutela da moralidade pública: a Constituição Federal de 1988 e o Garantismo como vetores ordenadores. / Júlia Lordêlo dos Reis Travessa. – Salvador, 2018.

132 f.

Orientador: Sebastian Borges de Albuquerque Mello.

Dissertação (Mestrado - Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2018.

1. Moralidade pública 2. Garantismo. 3. Constituição Federal. 4. Constitucionalismo. 5. Sistema.

I. Mello, Sebastian Borges de Albuquerque. II. Doutor.

**JÚLIA LORDÊLO DOS REIS TRAVESSA**

**O MICROSSISTEMA JURÍDICO DE TUTELA DA  
MORALIDADE PÚBLICA: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988  
E O GARANTISMO COMO VETORES ORDENADORES.**

Dissertação apresentada como cumprimento do requisito para obtenção de grau de Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em: 10/08/2018

Componentes da Banca:

Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello

Prof. Pós Dr. Dirley da Cunha Jr.

Prof. Dr. Andre Karam Trindade

*À minha mãe,  
Por ser meu lar.*

*A meu pai,  
Por ser minha força.*

*A meu irmão Filipe,  
Por sempre acreditar.*

*A minhas tias, tios, primos e primas,  
Pelo acolhimento.*

*A meu padrasto Paulo,  
Pelas doses diárias de otimismo.*

*A meu orientador,  
Pelos ensinamentos, pela paciência e pela inspiração.*

*A meus amigos,  
Pela compreensão e pelas risadas.*

“Uma vez que nosso senso de realidade depende totalmente da aparência e, portanto, da existência de um domínio público no qual as coisas possam emergir da treva de uma existência resguardada [...]. No entanto, há muitas coisas que não podem suportar a luz implacável e radiante da constante presença de outros na cena pública; nesta, só pode ser tolerado o que é considerado relevante, digno de ser visto ou ouvido, de sorte que o irrelevante se torna automaticamente um assunto privado.”  
Hannah Arendt (2010, p. 63)

“A lei, que devia ser a garantia da igualdade de todos, acima do arbítrio do governo e do poder privado, [...] tornava-se apenas instrumento de castigo, arma contra os inimigos, algo a ser usado em benefício próprio. Não havia justiça, não havia poder verdadeiramente público, não havia cidadãos civis.”  
José Murilo de Carvalho (2016, p. 62)

“A causalidade mágica estimula as reformas legais mais absurdas, porque a imagem transformada em lei também é uma questão mágica. [...] É o mito da caverna, mas não o de Platão que tanto deu o que falar, e sim o do homem das cavernas que saía para caçar com um pedaço de pau.”  
Eugenio Raul Zaffaroni (2013, p. 203)

## RESUMO

A proteção da moralidade pública não é recente no Direito Brasileiro, sendo bem jurídico recorrente tanto no âmbito constitucional quanto legal, porém de pouca ou nenhuma efetividade em refrear lesões cíveis, administrativas e penais. Neste contexto, é promulgada a Constituição Federal de 1988, profundamente ligada à dignidade humana, e eminentemente voltada, portanto, para uma compreensão do Estado como realizador da dignidade humana. As inúmeras ferramentas protetoras das diversas dimensões da dignidade humana, dentre elas a moralidade pública, trazidas pela Constituição Federal de 1988 evidenciam uma compreensão de estruturação sistêmica do ordenamento jurídico conforme valores e princípios direcionados à valorização da pessoa humana. Esta dissertação, assim, fundada na metodologia indutivo-dedutiva e na compreensão sistêmica de unidade axiológica de Canaris, busca consolidar a existência do microsistema jurídico de tutela da moralidade público como o mais adequado para uma tutela jurídica legítima e que efetivamente cumpra a promessa de tutela jurídica.

**Palavras-chave:** moralidade pública; garantismo; Constituição Federal de 1988; microsistema jurídico.

## ABSTRACT

The protection of public morality is not recent in Brazilian law, receiving constitutional and infraconstitutional protection, but these legal rules (civil, administrative and criminal) haven't been of much efficiency. In this context, comes the Federal Constitution of 1988, deeply linked to human dignity, and eminently directed, therefore, to an understanding of the state as a provider of human dignity. The numerous legal protective tools of the various dimensions of human dignity, among them the public morality, brought by the Federal constitution of 1988, makes a systemic structure around the values and principles of human dignity. This dissertation, then, based on the inductive-deductive methodology and in the systemic comprehension of Canaris that the neoconstitutional Constitution builds an axiological unit, seeks to consolidate the existence of a valid legal microsystem of the tutelage of public morality as the most appropriate legal instrument legitimated to fulfill the legal promise of protection of the public morality.

**Key words:** public morality; guarantee; Federal Constitution of 1988; legal microsystem.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO VETOR DOGMÁTICO ESTRUTURANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	15
1.1 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO COMO MODELO JURÍDICO .....	16
1.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUPREMACIA AXIOLÓGICO-VALORATIVA DO DOCUMENTO CONSTITUCIONAL NA “ORDENAÇÃO” DO ORDENAMENTO JURÍDICO ...	21
1.3 O CAMINHAR CONSTITUCIONAL BRASILEIRO .....	25
1.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO CONFORMADORA DA ORDEM JURÍDICA .....	30
<b>2. O GARANTISMO COMO ORDENADOR DAS PRESCRIÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS</b> .....	38
2.1 O GARANTISMO ENQUANTO MODELO POLÍTICO .....	38
2.2 GARANTISMO COMO FILOSOFIA .....	43
2.3 GARANTISMO COMO SISTEMA JURÍDICO .....	46
2.4 GARANTISMO COMO LIMITE AO NEOCONSTITUCIONALISMO .....	51
2.5 GARANTISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	57
<b>3 A MORALIDADE PÚBLICA</b> .....	61
3.1 ÉTICA, MORAL E DIREITO .....	62
3.2 MORALIDADE COMO BEM JURÍDICO .....	66
3.3 MORALIDADE E O NEOCONSTITUCIONALISMO .....	72
3.4 MORALIDADE E O GARANTISMO .....	75
3.5 MORALIDADE NAS CONSTITUÇÕES E NAS NORMAS JURÍDICAS INFRACONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS .....	78
<b>4 MICROSSISTEMA JURÍDICO DE TUTELA DA MORALIDADE PÚBLICA NO BRASIL</b>	84
4.1 A NOÇÃO DE SISTEMA APLICADA AO DIREITO .....	86



<b>4.1.1 A Teoria Geral do Sistema Social Segundo Luhmann</b> .....	86
<b>4.1.2 As Principais Noções de Direito como Sistema</b> .....	90
<b>4.1.3 O Direito como Sistema Axiológico</b> .....	93
4.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O GARANTISMO COMO INSTRUMENTOS DA UNIDADE SISTÊMICA.....	99
4.3 AS NORMAS JURÍDICAS DA MORALIDADE.....	104
<b>4.3.1 Os Dispositivos Cíveis e Administrativos da Moralidade Pública</b> .....	104
<b>4.3.2 As Previsões Penais da Moralidade Pública</b> .....	110
4.4 ELEMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO SISTÊMICA DA TUTELA DA MORALIDADE PÚBLICA.....	111
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	121
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	126

## INTRODUÇÃO

Os desdobramentos de recentes operações investigativas envolvendo atos atentatórios à moralidade pública, supostamente enquadrados como crimes contra a Administração Pública e/ou atos de Improbidade Administrativa, evidenciam não só uma grave fragilidade dos órgãos instituídos, como também, principalmente, o esfacelamento da confiança social nas instituições públicas. Esta instabilidade política e social tem atingido a legitimidade do Estado, exigindo a reestruturação da forma como gestores públicos e particulares lidam com a coisa pública e a percebem enquanto bem coletivo.

No Brasil, sempre houve normas jurídicas que prometeram tutela à moralidade pública, de modo que, desde regulamentações administrativas até leis e constituições, tal temática nunca esteve alheia às normatizações jurídicas. Ocorre que a existência de tais regulações não parece arrefecer o vedado uso particular tanto das funções e cargos públicos quanto da própria máquina pública, demonstrando que não se trata de fenômeno exclusivo deste ou daquele período histórico nacional.

A recorrência e a pujança de tais condutas infratoras (tanto civis quanto administrativas e penais) por muito tempo levou estudiosos à conclusão mais simples de que seria uma prática cultural do povo brasileiro. Entre inúmeras sátiras de personagens da história brasileira e obras ficcionais (notadamente, o romance *“Viva o Povo Brasileiro”* de João Ubaldo Ribeiro), particulares e agentes públicos são costumeiramente retratados ou como alvo de práticas espúrias pelo Estado ou como algozes da saúde da máquina pública (desviando ou apropriando-se de dinheiro público, ou, ainda, utilizando a “influência” do cargo público para satisfazer desejos pessoais).

A dificuldade em retirar a estipulação legal de Estado voltado para o bem-estar coletivo da qualidade de mera previsão escrita não está apenas na ausência de uma estrutura material adequada para a implantação das previsões legais e constitucionais nacionais, mas, principalmente, na falta de percepção do cidadão médio de seu papel enquanto sujeito político. A democracia, no Brasil, é uma acepção tão real quanto a folha de papel de Lassale, quiçá o próprio Estado Democrático de Direito, cuja compreensão para o brasileiro médio reside apenas na necessidade de respeitar protestos de rua, não delinquir a ponto de ser pego por agentes da segurança pública e, ainda, pagar os impostos exigidos pelo Estado. Não bastasse a concepção eminentemente paternalista da maioria dos governos antes da

Constituição Federal de 1988, os cidadãos brasileiros parecem também ter perdido a capacidade de decidir os rumos do seu país ou desconhecem por completo que têm essa importante função.

Neste sentido, em que pese a possibilidade do Direito atuar enquanto ferramenta transformadora da vida social, a função das normas jurídicas é de instrumento auxiliar que tão somente insere no Direito aquilo que já é compreendido majoritariamente pelos indivíduos. Ora, as prescrições jurídicas são, em sua essência, pós-factuais, ou seja, não aparecem antes nem concomitantemente ao fato da vida, de modo que, na verdade, aquilo que é positivado, em regra, reflete o que já é pensado por expressivo número de indivíduos, não existindo Direito sem tal ressonância social. As normas que tutelam a moralidade pública também exigem essa sintonia, ou sua existência nem mesmo seria justificável (sendo, desde seu nascimento, letra morta), não se podendo jamais considerar que uma legislação poderia realizar o processo de transformação social sem ter respaldo nos anseios da maioria dos indivíduos.

A fácil “solução” de recrudescer leis e elaborar outras não confere maior efetividade à tutela de um bem jurídico, mas, em verdade, trata-se de um desvirtuamento da função do Direito. Ora, ver o Direito como forma primária de controle da conduta humana é um equívoco que reduz sua força normativa e, também, a própria eficácia de sua tutela, haja vista a banalização da ferramenta que, ao perder a seletividade protetiva, sofre, por conseguinte, diminuição também na sua capacidade de inibir condutas lesivas. A produção legislativa em “larga escala” ocasiona, ainda, indevida insegurança jurídica, graças às constantes alterações no ordenamento jurídico (o que impacta em sua permanência textual e na difusão do teor de seus comandos diretivos do comportamento), interferindo, assim, diretamente na própria capacidade do Direito de ser efetivo na regulação dos comportamentos.

Para refrear essa produção legislativa em excesso, a Constituição Federal de 1988 traz balizas para conferir legitimidade à norma jurídica, sendo a mais relevante a necessidade de respeito indelével aos preceitos e valores de garantia. Por conseguinte, o filtro constitucional, para conferir validade, demanda uma vinculação formal e também axiológica. Assim, o que se vê é que a Constituição Federal estabelece as ferramentas hermenêuticas e, ainda, as de subordinação material voltadas a garantir esta unidade filosófica do ordenamento.

A pauta diretiva constitucional se expressa, também, sob as prescrições que tutelam a moralidade pública, buscando direcionar a conduta de todos os cidadãos em relação ao Estado (seja como gestor, seja como particular) voltada à satisfação do interesse coletivo. Neste sentido, assim como os demais ramos do Direito, a existência de uma moralidade pública como bem juridicamente tutelado exige, para legítima e válida incidência, o respeito à proporcionalidade e aos preceitos jurídicos e valores positivados na Constituição Federal.

Os parâmetros para legitimidade de uma norma jurídica não foram estipulados de forma vazia pelo constituinte de 1988, mas com a finalidade de não gerar perda de coesão e unidade no ordenamento jurídico. Tais atributos são necessários, pois o Direito não convive com caos ou falta de ordenação, haja vista a precípua função do Direito de fornecer previsibilidade e segurança à vida coletiva. A produção de leis sob o pretexto de necessidades emergenciais é catastrófica, portanto, para a credibilidade não só da norma produzida, mas de todo o ordenamento, colocando em risco a estabilidade do próprio Estado.

O questionamento das razões para uma reduzida efetividade da tutela jurídica da moralidade pública em tempos de neoconstitucionalismo demanda, assim, a compreensão do papel da interpretação nesse processo de densificação prática das previsões jurídicas. Ora, a recente “descoberta” do suposto maior esquema de corrupção da história da humanidade, a intitulada operação “Lava-jato”, evidencia que, em que pese a existência de inúmeras normas legais voltadas para a moralidade pública, não houve o arrefecimento das infrações nem tampouco tais prescrições jurídicas exerceram a função intimidatória esperada. Como não se trata de falta de previsões legais (em verdade, há muitas), o fenômeno reiterado de violação à moralidade pública no Brasil gera alguns questionamentos: quais as razões para a pouca ou nenhuma efetividade de tais normas jurídicas? Seria, como defendem os mais incautos, o exercício dos direitos e garantias um obstáculo para a tutela da moralidade pública? Seria possível restringir, em nome da tutela da moralidade pública, o regime geral de garantias individuais?

Essas perguntas podem ser respondidas por uma adequada compreensão histórica da formação do Direito e de sua função, pois, como se verá nas páginas que seguem, o Direito foi construído como uma ferramenta de proteção do indivíduo, reduzindo a possibilidade de ingerências abusivas e coletivamente não pactuadas. A história do constitucionalismo definiu precisamente a contribuição que deve ser dada pelas normas jurídicas na pacificação social:

proteção contra violações e previsibilidade da atuação estatal. Os bens jurídicos são, por conseguinte, o foco em torno do qual são desenvolvidas as normas jurídicas, haja vista a necessidade de evitar lesões aos valores escolhidos socialmente como mais relevantes.

A qualidade de coerção institucionalizada é o que permite ao Direito o cumprimento de sua função, de onde extrai sua legitimidade, sendo, então, o devido processo legislativo um artifício criado para controle objetivo e público da legitimidade na aplicação do Direito. Os valores democráticos inspiradores do constitucionalismo jurídico demandam, assim, que, em países de Direito Constitucionalista, como o Brasil, haja um procedimento imune a falhas quando se trata de impingir qualquer restrição de direitos a um cidadão, visto que o convívio com o erro de “punir” um inocente é deveras gravoso para o sistema de garantias, que é, portanto, um filtro para apurar a validade de uma norma.

Por sua vez, a concepção dialógica do processo de formação da Constituição Federal de 1988 é um fenômeno do qual o Direito também não pode estar alheio, sob pena de perder sua capacidade de influir na vida social enquanto coerção institucionalizada. Não se trata apenas de satisfazer a prometida tutela, mas, principalmente, da adequação à nova lógica constitucional de remissões recíprocas entre as normas. O processo de constitucionalização, portanto, passa não só pela compatibilização material, mas também por uma relação dialógica de todo unitário entre a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais.

A compreensão do Direito como um sistema é a ferramenta posta à disposição do intérprete pela Constituição Federal de 1988 para alcançar a unidade axiológica fortificadora da efetividade jurídica e sem perder a capilaridade aos fenômenos sociais, tão necessária para a atualização do Direito. Essa lógica sistêmica apregoada pela Constituição Cidadã não permite vulnerar nenhum dos seus núcleos duros, sendo os mais relevantes a preservação do bem coletivo e os direitos e garantias individuais. O esforço hermenêutico é exigido do aplicador do Direito pela Constituição, e sua supremacia não permite questionamentos diante de sua qualidade de norma fundamental do Estado.

A tutela da moralidade pública é justificada não só pela recorrência de atos afrontosos a ela, mas, principalmente, pela necessidade de não ocorrerem desvios no cumprimento da função do Estado de gerir a vida coletiva em prol do interesse geral. Como se verá adiante, a qualidade de bem jurídico da moralidade pública é, portanto, inquestionável, inclusive inúmeras normas jurídicas brasileiras já a tutelam. Ocorre que essa multiplicidade de

prescrições jurídicas protetivas não é aplicada de forma dialógica, estando, por isso, comprometidas em sua legítima aplicação graças à inadequação ao valor do garantismo e à lógica sistêmica introduzida pela Constituição Federal de 1988.

Sob a provocação de tais inquietações, surgiram as seguintes perguntas de pesquisa: é possível a aplicação sistêmica das normas jurídicas que tutelam a moralidade pública? Em que medida essa ordenação sistêmica contribui para uma tutela mais efetiva do bem jurídico? Se o ordenamento jurídico nacional for compreendido como um sistema, então quais são os vetores que congregam este microssistema de tutela da moralidade pública?

Esta dissertação, através de pesquisas doutrinárias (com aportes teóricos de Ferrajoli, Larenz, Canaris, Streck, Mello, Cunha Junior, Gracia, Canotilho, Sarlet, Sbardelotto, Prado, Trindade, Figueiredo, Costa, Cammarosano e diversos outros) e do método dedutivo, pretende demonstrar, nas páginas que seguem, os fundamentos jurídicos e valorativos dessa unidade sistêmica entre os diversos diplomas normativos que tratam da tutela da moralidade pública no Brasil, inclusive destacando o impacto desta aplicação conjugada para uma proteção jurídica mais eficiente tanto para a moralidade pública quanto para os direitos e garantias individuais.

Assim, nos dois primeiros capítulos, são apresentados os dois limites que sistematizam o ordenamento jurídico brasileiro: os princípios e valores da CF/1988 e os direitos e garantias individuais. No terceiro capítulo, é apresentada a moralidade pública como valor e bem jurídico, demonstrando-se, ainda, a existência de dispositivos de tutela da moralidade pública na história brasileira. No quarto capítulo, são apresentadas as características que permitem afirmar a existência desse microssistema jurídico em torno da moralidade pública com a apresentação dos elementos agregadores para uma unidade sistêmica, quais sejam o bem jurídico tutelado e os princípios e institutos que autorizam essa aplicação conjunta.

## **1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO VETOR DOGMÁTICO ESTRUTURANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O Direito é instrumento que se pretende a normatizar a realidade social, portanto os problemas sociais de cada época podem ser entendimentos à luz dos seus documentos jurídicos em uma abordagem tanto histórica quanto de conteúdo. Assim, o impacto normativo e social dos direitos fundamentais enquanto fundamento jurídico deve ser entendido conforme o momento jurídico-normativo atual de supremacia da Constituição, que, por sua vez, é uma construção histórica do constitucionalismo enquanto fenômeno social desde seus antecedentes mais antigos, passando pelo seu modelo clássico/moderno, chegando ao neoconstitucionalismo.

Muito antes do surgimento das constituições modernas, já existiam documentos jurídicos que explicitavam regras jurídicas disciplinadoras do exercício do poder estatal, de modo que, desde que os primeiros documentos escritos regulamentadores do exercício do poder do dirigente do Estado (como a Magna Carta e o *Habeas Corpus Act*), já era possível falar no nascimento dos fundamentos jurídicos para a formação do paradigma normativo da constituição. A distinção entre tais instrumentos reguladores antigos e a constituição jurídica situa-se no papel peculiar do documento constitucional de promover uma ordenação metodológica da força política: apresentação de elenco de direitos, disposição sobre a forma como poderia ser exercido o poder e, também, estruturação de uma noção normativa de como devem ser produzidas as regras jurídicas infraconstitucionais.

Ademais, não se pode confundir a existência de regras jurídicas com o constitucionalismo, pois o Direito, enquanto criador de normas de conduta humanas, existe desde a Antiguidade Clássica (com Aristóteles, Platão e outros). Já com a codificação foi possível perceber a relevância coercitiva de não só fazer uso do Direito como instrumento veiculador de regras de comportamento, mas, principalmente, do potencial controlador de uma consciência estruturada juridicamente.

Por sua vez, com o constitucionalismo, as normas jurídicas não mais ficaram centradas na dúplex tarefa de prescrever condutas e instaurar um sentimento de ordem institucionalizada, passando também a disciplinar o agir estatal para além do absentismo e, adicionalmente, demandando certas prestações materiais positivas (não mais apenas negativas) do Estado. Instaura-se, então, com o constitucionalismo, a qualidade do Estado de

gestor da vida coletiva, devendo direcionar suas forças para a materialização no âmbito geral de prestações que se expressam individualmente. O Direito, portanto, apesar de não deixar de ser um espaço protetivo/garantidor dos direitos individuais, transforma-se também em um veículo de preceitos que materialmente direcionam a atuação satisfativa do Estado enquanto provedor da individualidade humana em um viés de progressiva satisfação isonômica.

O constitucionalismo, assim, enquanto modelo jurídico-social, emancipou coletivamente as comunidades humanas (despersonificando o poder político, que saiu da titularidade privatista do governante passando à coletividade) e, principalmente, cristalizou um rol de direitos individuais mínimos, que colocou na condição de fundamento tanto dos deveres estatais quanto do exercício de qualquer potestade pelo Estado (deveres de prestação).

### 1.1 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO COMO MODELO JURÍDICO

O constitucionalismo propriamente dito somente apareceu na Idade Moderna, porque foi nesse momento histórico que o documento constitucional não ficou mais restrito à condição de carta de direitos limitadora dos poderes estatais: absorvendo a estruturação metodológica da codificação, conformou-se como uma reunião de regras jurídicas que, pelo teor de decisões políticas fundamentais do Estado, condicionavam a validade das demais, estruturando um processo dialógico irradiador de um sentimento de ordem jurídica.

A constituição moderna estruturou-se, por conseguinte, como um documento jurídico criador de uma sistemática política ao disciplinar a ritualística das funções de cada braço do Estado e prescrever rol mínimo de deveres prestacionais, deixando evidente, assim, que o sistema político, enquanto organograma gerencial de atores com atribuições definidas (via técnica da repartição de competência e sistema dos freios e contrapesos), deveria, nos Estados Constitucionais, funcionar como garantidor no âmbito coletivo dos direitos e garantias individuais. Neste ponto, merece destaque o seguinte trecho de Grimm (2006, p. 60):

Em particular, a limitação do Estado teve lugar através do estabelecimento de barreiras pela forma de direitos fundamentais e da mediação entre Estado e sociedade, através da eficácia normativa organizadora promovida pela divisão de



poderes. Os direitos fundamentais limitam a capacidade de regulação estatal<sup>1</sup> [...] (GRIMM, 2006, p. 60)

Os movimentos jurídicos modernos e seus documentos constitucionais escritos foram, por conseguinte, marcantes pelo fenômeno da codificação escrita, pelo fim da secularização do Estado e pelo esquema organizador estatal, colocando como inderrogável, sempre, que este modelo orgânico se volta aos anseios do titular do poder político, o povo, repudiando qualquer uso primordialmente privado/individual. Tais características permitiram uma reestruturação da funcionalidade do próprio Estado: a garantia de direitos e a segurança jurídica promovidas pelo ente estatal voltar-se-iam para a implementação da cidadania jurídica no âmbito geral.

Por isso que se diz que o positivismo jurídico, enquanto antecedente histórico do constitucionalismo, foi, em uma perspectiva de desempenho funcional estruturador de uma mentalidade jurídica, um passo necessário ao desenvolvimento do fenômeno constitucional. Ora, a positivação e a codificação enquanto técnicas permitiram a compreensão da relevância organicista na reunião das principais garantias individuais em um único corpo de leis, facilitando não só a difusão do teor de tais normas jurídicas protetivas a todos os indivíduos, mas também autorizando a criação de programas de atuação ao dirigente público, o que, por conseguinte, ocasionou o efeito circular de autorreforço entre estas prescrições jurídicas, potencializando a tutela jurídica (agora, absenteísmo e prestacional). Nasce, então, a Constituição, que, desde seus influxos primevos, já promoveu o efeito integrador de autofundamentação endógena que Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, atribuiu à norma hipotética fundamental: congregou em torno da tutela e proteção do indivíduo o ponto fulcral de todo o Direito.

Neste sentido, o efeito da reunião em um único texto constitucional (aplicação da técnica da codificação civilista) das normas essenciais em um Estado permitiu a elevação da própria legitimidade de cada norma constitucional, já que, com a compilação, instaurou-se uma relação dialógica entre as prescrições constitucionais. A singularidade das normas do texto constitucional passou a ser não só apenas pela elevada relevância do conteúdo, mas,

---

<sup>1</sup> “En particular, la limitación del Estado tuvo lugar mediante el establecimiento de barreras bajo la forma de derechos fundamentales y la mediación entre Estado y sociedad, a través del derecho organizativo bajo la forma de la división de poderes. Los derechos fundamentales limitaban el ámbito de la capacidad de regulación estatal [...]”

principalmente, pela constante remissão recíproca entre elas. Ademais, a reunião em um mesmo suporte permitiu também uma maior difusão do conhecimento sobre os limites da atuação governamental e os direitos que materialmente deveriam ser prioritariamente buscados pelo Estado. Por sua vez, a disseminação do conhecimento quanto ao teor de tais normas permitiu o incremento da postura de cada indivíduo de reivindicar/exigir que o Estado realize as prescrições constitucionais.

Assim, as primeiras Constituições modernas, na qualidade de grandes compilações das normas essenciais, criaram uma consciência coletiva sobre os direitos e deveres de cada indivíduo. Essas cartas de direitos permitiram, então, instaurar um sentimento de lei garantista, pois, segundo Mello (2009, p. 64), ao conferir densidade normativo-constitucional aos direitos individuais, as Constituições Modernas vincularam a atuação do Estado para além da sua interferência na vida privada, mas instituindo mandados de otimização a serem satisfeitos enquanto justificativa para a existência da própria máquina estatal. Assim, em que pesem as críticas de que as previsões de direitos e deveres foram instrumentos de igualdade apenas formal, tais normas constitucionais já representaram um significativo avanço, visto que proporcionaram a satisfação das necessidades de segurança e de certeza, conformando um sentimento de ordem e previsibilidade que, no período histórico anterior aos Estados-nação modernos, não existia, afinal o Direito limitava-se a ser a expressão escrita dos costumes sem qualquer função de limitação dos poderes estatais.

Desse ponto de partida, desenvolveu-se, no constitucionalismo moderno, extenso conjunto de normas, permitindo, inclusive, que tais noções sistematizadoras do poder político se projetassem para além das fronteiras de cada Estado-nação no sentido de conformar uma noção universal de direitos inatos à condição humana. Com a globalização da noção de constituição moderna enquanto documento jurídico essencial, permitiu-se, por sua vez, o desenvolvimento do próprio constitucionalismo enquanto fenômeno histórico que promove mudanças sociais e não apenas é reflexo delas.

A partir das Declarações de Direitos do século XVIII (Declaração de Direitos dos Povos da Virgínia de 1776, Declaração Francesa de 1789 e Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), o constitucionalismo assumiu a qualidade de ente supranacional e de verdadeiro símbolo de normas jurídicas voltadas para os direitos inerentes ao humano, consolidando uma teoria geral dos direitos fundamentais. Não foi somente pelo fato do Estado

atuar também como implementador de um rol de direitos, mas, notadamente, pelos influxos que a própria fundamentalidade imprimiu/irradiou na construção do espaço de diálogo entre as diversas prescrições jurídicas, de modo que, inclusive, foi iniciada a construção de um modelo de diretrizes interpretativas fundado nos valores expressos em tais normas. Assim, as prescrições constitucionais passaram a exercer regulamentação tríplice (dos limites à atuação na esfera individual, dos direitos a ser primordialmente satisfeitos e, ainda, dos valores que devem pautar todo o conjunto de normas jurídicas naquele Estado-nação), situando, então, como disse Pozzolo (1998, p. 347), “o documento constitucional como um instrumento capaz de modelar as relações sociais, e não como um mero instrumento de limitação do poder político e garantia de direitos individuais”<sup>2</sup>.

O constitucionalismo, que nasceu como uma filosofia liberal, ou seja, fundado nos direitos e garantias individuais (1ª dimensão dos direitos humanos), caminhou para um constitucionalismo social, este complementando o rol dos direitos com os de índole social (2ª dimensão dos direitos humanos), os quais passaram a demandar um agir estatal garantista no sentido prestacional; e, por último, transformou-se em um constitucionalismo fraterno (3ª dimensão), que adicionou ao rol outros de índole coletiva. Esta teoria das dimensões dos direitos humanos evidenciou a característica historicista dos direitos fundamentais, deixando ainda mais clara a importância da teorização dos direitos do indivíduo na consolidação das funções do documento constitucional de veículo de valores e de instrumento de efetivação de direitos.

A globalização do constitucionalismo moderno é sintetizada por Sarlet (2017, p. 57-58), que, em uma leitura conjunta das primeiras experiências constitucionais (Francesa, Inglesa e Americana), conclui que a força de tais fenômenos no mundo jurídico alçou o constitucionalismo à qualidade de único espaço de construção de normas jurídicas capazes de promover a organização do Estado. Não por outra razão, os países que ainda estavam formando seus Estados-nação adotaram modelos constitucionais inspirados em um destes três constitucionalismos, o que permitiu o fortalecimento do próprio modelo jurídico constitucional, e, ainda, acabou por forjar a compreensão de que o Estado Constitucional deve ser também um Estado de Direito e vice-versa (só é juridicamente estruturado aquele país que adote uma Constituição).

---

<sup>2</sup> “[...] el documento constitucional como un instrumento capaz de modelar las relaciones sociales, y no como un mero instrumento de limitación del poder político y garantía de derechos individuales.”

Por conseguinte, foi esse processo de acumulação de vivências constitucionais o que permitiu à Constituição ir além da mera limitação de poderes, passando a exercer não só influências garantidoras, mas também a formar uma mentalidade política cunhada na cidadania, o que permite afirmar que, segundo Canotilho (1997, p. 51), o constitucionalismo é uma teoria que normatiza a política, já que não só garante direitos e limita poderes mas, principalmente, situa o nascedouro da legitimidade do poder político do Estado no povo, vinculando à satisfação dos direitos de cada indivíduo humano os dirigentes estatais quando no exercício do complexo de poderes da máquina estatal.

Ora, como a legitimidade do exercício do poder estatal reside exatamente na sua funcionalidade enquanto agente garantidor e efetivador dos direitos dos indivíduos, a qualidade fundamental de tais direitos exige que sejam expressados no documento constitucional (e também aqueles infraconstitucionais de densidade valorativa fundamental), inclusive sem a possibilidade de sua abolição da ordem jurídica. São exatamente os valores consagrados nos direitos fundamentais que permitem situá-los em espaços intransponíveis em absoluto até para o constituinte derivado e, ainda, na qualidade de parâmetros interpretativos de compreensão das normas infraconstitucionais. A obrigatoriedade de respeito ao conteúdo das normas constitucionais conjugada com a previsão de instrumentos de hermenêutica constitucional transformaram as prescrições constitucionais em preceitos de interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Ademais, a disseminação do constitucionalismo moderno foi, ainda, a propagação de um modelo político (modo de exercer/mover o Estado voltado ao indivíduo, incrementando a igualdade formal com uma atuação de efetivação de uma igualdade material), autorizando a conclusão de que o processo histórico de afirmação do fenômeno constitucional foi, na verdade, um meio de construção do papel da constituição na promoção da transformação social. Então, como disse Canotilho (1997, p. 1405) citando John Rawls, a teoria de direitos fundamentais expressada na Constituição clássica, por seu conteúdo axiológico fundamental, atuou de forma emancipatória sobre o homem moderno, permitindo-lhe agir na construção do espaço político livre de amarras e “seguro” quanto à inderrogabilidade de seus direitos essenciais.

Essa relação simbiótica e de interdependência entre a consolidação de um conjunto de direitos inerentes à condição humana (limite intransponível pelo ente estatal e por qualquer

indivíduo) e a formação de um modelo político de Estado (exercendo seus poderes dentro de esfera definida para respeitar direitos e promover outros) germinou, portanto, este novo *status* do documento constitucional, posição jamais alcançada pelos instrumentos jurídicos que o antecederam (como os Códigos).

## 1.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUPREMACIA AXIOLÓGICO-VALORATIVA DO DOCUMENTO CONSTITUCIONAL NA “ORDENAÇÃO” DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O acréscimo desse papel de irradiação de valores para todo o ordenamento jurídico permitiu ao documento constitucional alterar o próprio paradigma/modelo clássico de estrutura organizacional do Direito: toda a ordem jurídica agora seria estruturada a partir e em função dos preceitos constitucionais, de modo que as normas jurídicas encontrariam legitimidade e validade apenas se estivessem em conformidade com o texto constitucional. A qualidade de ponto fundante do ordenamento jurídico a que foi alçada a constituição, como disse Gracia (2006, p. 40), transformou a própria percepção do Direito (dentro e fora da Ciência Jurídica), exigindo que as prescrições jurídicas fossem voltadas aos anseios sociais tanto no sentido prescritivo quanto na capacidade de realização no plano material, de modo que o documento constitucional passou, portanto, a dirigir a atuação dos Poderes instituídos nos âmbitos inibidor e concretizador.

O neoconstitucionalismo, ao colocar a Constituição no *locus* de centro normativo-estruturador, promoveu uma mudança de paradigma e de modelo jurídico, haja vista que, com a assunção do documento constitucional à qualidade de meio concentrador dos valores elementares, as prescrições constitucionais passaram a exercer força vinculante sobre toda a ordem jurídica, determinando, assim, a reformulação das normas infraconstitucionais. A centralidade axiológica assumida pela Constituição confere-lhe, precipuamente, a qualidade de fundamento legitimador de todas as demais prescrições jurídicas, permitindo a estruturação de um sentimento de ordem normativa.

Neste sentido, a ordenação promovida pela Constituição neoconstitucional não se deu apenas via subordinação técnico-normativa, mas também com vistas à obediência a uma “moral” jurídica mínima que se expressa por todo o texto constitucional. Comanducci (2002, p. 100) preceitua, inclusive, que, ideologicamente, o neoconstitucionalismo é veículo de uma

moral (no sentido de conjunto de valores) que se efetiva com a institucionalização da obrigação destinada a todos os indivíduos de prestarem obediência às prescrições constitucionais e às normas infraconstitucionais que estejam conforme as primeiras.

Assim, a posição do documento constitucional de núcleo da ordem jurídica permitiu-lhe exercer uma força centrípeta (e ao mesmo tempo também centrífuga ou irradiadora de valores) sob o conjunto das normas jurídicas, ordenando-as e hierarquizando-as. Este conjunto de normas organizado sistematicamente, então, ao se voltar constantemente a este centro, acabou também por lhe reforçar a legitimidade e atuação coercitiva, e é este processo de autorreforço um dos instrumentos promotores da agregação entre as normas. Por conseguinte, a centralidade da Constituição, ao determinar que as demais leis e normas jurídicas encontrem tanto seu fundamento inicial quanto o final nas prescrições constitucionais, atuou como fator para uma efetiva agregação das normas, permitindo, então, a formação de um ordenamento jurídico.

Neste sentido, Gracia (2006, p. 39-40), em citação de Prieto Sanchís, recorda que a constituição neoconstitucional, além de limitar o poder, age como fundamento de validade e eficácia de toda e qualquer norma jurídica, funcionando, então, como criadora de uma ordem fundamental do Estado. Ora, o perfil constitucional de agregação axiológica, enquanto instrumento de ordenação jurídico-política, envia comandos à máquina estatal tanto através de normas constitucionais quanto de normas infraconstitucionais, sendo que estas últimas estão sempre em diálogo com as primeiras, evidenciando que há um duplo direcionamento para os valores expressos na Constituição.

A alteração da centralidade do ordenamento jurídico das leis (reunidas em códigos) para a constituição foi, portanto, um novo desdobramento da transformação do Direito enquanto instrumento estatal conformador de condutas. Esta mudança promovida pelo neoconstitucionalismo foi um avanço, pois a organização, antes feita via instrumentos jurídicos totalizantes como os códigos, era pautada majoritariamente por valores especializados e não universais, perfil axiológico que muda substancialmente quando a Constituição passou a fazer o papel de instrumento jurídico ordenador, haja vista ser conjunto de normas dotadas de generalidade e informadas por valores universais voltados para a dignidade humana.

Ora, a capacidade agregadora/ordenadora de instrumentos dotados de valores gerais é maior que de documentos jurídicos acastelados em áreas temáticas (como os códigos), sendo possível concluir, então, que, com o neoconstitucionalismo (ápice da Constituição na centralidade do ordenamento), dada a generalidade das prescrições constitucionais, estruturou-se uma ordem jurídica mais perene, já que fundada em uma unidade matricial comum a todas as normas jurídicas das diferentes áreas temáticas. É exatamente essa unidade axiológica que leva a uma menor necessidade de alteração textual das normas e, ao mesmo tempo, permite uma maior capilaridade às mudanças sociais constantes.

Com a supremacia valorativa da Constituição, a sistematização do ordenamento jurídico continuou a ser promovida infraconstitucionalmente pelo código, que, porém, agora, deve fazê-lo conforme os valores constitucionais, reforçando a segurança jurídica já orquestrada no âmbito macro pelas normas constitucionais. Assim, o código, tal qual a Constituição (também uma codificação, porém de normas primevas/primordiais), exerce, dentro do ramo especializado (e, por óbvio, submetendo-se aos ditames constitucionais), esta função de ser pressuposto de válida exigência do cumprimento de uma norma jurídica e, também, de válida violência sob o indivíduo descumpridor, incrementando a unidade do ordenamento mais uma vez via duplo autorreforço das prescrições constitucionais.

Instituiu-se, então, com o novo papel do documento constitucional, uma nova divisão de funções entre os dois instrumentos jurídicos totalizantes de uma ordem jurídica: a constituição integrando e ordenando todos os ramos, e os códigos sistematizando prescrições jurídicas menos gerais e acrescentando aos critérios ordenadores constitucionais aqueles da sua específica área temática. A ordenação e sistematização do conjunto de normas jurídicas de um país passou a ser, portanto, mais fortalecida e em dois níveis, aumentando a previsibilidade (e conferindo maior segurança jurídica também).

É dessa circularidade ordenadora e legitimadora que se deriva a legitimidade da atuação jurídica na esfera individual, afinal, como disse Natalino Irti (1992, p. 19), os códigos, enquanto expressão escrita dos valores do liberalismo, densificam o mundo da seguridade, permitindo um viver social sem riscos. É exatamente este o significado constitucional dos códigos, que consolidam a filosofia por trás das normas constitucionais, de modo que, se por um lado, os documentos constitucionais garantem o exercício das liberdades dos indivíduos, os códigos, por outro, não permitem que o poder político viole a vida privada dos indivíduos e lhe demanda a satisfação de certas necessidades humanas mínimas.

As normas jurídicas, quando organizadas em conjunto ordenado, passam a ter um reforço da sua própria coercibilidade, tendo em vista que seu fundamento de validade e legitimidade não só deriva do próprio contrato social, mas também de outras normas jurídicas, notadamente no modelo constitucionalista de supremacia da Constituição enquanto norma fundamental. Teubner (1989, p. 38) diz que é essa circularidade, a que ele chama de *autopoiese*<sup>3</sup>, que permite a unidade e, ainda, que um conjunto ordenado de normas conceba-se completo em si mesmo. Ademais, a partir dessa relação de autorreferência, desenvolvem-se outras inúmeras relações entre as normas jurídicas que, também fazendo uso da circularidade, promovem a sistematização operacional voltada para a formação de uma unidade axiológica.

Assim, a Constituição neoconstitucional fez exatamente o reforço desse vínculo singular entre as normas jurídicas que se encontram em um conjunto organizado, inclusive utilizando-se das codificações de um ramo específico, consolidando a qualidade de sistema do conjunto de normas jurídicas ordenadas sob o influxo de um documento constitucional. Neste sentido, como diz Mello (2011, p. 12), a teoria geral do sistema preceitua que há um vínculo funcionalmente singular entre normas jurídicas que se retroalimentam, característica esta encontrada em ordenamentos jurídicos que se pressupõem efetivamente “ordenados”.

A “sistematização” das normas jurídicas promovida pela Constituição pós-moderna (ou seja, aquela que promove a ordenação segundo parâmetros moral-valorativos), dada a existência de unidade axiológica, permite, ainda, mais facilmente identificar a matriz de valores para dada sociedade, o que possibilita a percepção daquilo que é tido como essencial a demandar a tutela jurídica naquele Estado.

Conclui-se que o neoconstitucionalismo, então, traz uma nova dinâmica entre Direito e Estado, de modo que exige das normas jurídicas que estejam mais voltadas para a vida real, como diz Shier:

As constituições deste outro contexto organizam-se, basicamente, sob uma regulação mais material, preocupada em estabelecer a legitimação substancial do direito, das decisões, da política e da comunidade. Assim, neste quadro, vê-se os

---

<sup>3</sup> Em que pese o entendimento de Teubner de que o sistema jurídico é fechado em si mesmo (autopoietico), o seu pensamento foi trazido aqui apenas e tão somente para emprestar a explicação do efeito elíptico de reforço da própria legitimidade que uma norma jurídica (inclusive a Constituição) produz ao vincular outras normas. E é exatamente a este efeito que se confere boa parte do crédito da estruturação sistematizadora das normas jurídicas. O esclarecimento se faz necessário, já que o aporte teórico maciço deste trabalho é inspirado na compreensão de Ferrajolli sobre o direito enquanto sistema heteropoietico, ou seja, que precisa de aportes teóricos externos a fim de legitimar sua própria aplicação. Ademais, a compreensão sistêmica desta dissertação está mais alinhada com a visão de sistema de Canaris e a de Larenz, como se verá mais a frente.



seguintes fenômenos: (i) maior presença da constituição em detrimento da lei; (ii) maior presença do juiz em detrimento do legislador; (iii) maior participação dos princípios em detrimento das regras; (iv) mais ponderação e menos subsunção; (v) vinculação do Estado à Constituição como "limitação", mas também como "prestação" e legitimação material; (vi) maior heterogeneidade axiológica dos textos constitucionais e, logo, mais pluralismo; (vii) aproximação entre direito e moral; (viii) ênfase na substância, sem contudo abandono da forma, do procedimento e, finalmente, (ix) eixo teórico fundado na teoria da argumentação sob perspectiva do pós-positivismo. (SCHIER, 2013, p. 09).

A conexão com a realidade fática é essencial para a própria legitimidade das normas constitucionais, combatendo o que Savigny chamou de “fossilização” do Direito.

### 1.3 O CAMINHAR CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A história dos movimentos constitucionais permite afirmar que os preceitos expostos em cada constituição sempre foram aqueles de maior grandeza ainda que em períodos em que sequer se falava em supremacia do documento constitucional. Neste sentido, com a colocação da Constituição na qualidade de norma suprema, a análise do documento constitucional de um país, notadamente através dos instrumentos de tutela que prevê, permite perceber o grau de relevância de cada bem jurídico em um dado Estado-nação. Por conseguinte, a pluralidade e a pujança dos instrumentos de tutela que o texto constitucional destina a este ou aquele bem jurídico permite compreender exatamente quais os valores mais relevantes para o ordenamento jurídico daquele país, como conclui Natalino Irti:

O Estado descrito na Constituição republicana não se limita a elencar as regras do jogo, que antes era totalmente determinado segundo a iniciativa e a responsabilidade dos indivíduos. Junto às normas liberais, em que foram garantidos os direitos dos indivíduos e criadas proteções contra as ingerências públicas, são encontradas agora normas de finalidade: aqueles que dizem ao Estado fins a serem perseguidos ou indicam resultados úteis ao bem estar comum.<sup>4</sup> (IRTI, 1992, p. 24)

Ora, a análise preliminar sobre o panorama da história constitucional brasileira, deixa evidente que, desde a Carta de 1824 (época do Império), sempre houve preocupação por parte

---

<sup>4</sup> “El Estado descrito en la Constitución republicana no se limita a custodiar las reglas de un juego, dejado por entero a la iniciativa y a la responsabilidad de los particulares. Junto a normas de la tradición liberal, que garantizan los poderes de los particulares y les ponen al abrigo de ingerencias públicas, encontramos ahora normas de finalidad: las cuales asignan al Estado fines a perseguir o indican resultados útiles al bienestar común.”

dos documentos constitucionais com os valores eminentemente liberais. Ainda que marcada por um aparelho estatal conservador de atuação não emancipatória (inclusive, com a previsão em uma delas de um quarto poder, exercido apenas pelo monarca, para controle dos demais), as primeiras constituições brasileiras jamais abriram mão de garantias aos direitos liberais clássicos, tipicamente vinculados às classes burguesas, evidenciando a importância deste seguimento social.

Como recorda Carvalho (2016, p. 35), “combinando ideias de constituições europeias, como a francesa de 1791 e a espanhola de 1812”, a Constituição de 1824 previu inúmeros instrumentos jurídicos para ordenar o Estado Brasileiro apenas e tão somente em função do exercício do poder político, e não com a finalidade de construção de unidade valorativa suprema nem de permitir a construção de espaços democráticos, inclusive, em certos momentos, havia permissão de alteração do texto constitucional nos mesmos moldes das normas infraconstitucionais. Ora, não por outra razão que Sarlet (2017, p. 236), falando da Constituição de 1824 (a primeira e, também, uma das mais longevas no Brasil), afirma que “apesar de positivar um extenso elenco de direitos civis e políticos [...], a Constituição Política do Império do Brasil viveu por mais de setenta anos admitindo os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata”.

Nem mesmo com a República, o país rompeu com a tradição conservadora centralizadora ou com o modelo de direitos eminentemente liberal-burguês, alterando-se apenas o regime político monárquico para o republicano. Continuou, portanto, o sistema de manutenção das estruturas sociais vigentes há séculos, inclusive, a Constituição de 1891, a primeira da República, excluiu os poucos direitos sociais antes garantidos na de 1824, evidenciando a falta de um projeto nacional de constitucionalismo.

Apesar da apatia social dos primeiros documentos constitucionais da República brasileira, houve firme rompimento com o antigo modelo monárquico, inclusive com detalhado disciplinamento do sistema republicano do tipo federativo com duas instâncias políticas decisórias, mantendo-se, porém, a centralização política na União. Na Constituição de 1891, avançou-se no que diz respeito ao controle valorativo que o documento constitucional exerce sob o restante do ordenamento com a instituição da rigidez para a alteração da Constituição e a criação do Supremo Tribunal Federal.

Também houve progresso normativo, por conseguinte, em termos de consolidação de direitos e garantias individuais, o que não se refletiu na realidade sócio-política que continuou marcada por uma grande desconexão com os anseios da maioria da população e por arranjos para a manutenção dos grupos oligárquicos no controle das estruturas estatais. Assim, a república, para o desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, não representou progresso, apenas a troca do monarca ditatorial pela figura dos representantes da “Política do Café com Leite”, reafirmando o imaginário social geral da atuação estatal em prol dos ganhos desta ou daquela classe social. Sarlet (2017, p. 239-240), inclusive, considera que a Constituição de 1891 era um veículo das pretensões da classe dominante que, graças à essa desconexão com a maioria da população, não continha prescrições normativas que espelhassem uma intenção ordenadora politicamente, o que, portanto, permitiu que não resistisse às transformações sociais que se seguiram.

Os demais documentos constitucionais foram marcados por um importante amadurecimento normativo, lembrando Carvalho (2016, p. 92), com destaque, para o compromisso formalmente assumido com os direitos sociais diante da previsão de extenso rol de direitos espalhados em diversos capítulos no texto da Constituição e na formação de instituições estatais voltadas para a implantação desses direitos (como o fortalecimento da Justiça do Trabalho e a criação de entes previdenciários). Apesar desse progresso na previsibilidade jurídico-formal de direitos sociais, os textos constitucionais de 1934 e de 1937 foram fortemente marcados pelo componente ideológico do fascismo, o que representou um retrocesso para os direitos político-individuais.

A virada seguinte na história constitucional brasileira foi singularizada por dois períodos de totalitarismo, primeiro com a era Vargas, em seguida com outro movimento ditatorial, desta vez militar. É preciso destacar que o breve período democrático entremeando estes momentos totalitários evidencia apenas que foram anos de muita instabilidade política e jurídica na história nacional, deixando clara a distância entre o constitucionalismo desenvolvido no Brasil e aquele voltado à consolidação da Constituição como centro do ordenamento jurídico. Ainda que por matrizes ideológicas distintas, os dois períodos foram marcados por governos (e, por conseguinte, documentos constitucionais) profundamente voltados para o controle estatal sobre qualquer manifestação individual (em que pese a garantia formal de liberdade de imprensa e de organização política até 1964), significando,

então, retrocesso absoluto nos direitos de 1ª dimensão, que, como dito, identificam-se com o próprio nascimento do constitucionalismo.

Em que pese não ser possível vaticinar que nesses dois períodos não houve constitucionalismo no Brasil, o conservadorismo exacerbado e a ausência de limites claros ao exercício do poder pelo Estado, que singularizaram estas épocas históricas brasileiras das demais, permitem afirmar que este período da história brasileira foi marcado pela ausência de sentimento de constituição. Neste sentido, a “facilidade” na supressão dos direitos, como recorda Carvalho (2016, p. 112), inclusive com a aparente “aceitação” social dos regimes totalitários, permite a conclusão de que verdadeiramente “os avanços democráticos” ocorridos nos anos anteriores jamais chegaram a uma consolidação nem à vivência do brasileiro médio, sendo apenas letra de lei muito distante da consolidação prática, reforçando mais uma vez a afirmação de que não se viveu, no Brasil, uma democracia até 1988.

Como, nas palavras de Canotilho (1997, p. 51), “constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”, não é possível falar, assim, que os documentos constitucionais destes dois períodos ditatoriais foram reflexo do fenômeno jurídico-social do constitucionalismo. Inclusive, especificamente sobre o texto constitucional de 1967, Sarlet (2017, p. 247) lembra que foi tão grande a ruptura com os paradigmas constitucionais clássicos que havia “dentre outras questões, a possibilidade de o Poder Executivo suspender direitos políticos e cassar mandatos eleitorais em todas as esferas legislativas e de governo”.

Durante o longo período da ditadura militar, os expedientes radicais utilizados pelos militares, como os conhecidos “atos institucionais”, ocasionaram a quase supressão das liberdades públicas, inclusive houve a cassação por 10 anos dos direitos políticos de indivíduos específicos, como recorda Carvalho (2016, p. 164). Foi afetada até mesmo a gestão negocial com a instabilidade jurídica, o que, portanto, levou a um imenso desgaste político dos regimes militares ultranacionalistas e redutores das liberdades individuais.

Com o enfraquecimento político e as pressões estrangeiras, iniciou-se um processo de redemocratização política, inclusive com um movimento sócio-político jamais visto na história brasileira até então: as “Diretas Já” que, como recorda Carvalho (2016, p. 196), mostrou o começo da percepção do povo brasileiro de seu importante papel político. Em

seguida, a eleição, ainda que indireta, de um presidente para coordenar o período de transição até a promulgação do novo documento constitucional, a Constituição Federal de 1988.

A riqueza dos períodos antes e durante a constituinte de 1988 refletiu-se no texto constitucional de 1988, de acentuado viés democrático, com extensas prescrições sobre competências e atribuições de cada ente e de cada Poder (inclusive com destaque para o instituto da intervenção federal, criado para, entre outras finalidades, garantir a separação de poderes e o respeito às leis orçamentárias). Trouxe, ainda, extenso disciplinamento de viés social, com destaque, notadamente, para o rol de direitos fundamentais tanto individuais quanto coletivos.

A pluralidade de valores e preceitos expressos na Constituição Federal de 1988 trata-se não só de produto do seu processo singular, que contou com grande participação popular, mas também de fruto pela opção de instaurar uma ordem constitucional fundada na dignidade humana. A construção textual do documento constitucional de 1988 e sua divisão de capítulos deixam a clara mensagem de que o Estado Brasileiro deve guiar sua atuação em prol da dignificação dos inúmeros brasileiros, promovendo a inclusão e o acesso de todos aos mais diversos direitos, rompendo com o discurso de manutenção das estruturas sociais como dantes, inclusive com a criação e o fortalecimento de instituições e instrumentos voltados à realização destes.

No que diz respeito à estabilidade normativa e a força ordenadora, foram definidos parâmetros de alteração constitucional diferenciados tanto na forma (com disciplinamento sobre iniciativa, quórum e tramitação) quanto na temática, inclusive com instituição de rol de direitos que não poderiam ser abolidos nem sofrer redução, deixando expresso, por conseguinte, a vedação ao retrocesso social. A atuação dirigente da CF/1988 desdobra-se, inclusive, como recorda Comanducci (2002, p. 100), na exigência aos Poderes instituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) de desempenharem suas funções respeitando os limites constitucionais e, principalmente, promovendo a efetiva implantação/concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, com a dignidade humana como fundamento, a atribuição da qualidade de não-reformável aos direitos fundamentais e a imposição de que todas as normas infraconstitucionais deveriam obedecer ao conteúdo constitucional (no último caso graças ao reforço ao controle de constitucionalidade), foi formada uma pauta de valores e preceitos

axiológicos vinculantes na nova ordem constitucional brasileira. Por conseguinte, o Estado somente cumpriria suas funções acaso atuasse não só conforme os preceitos e normas delineados, mas também acaso agisse para a materialização do escopo de direitos amealhados em torno da pessoa humana.

Para instrumentalizar essa nova ordenação jurídica em torno da supremacia normativa e valorativa do documento constitucional, houve o reforço ao controle de constitucionalidade e à posição do Supremo Tribunal Federal no cume do Poder Judiciário e na qualidade de guardião e intérprete final do documento constitucional. A colocação de uma Corte Constitucional como órgão supremo do Poder Judiciário evidencia, então, que a novel ordem jurídica deve ser compreendida em torno da interpretação constitucional e dos princípios que expressam seus valores fundantes.

#### 1.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO CONFORMADORA DA ORDEM JURÍDICA

A grande distinção do documento constitucional de 1988 em relação aos seus antecedentes reside não só no seu processo de formação, mas principalmente pelo claro compromisso assumido em ser um instrumento ordenador das demais normas jurídicas brasileiras a fim de efetivamente instaurar/inaugurar uma ordem jurídico-constitucional. Por conseguinte, logo no início do texto constitucional, foram colocados de forma expressa os valores primordiais sob a forma de princípios, normas jurídicas dotadas de certo grau de abstração, diferente dos documentos constitucionais anteriores que optaram por veicular seus preceitos por regras jurídicas, promovendo um engessamento de seus textos.

Foi essa maleabilidade principiológica que permitiu o constante diálogo construtivo entre o direito e a realidade fática, ou seja, o constante arejamento e atualização social do documento constitucional sem a necessidade de mudança textual, garantindo-lhe perenidade e instaurando um sentimento de segurança jurídica. Assim, via interpretação das normas principiológicas é concretizada a adequação das normas infraconstitucionais aos ditames da CF/88, promovendo um conjunto de normas estruturalmente ordenado.

Destacam-se como elementos instrumentalizadores desta ordenação os princípios de interpretação constitucionais e os princípios fundamentais (nesta última categoria, tanto os

expressos no Capítulo II da CF/88 quanto os implicitamente extraídos do rol de direitos individuais). No que diz respeito à interpretação, a organização se expressa tanto sob um viés intraconstitucional (princípio da unidade da Constituição) quanto de modo extraconstitucional (princípios da força normativa, da supremacia da Constituição, da interpretação conforme e, ainda, da máxima efetividade e eficácia das disposições constitucionais).

Ora, o princípio da unidade constitucional, através do efeito integrador, da harmonização e da proporcionalidade, preceitua que se deve entender o documento constitucional como um todo único e sem aparentes contradições nem lacunas (semelhante à conceituação de norma hipotética fundamental Kelseniana). Esse processo endógeno é essencial por permitir compatibilizar internamente a carga axiológica plural e aparentemente contraditória da Constituição Cidadã.

Condensado o conteúdo interno, segue-se, então, para o seu diálogo com as prescrições infraconstitucionais, conferindo-se especial destaque para o significado do princípio da supremacia do documento constitucional que, ao determinar que as normas jurídicas não-constitucionais devem obediência ao teor da Constituição, envia um comando de hierarquização criador de uma unidade axiológica. Essa constitucionalização dos demais ramos do Direito é promovida via releitura dessas normas, com auxílio das técnicas interpretativas, ao conteúdo material dos direitos fundamentais. Canotilho (1997, p. 1404), recordando Habermas, conclui, portanto, que o conjunto dos direitos fundamentais atua permitindo a formação de uma unidade sistêmica a partir da Constituição de modo circular, a fim de que o direito codificado e legítimo seja também um direito democrático, proporcionando, também, que tal ordem extrapole a esfera jurídica e ganhe os campos político e social.

Desta noção de que as normas constitucionais (notadamente, os direitos e garantias fundamentais do indivíduo) devem ser o primeiro filtro/crivo desdobram-se as demais noções interpretativas: primeiro, a leitura das normas infraconstitucionais deve ser guiada pelos valores constitucionais (princípio da interpretação conforme), devendo-se desconsiderar qualquer visão que não seja segundo o conteúdo constitucional; segundo, o processo de constitucionalização das prescrições legais deve sê-lo para garantir a concretização/efetivação da Constituição, ou seja, a fim de permitir que seja possível que seus preceitos se expressem na prática (princípio da máxima efetividade e eficácia); terceiro, para garantir a perenidade do

documento constitucional, toda e qualquer atividade interpretativa de suas normas deve privilegiar a manutenção e o incremento de sua atuação enquanto verdadeira fonte de normatização da vida sócio-política e não um documento desconectado da realidade.

Além de permitir um reforço constante da legitimidade da própria ordem jurídica, a atualização também serve para garantir a autocircularidade da constituição e do ordenamento jurídico como um todo, impedindo a “fossilização” e a perda da função pedagógica do Direito pois, como disse Teubner (1989, p. 140), o sistema jurídico compõe-se de atos comunicativos que, através da sistematização, cria realidades jurídicas a partir do mundo fático, garantido a capilaridade seletiva do ordenamento jurídico, porque não é possível abolir direitos fundamentais.

Os processos interpretativos, interno e externo, extraem seus conteúdos normativo-valorativos dos princípios fundamentais expressos nos artigos 5º a 7º da CF/88 e implicitamente derivados dos direitos fundamentais, os quais funcionam “como critérios materiais informadores de toda a ordem jurídico-constitucional” (SARLET, 2017, p. 259). Os efeitos jurídicos de tais princípios produzem, para além dos valores informativos dos direitos e garantias, uma eficácia negativa tanto no sentido de ensejar a não aplicabilidade das prescrições infraconstitucionais editadas sob a égide das constituições anteriores que forem de encontro com seu conteúdo quanto para ocasionar a declaração de inconstitucionalidade daquelas produzidas na vigência da CF/1988 que não guardem conformidade com seu conteúdo axiológico.

Dentre os princípios fundamentais, dá-se destaque ao princípio da dignidade humana, que tem vinculação estreita com o próprio Estado Democrático de Direito, sendo, por conseguinte, intransponível em toda e qualquer leitura de normas jurídicas na ordenação que a CF/1988 busca imprimir no direito brasileiro. Colocando a dignidade humana na qualidade de fundamento do Estado passou a clara mensagem de que o funcionamento da máquina estatal deveria girar em torno da realização da pessoa humana, de modo que o conjunto das normas jurídicas deveria ser lido e elaborado tendo como fonte e objetivo a realização da felicidade humana, seja para frear ações estatais que possam violá-la, seja para prescrever um agir prestacional para implantá-la.

A dupla funcionalidade da dignidade humana encontra reforço no princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, que determina o respeito à noção de que o



Estado apenas atuará conforme os ditames da ordem jurídica e, ainda, de que seu agir consoante à legalidade estrita será para a efetivação da dignidade humana. O dirigismo constitucional de que deve ser uma democracia valorativa e juridicamente assentada na felicidade do homem é evidente quando se tem em conta os objetivos do Estado Brasileiro expressamente veiculados no art. 3º da CF/88 (dentre eles, destacam-se “erradicação da pobreza” e “redução das desigualdades”). Neste sentido, na ordem jurídica instaurada pela Constituição Cidadã, o Estado, para ser espelho do documento constitucional, deve promover a concretização de direitos fundamentais a todos, indo além da mera igualdade de permissão de exercício.

Do mesmo modo, o princípio democrático embebe-se no da soberania popular de modo que, para a CF/1988, um governo somente é democrático se a sua legitimação política partir do povo e voltar-se para ele. Assim, na norma principiológica do “Estado Democrático de Direito”, a soberania é conjugada com a noção de democracia, para evidenciar que o poder político (o sistema de organização do Estado) é instrumento que se realiza apenas quando densifica os direitos fundamentais e os valores voltados à dignidade humana. Neste sentido, a soberania estatal deve ser compreendida como o exercício pleno da soberania do povo enquanto detentor do poder político, o que somente pode ser alcançado via atuação do Estado em prol da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Percebe-se, então, que a Constituição Federal de 1988 estabelece o conceito de soberania popular em conexão com a ideia de cidadania como direito fundamental, o que se expressa no plano prático quando o Poder Público é estruturado para desempenhar suas funções buscando a realização dos direitos que viabilizam a efetividade da dignidade humana.

Dessa noção de Estado democrático instrumentalizador de uma cidadania efetiva voltada para a realização da dignidade humana, aparecem inúmeros outros princípios estruturantes: pluralismo político, Estado de Direito, separação de poderes, reserva legal, segurança jurídica, responsabilidade do Estado e garantia de proteção judiciária. Todos são normas principiológicas voltadas para a estruturação de um Estado (seja via limitação de seus poderes, seja via exigência de prestações) capaz de concretizar a dignidade humana, o que está em consonância com a ideia de buscar na noção de direitos inerentes à pessoa humana um preceito legitimador da própria existência do Estado. Neste ponto, destaca-se o seguinte trecho de Cunha Junior (2016, p. 03) sobre o fortalecimento do Poder Judiciário como um dos principais agentes em busca das prestações materializadoras da dignidade humana:

[...] Essa demanda social, fruto das novas condições sociais e econômicas, tem propiciado um crescente reconhecimento do fenômeno do controle judicial das políticas públicas, por meio de uma intervenção do Poder Judiciário na análise dos programas políticos do Estado, a fim de aferir o seu cumprimento em face dos princípios e regras da Constituição. (CUNHA JUNIOR, 2016, p. 03)

Assim, via tais preceitos principiológicos, materiais e instrumentais, a CF/88 promove um efeito organizador de todo o ordenamento jurídico, o que acaba por reforçar sua legitimidade e legitimação, atribuições que Sarlet (2017, p. 91) chama de funções, inclusive dizendo que estes dois atributos existem nas normas constitucionais por duas razões: primeiro, graças ao fato de suas normas serem juridicamente superiores e elaboradas pelo poder constituinte (instância de poder que pode produzi-las com teor vinculante para todo o ordenamento); e, segundo, pelo teor destas normas estar em consonância com a ideia de direito e com os valores substantivos do povo naquele momento histórico em que produzida.

Neste sentido, a eficácia ordenadora da CF/1988 permitiu a efetiva formação de um ordenamento jurídico, que se trata de mais do que uma organização de normas, tal qual um sistema. Ao desenvolverem entre si não só uma relação de autofundamentação, mas, principalmente, uma circularidade de autorreferenciamento (“bebe-se” nas mesmas fontes normativas e de valores), transformam-se em um conjunto de prescrições que estão em constante diálogo entre si, ou seja, um sistema.

Há, então, a propagação da função diretiva de ideias/princípios da CF/1988 para o restante das normas jurídicas nacionais, o que, para Karl Larenz (2012, p. 621), diz respeito a uma vinculação/relação que se processa interpretativamente a fim de que todo o ordenamento jurídico guarde obediência às pautas gerais de valoração feitas pelo documento constitucional. É nesse nível intranormativo que se processa uma autovinculação entre as normas infraconstitucionais e a Constituição e, ainda, entre as primeiras entre si. Ora, são tais conexões de sentido que permitem à constituição atuar como condição jurídica das demais normas do ordenamento jurídico, unificando os valores primordiais gerais e excluindo eventuais possíveis contradições que apareçam, expondo/aplicando as normas jurídicas de modo ordenado e, ao mesmo tempo, sistematizado.

A importância dessa vinculação não diz respeito apenas à possibilidade de autoextirpar aquelas normas produzidas em contrariedade com o conjunto (permitindo, portanto, a unidade

valorativa) mas, principalmente, sanear eventual lacunosidade na previsão normativa. Isto porque um conjunto de normas jurídicas ordenadamente reunidas não é, a priori, lacunoso, já que é capaz de, usando de procedimentos específicos, constantemente atualizar-se (em capilaridade constante com a realidade fática) sem perder a sua unidade cognitiva, a fim de regular situações concretas que não tenha previsto abstratamente.

A unidade valorativa, como diz Natalino Irti (1992, p. 135), diferente do conjunto de procedimentos de produção (cujo processo de elaboração apenas exige a atividade legislativa de previsão de procedimentos via devido processo legislativo, sendo aplicável verticalmente ainda que não guarde legitimidade nem ressonância com a vida fática), é exatamente aquilo que permite a formação de um ordenamento. A existência de uma pauta homogênea de valores permite concluir se este ou aquele conjunto de normas compõe ou não um sistema; o que, por conseguinte, continua Irti, leva a concluir que os critérios de fundação de um sistema e de um ordenamento são distintos, pois, enquanto no primeiro interessa mais o conteúdo (critério material), no segundo, por sua vez, há primazia exclusivamente do modo de produção (critério formal).

Ainda que sejam categorias conceituais distintas a priori, a equivalência/similitude entre sistema e ordenamento é necessária se tratando de normas jurídicas regidas sob os influxos de um documento neoconstitucional, como a CF/1988. Ora, a Constituição Cidadã permitiu a efetiva sistematização do ordenamento brasileiro, haja vista que os efeitos dos seus preceitos principiológicos proporcionaram, para além de um conjunto ordenado de normas jurídico-constitucionais, também que este ordenamento se expressasse como um sistema, não só pela própria juridicidade das normas ali trazidas, mas, principalmente, pela subordinação a uma única norma suprema, o documento constitucional, e ao conjunto de valores irradiados nele.

Desse modo, as normas do ordenamento jurídico brasileiro, hoje, como buscam fundamento de validade e legitimidade (em conteúdo e, também, procedimento de formação) primeiro na Constituição e, em seguida, umas nas outras, acabam por gerar, já que reunidas em um conjunto ordenado, essa circularidade criadora de uma sistematicidade. Soares (2016, p. 177), explanando sobre essas relações de fundamentação recíprocas, chama de princípio estático-material essa coerência material (relativa ao conteúdo), e de princípio dinâmico-

formal a coerência formal (iniciativa e forma de produção da norma jurídica inserida em um ordenamento jurídico sistemático).

Sendo o sistema jurídico ordenado mais que um conjunto organizado em divisões estruturadas, este consegue, então, desenvolver uma lógica sistemática, que permite a sua retroalimentação constante, seja apropriando conteúdos externos ao Direito e os inserindo conforme sua lógica, seja impondo o raciocínio jurídico a sistemas alienígenas através da irradiação de uma moral (compreendida, aqui, como conjunto de valores).

O ordenamento jurídico pós Constituição Federal de 1988 funciona, então, não só como um conjunto organizado de normas, mas também como um sistema, porque possui um norte valorativo e mecanismos juridicamente estruturados para a manutenção dessa unidade orgânica de normas jurídicas via determinação de submissão direta e imediata de toda norma jurídica ao documento constitucional e, ainda, através da escolha epistemológica de que as normas constitucionais jamais podem conflitar entre si no plano axiológico.

É fundamental essa sistematicidade, não só por permitir uma compreensão e autossustentação, mas, principalmente, por conferir ao ordenamento jurídico a possibilidade de irradiar segurança (ou melhor, previsibilidade normativa), garantindo a aplicabilidade do Direito apenas segundo o “justo”, sendo, neste ponto, o aparecimento da noção de justiça como espelho da unidade valorativa. Desse modo, como afirma Mello (2011, p. 30), consoante o princípio lógico da não-contradição, não se pode admitir que uma norma jurídica, derivada de outras, seja, de uma só vez, válida (formalmente) e não conforme os valores (o que alguns chamam de “injusta”).

Ademais, a organização sistemática para o Direito (principalmente, sob a égide do neoconstitucionalismo) é tão fundamental que não é possível conceber o Direito, enquanto ciência capaz de fornecer segurança e previsibilidade jurídicas, destituído de uma organização sistemática. A organização sistêmica é forma de ordenação essencial para que não seja a Constituição, como diz Konrad Hesse (1991, p. 11), alijada de sua função de reitoria de uma ordem jurídica justa, sob pena de ficar restrita apenas à condição de justificadora das relações de poder dominantes.

Esta característica de se organizar em prescrições sistemáticas sob os influxos valorativo-normativos da Constituição Federal de 1988, notadamente a dignidade humana, é ainda mais relevante quanto se envolve a possibilidade de privação da liberdade ambulatorial

do indivíduo. Ora, para além da modalidade sancionatória de isolamento físico do indivíduo, como o Direito Penal promove inúmeras repercussões gravosas na esfera individual, as normas infraconstitucionais penais mais do que nenhuma outra devem ser constantemente lidas através do conjunto normativo-valorativo constitucional por uma questão de legitimidade e de adequação à dignidade humana.

Portanto, o Direito penal, como qualquer outra norma infraconstitucional, não pode se furtar aos influxos garantistas, haja vista que, sendo o braço mais incisivo do Estado sobre o indivíduo, a sua sistematização (e, no atual ordenamento jurídico, esta somente pode ser feita sob os valores constitucionais) expressa-se também como garantia fundamental, já que garante que sua incidência sob a esfera individual dar-se-á apenas em certas condições, em razão de determinadas condutas e, ainda, sempre privilegiando a dignidade humana.

## **2 O GARANTISMO COMO ORDENADOR DAS PRESCRIÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS**

O Constitucionalismo, seja qual for o paradigma normativo em que ele se sustenta, não pode ser compreendido dissociado dos direitos do indivíduo. Assim, falar em Constitucionalismo sem propor instrumentos concretizadores da tutela protetiva do indivíduo frente ao exercício dos poderes estatais é o mesmo que retirar do documento constitucional seu fundamento de existência e legitimidade sob o qual, inclusive, estruturam-se as demais prescrições constitucionais. Ora, o constitucionalismo enquanto teoria jurídica e movimento sociopolítico é voltado para a construção de uma mentalidade jurídica voltada ao garantismo, ou melhor, a própria essência dos avanços constitucionais é precisamente a criação de fundamentos e instrumentos de garantia e proteção do indivíduo frente ao Estado.

Não por outra razão que os dois eixos conformadores da ordem jurídica constitucional a partir da Constituição Federal de 1988 (tanto o hermenêutico quanto o substantivo) confluem para que o documento constitucional e toda a ordenação jurídica por ele promovida sob as normas infraconstitucionais sejam ferramentas de garantia. Por conseguinte, como não há que se falar em Estado Democrático de Direito sem garantias, o garantismo (enquanto modelo político, filosofia teórica e sistema jurídico) é sempre um filtro essencial para todas as prescrições jurídicas pós-Constituição Federal de 1988.

Compreender, então, os fundamentos basilares do garantismo é também entender os valores essenciais de um sistema jurídico que se propõe a privilegiar a dignidade humana como ponto de convergência de suas prescrições normativas. Neste sentido, qualquer prescrição jurídica que desprestige o garantismo, na atual ordem jurídico-constitucional brasileira, estará, portanto, maculando também a Constituição Cidadã e o ordenamento como um todo, causando insegurança jurídica e enfraquecendo a sua própria eficácia enquanto norma.

### **2.1 O GARANTISMO ENQUANTO MODELO POLÍTICO**

Os contornos iniciais do garantismo começam ainda com as primeiras noções de legalidade, antes, portanto, do constitucionalismo moderno: os pensadores clássicos das Antigas Grécia e Roma já se debruçavam sobre noções de direitos naturais e inerentes à condição humana, notadamente no que diz respeito ao exercício de competências

fiscalizadoras e arrecadatórias pelo Estado. Com a finalidade de tutelar o indivíduo para não estar sujeito a excessos nem arbítrios por qualquer um que agisse na qualidade de Estado, os pensadores da antiguidade viram na positividade em língua escrita das situações e formas de exercício de qualquer competência estatal (arrecadatória, judicante, punitiva, etc.) a saída para o conhecimento prévio e adequado do limite e da extensão do modo como poderiam ocorrer as interferências estatais na vida de cada indivíduo.

Mais do que uma pré-noção de como seriam as “regras do jogo”, a positividade, neste momento da história, representou uma contratualização coletiva das violações admissíveis à dignidade humana em dada sociedade, permitindo, por conseguinte, um controle público com vistas à restauração do *status quo* ante àqueles que fossem objeto de excessos ou de ingerências indevidas. Neste sentido, como diz Ferrajoli (2002, p. 690), trata-se de um acordo prévio entre o Estado e os indivíduos cujas tratativas vão definir como a máquina estatal poderá se mover e agir para a harmoniosa convivência coletiva, evidenciando, por conseguinte, que o desrespeito às garantias deste ou daquele indivíduo não representa uma afronta tão somente à sua liberdade individual, mas, na verdade, uma violação à própria coletividade.

A legalidade como espaço das garantias foi importante para a criação de uma atuação estatal fundada apenas e tão somente em um dever ser, ou seja, um agir estatal autorizado pelo que estivesse prescrito em normas jurídicas (uma legalidade positiva). Assim, a lei enquanto escudo de cada indivíduo, e também da própria coletividade, diz respeito a muito mais que determinar preceitos de quando e como agir, mas, essencialmente, como disse Mir Puig (2011, p. 67), reveste-se de cunho protetivo para impedir que haja excessiva interferência na esfera individual de modo não previamente consentido ou contrário àquilo que fora definido como aceitável pelo coletivo.

Portanto, o conjunto de preceitos garantistas, para além de ser um rol de direitos e garantias individuais, trata-se de um modelo consentido coletivamente de Estado, e tal afirmação é didaticamente aferível quando se verificam os Estados totalitários: nos regimes ditatoriais, as prescrições garantistas são reduzidas ao mínimo, permitindo ao dirigente completa discricionariedade no manejo da máquina estatal. Assim, para Gracia (2006, p. 88), um Estado que se pretende garantista deve ser necessariamente um Estado democrático, pois a democracia reflete a vontade da maioria e, ainda, satisfaz os interesses e necessidades vitais de todos, revelando-se como um Estado de Direito dotado de garantias efetivas e, também, como um Estado político representativo (sob o fundamento do princípio da maioria). Essas

vinculações entre legalidade e garantismo e entre democracia e garantismo permitem concluir que quanto mais garantista for uma sociedade, mais democrática e pautada pela legalidade estrita ela o será.

Ocorre que o modelo legalista tem inúmeras limitações, notadamente a característica de segmentação em áreas especializadas, o que impede uma aplicação generalista e mais cunhada com a dimensão do ser humano enquanto indivíduo plural. Não bastasse o fato de que a lei não é o documento jurídico que funda um Estado (mas sim a Constituição), essa fragmentariedade do modelo jurídico legalista enfraquece as garantias, visto que podem ter facetas distintas a depender da conveniência para a sistematização do segmento especializado.

Por exemplo, o direito à ampla defesa no âmbito administrativo tem expressão diminuída (com exclusão da necessidade de defesa técnica inclusive) quando comparado com sua expressão no direito penal, no das execuções penais e até mesmo no direito civil. Ora, em se tratando de um direito fundamental, a expressão deveria ser a mesma em qualquer área jurídica, sendo tal restrição indevida fruto precisamente de um modelo jurídico eminentemente cunhado na supremacia da lei, que é fragmentária por si mesma em razão do princípio da especialidade.

Por conseguinte, foi preciso evoluir o modelo jurídico positivista para o constitucionalismo, o que não significa dizer que, como bem recorda Ferrajoli (2011, p. 05-06), haja uma oposição entre positivismo e constitucionalismo, mas, na verdade, existe uma relação de progressividade histórica entre um e outro com vistas ao incremento das garantias já existentes. A relação de continuidade é mais que evidente quando se percebe que o constitucionalismo se utiliza da mesma premissa básica de limitação/condicionamento do Estado à lei, acrescentando, porém, a vinculação da própria lei a um procedimento legalmente definido de sua produção e, também, no neoconstitucionalismo, ao conjunto de valores gerais presente em todo o texto constitucional. A submissão da lei ao próprio regime legal é, portanto, um aditivo trazido pelo constitucionalismo ao modelo positivista, reforçando, assim, as garantistas positivistas já deferidas ao indivíduo frente ao Estado.

Com o constitucionalismo moderno e uma nova dimensão de direitos fundamentais, são incrementados os mecanismos de limitação e controle do exercício do poder estatal. Para otimizar estes limites, decorrentes das novas funções atribuídas ao Estado, passa-se a veicular, no documento constitucional, as garantias e direitos individuais. Assim, além do uso do suporte legal como veículo das garantias, os preceitos garantistas, com o constitucionalismo, são elevados à qualidade de prescrições constitucionais. Isto representou não só a criação de



amarras mais definidas ao ente estatal, bem como significou, ainda, a atribuição da qualidade de fundamento a ser realizado no plano também material e por todas as normas infraconstitucionais (ainda que não diretamente voltadas à tutela da dignidade humana).

Assim, para servir como suporte normativo aos direitos e garantias fundamentais criou-se, com o constitucionalismo, um bloco de regras e valores encartados nas Constituições e que, por isso, devem ser respeitados por todo o ordenamento jurídico. O garantismo, então, como é composto de normas material e formalmente constitucionais, ganha ares de filtro do agir do Estado e das normas que o estruturam. É por tal razão que Gracia (2006, p. 86) diz que, para Ferrajoli, o verdadeiro Estado garantista é aquele que situa na Constituição os direitos e garantias individuais como normas fundamentais, obrigando, portanto, o ente estatal, que é movido pela legalidade apenas permissiva ou positiva, a vincular-se legalmente, do ponto de vista formal e material, ao garantismo:

[...] Se o princípio da legalidade formal se limita a exigir que o exercício de qualquer poder tenha como fonte a lei como condição formal de legitimidade, o princípio de legalidade substancial exige que a própria lei esteja sujeita a conteúdos materiais – direitos humanos – para que seja legítima e válida.<sup>5</sup> (GRACIA, 2006, p. 86)

Dentre as normas penais, que instrumentalizam a atuação estatal mais gravosa, sempre houve, desde o modelo legalista, prescrições-garantia, seja pelo seu objeto de estudo, o crime, que promove grande desestabilização social, seja pelas consequências gravosas que sua incidência implica sob o infrator criminal (possibilidade de segregação da liberdade física, estigmatização, reincidência, etc.). Assim, quando se trata da aplicação das normas penais, o respeito às garantias alcança seu patamar de maior relevância, de modo que, como recorda Busato (2015, p. 144), toda incidência do direito penal, enquanto coerção institucionalizada, somente será legítimo se o for segundo as normas coletivamente construídas.

Neste ponto, ressalta Trindade (2012, p. 06) que seria equivocados vincular o garantismo apenas ao Direito Penal, isto porque se trataram de uso retórico e exemplificativo as recorrências constantes ao Direito Penal na teorização garantista de Ferrajoli (em que pese a maior problemática que se expressa no Direito Penal quando violadas as garantias individuais, haja vista a possibilidade de privação da liberdade ambulatorial), sendo, por isso, distorção teórica grave a limitação do garantismo a uma área específica do Direito, além de

---

<sup>5</sup> “[...] Si el principio de legalidad formal se limita a exigir que el ejercicio de cualquier poder tenga por fuente la ley como condición formal de legitimidad, el principio de legalidad sustancial exige que la propia ley esté sujeta a contenidos materiales – derechos humanos – para que pueda ser considerada legítima y válida.”

ter severas implicações na prática democrática a não aplicação do garantismo incorporada à realidade jurídica geral. Notadamente, no ordenamento jurídico regido pela CF/1988, que colocou os direitos e garantias fundamentais em seu texto logo nos primeiros artigos, jamais se pode conceber qualquer norma jurídica, penal ou não, dissociada de uma leitura à luz dos direitos e garantias individuais.

O ponto nevrálgico do garantismo é, por conseguinte, o respeito estatal ao recorte pactuado coletivamente quanto às restrições admissíveis, de modo que nenhuma norma infraconstitucional pode ser aplicada alheia ao filtro axiológico dos valores garantistas. Ver o garantismo como um condicionante da forma de estruturar as características estatais é uma visão que privilegia o Estado como destinatário das normas garantistas, redundando, então, no preceito de que o agir de qualquer instituição e Poder estatal deve estar condicionado tanto pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais quanto pela concretização do acesso a estes por qualquer indivíduo. O garantismo como teoria política é, por conseguinte, como recorda Gracia (2006, p. 89), uma teoria heteropoiética: o Estado é um meio legítimo apenas se atuar para garantir os direitos fundamentais do cidadão e um instrumento politicamente ilegítimo se não os garantir ou se os violar.

Portanto a democracia, enquanto modelo de exercício e estruturação do Estado proposto pelo garantismo de Ferrajoli, como recorda Greppi (In: CARBONELL et al, 2005, p. 342), não diz respeito apenas à lei como proteção do indivíduo mais vulnerável (seja por uma viés restritivo, seja pelo de criador de condições materiais), mas, notadamente, versa sobre a estruturação de uma mentalidade social (não apenas estatal) pautada pelo valor da participação de todos neste processo metodológico. Assim, o garantismo democrático significa que não se pode ver a ruptura dos direitos e garantias individuais como momentos jurídicos de crescimento, mas, na verdade, como retrocessos e violações ao consenso coletivo. O desrespeito ao garantismo não se trata apenas do rompimento de vínculos jurídicos protetivos coletivamente contratados, mas, principalmente, por sê-lo mais do que uma forma de desempenhar ou distribuir o Direito, significa transgressão à própria democracia como valor e fundamento da vida em coletividade.

Por conseguinte, o conceito de governo político garantista para Ferrajoli é de um Estado que exerça o governo de leis de forma acessível a todos, razão pela qual pode-se afirmar que o modelo democrático garantista representa, então, a única forma possível de Estado que se propõe a verdadeiramente encontrar fundamento nos direitos e garantias individuais. Ademais, o garantismo enquanto democracia, como já dito, não admite jamais

retroceder a modelos políticos outros que não a democracia, nem mesmo reduzir, ainda que apenas formalmente, qualquer direito ou garantia essencial à democracia. Assim, um Estado se pretende legitimamente (externa e internamente) guiado por preceitos e valores garantistas deve ser necessariamente democrático, não bastando apenas sê-lo organizado/limitado segundo normas jurídicas. É como preceitua Peña Freire (2003, p. 40), que identifica a noção de democracia garantista com a clássica conceituação de democracia de Hart, que sintetizou as seguintes características da democracia:

[...] significa que: a) se refere aos procedimentos e direitos que asseguram as decisões sobre direitos e valores serão adotados democraticamente; b) conteúdo e garantia são uma forma de governo e não uma ideologia concreta; e c) não se deve restringir os direitos nem proclamar apenas valores substanciais, já que este tipo de prescrição deve ser feito pelos representantes eleitos pelos cidadãos. (PEÑA FREIRE, 2003, p. 40)<sup>6</sup>

O garantismo enquanto informador de um modelo de democracia política e de estruturação do Estado demanda, ainda, o complemento de seus desdobramentos filosófico e jurídico, haja vista o singular papel do Direito, desde o constitucionalismo moderno, na estruturação do Estado e na transformação da mentalidade social. Assim, enquanto o garantismo filosófico delinea os fundamentos irradiadores de todas as Ciências Sociais Aplicadas (inclusive, o Direito), a concepção garantista de Direito exige que as normas jurídicas sejam verdadeiros instrumentos de efetivação da dignidade humana em sua inteireza.

## 2.2 GARANTISMO COMO FILOSOFIA

O garantismo, como já dito, não se limita apenas a uma forma de organização do poder político, expressando-se também como um feixe de princípios que se desdobram do valor-fonte da dignidade humana. Não se trata de uma ética ou de uma moral, mas, na verdade, de um modo racional de estruturar e justificar a aplicação desta ou daquela regra com fundamento na busca pela melhor efetivação da dignidade humana. Assim, do conjunto de

---

<sup>6</sup> “[...] significa que: a) se refiere a los procedimientos y derechos que aseguran que las decisiones sobre derechos y valores se adoptarán democráticamente; b) contiene y garantiza una forma de gobernarse y no una ideología concreta; y c) no debe de contener derechos ni proclamar valores de corte sustancial, ya que este tipo de determinaciones ha de ser efectuado por los representantes elegidos por los ciudadanos [...]”

direitos e garantias fundamentais podem ser deduzidos os pressupostos interpretativos generalistas da igualdade (material e formal), da liberdade e da legalidade.

O princípio axiológico da igualdade, em sua acepção formal, busca que todos os indivíduos sejam vistos apenas e tão somente em razão de sua condição humana, de modo que cada indivíduo seja respeitado em suas especificidades e, ao mesmo tempo, receba o mesmo tratamento independente delas. A igualdade enquanto preceito garantista demanda uma conduta absenteísta não só frenando interferências que não sejam motivadas por razões gerais e vedando aquelas provocadas por condições pessoais (vedação às discriminações direta e indireta), mas também impulsionando um agir voltado a possibilitar o mesmo acesso a direitos para todo ser humano através de políticas públicas que promovem uma igualação via *discrímen* positivo proporcional (ações afirmativas).

Outro pressuposto filosófico garantista é o princípio da liberdade, que confere o direito a todo indivíduo de agir livremente em busca da plena satisfação da sua dignidade, inclusive lhe sendo possível acessar os meios para tanto. Por conseguinte, o preceito da liberdade, no garantismo, nada mais é que permitir ao indivíduo ser livre na expressão da sua personalidade, direito este, porém, limitado pela não-violação à coletividade e aos direitos de outros indivíduos. Neste sentido, enquanto a igualdade é diretriz voltada para o Estado, a liberdade é dirigida ao indivíduo, sendo ambas voltadas à concretização da dignidade humana.

Por sua vez, a legalidade enquanto princípio garantista determina que a atuação do Estado seja apenas aquela autorizada e definida em lei, de modo que, diferente da legalidade dirigida a todo e qualquer indivíduo (“permitido tudo aquilo que a lei não veda”), ao ente estatal, em caso de lacuna ou omissão da lei, não é permitido atuar. Ademais, como recorda Zaffaroni (2002 p. 112), a legalidade do garantismo não se restringe à sua acepção autorizadora (legalidade positiva, estrita ou administrativa), expressando-se, ainda, como reserva legal, que determina que apenas a lei, substrato material elaborado por procedimento previamente definido, pode criar obrigações ao indivíduo e prescrever qualquer sanção ou restrição.

O valor da legalidade exerce, portanto, uma função instrumental em relação aos dois anteriores, pois, através da lei, dada sua qualidade de meio regulador institucionalizado, a efetividade dos preceitos da igualdade e da liberdade atinge contornos vinculantes gerais. É fundamental aclarar que a legalidade enquanto valor não se confunde com o modelo jurídico legalista, pois o conteúdo axiológico da legalidade diz respeito à eficácia sancionatória que

destaca a lei das demais normas reguladoras da vida humana, de modo que o pressuposto filosófico da legalidade é, assim, eminentemente informativo-estruturante, visto que:

[...] pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2002, p. 685)

Há que se acrescentar, ainda, o princípio da publicidade que, complementando a função dos três já elencados, garante, através da publicização dos atos públicos, não só o controle, mas principalmente a construção da legitimidade do teor decisório exatamente graças à impressão do emblema da transparência nos atos estatais. Neste sentido, ao conferir validade aos outros princípios, a publicidade apresenta-se como um meio que permite o desempenho da funcionalidade da tríade de princípios/valores já elencados, garantindo a efetivação concreta e a autoridade cogente das ações restritivas da liberdade individual processadas pelo Estado em nome da coletividade.

A conjugação dos quatro princípios da filosofia do garantismo traduz-se, então, em meio para concretização dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, que, com o neoconstitucionalismo, foi colocado na condição de fundamento axiológico interpretativo e de validade de todas as normas jurídicas. Esta dupla funcionalidade do garantismo enquanto filosofia o coloca como instrumento (des)legitimador da aplicação de prescrições normativas, permitindo, por conseguinte, reconhecer o ordenamento como um sistema jurídico. Conclui-se, assim, que o garantismo filosófico é uma teoria de justificação ou legitimação do Estado e, também, do Direito, de modo que ambos, acaso sejam obedecidos esses quatro valores meta ou pré-jurídicos, podem ser validamente usados como ferramentas de gestão da vida social.

No campo do Direito Penal, em que é destacada a importância do garantismo, a legalidade como fundamento valorativo se expressa, como diz Busato (2015, p. 157), sob a forma de garantias materiais individuais (*nullum crimen sine lege* ou garantia criminal, *nulla poena sine lege* ou garantia penal, *nemo damnetur nisi per legale iudicium* ou garantia jurisdicional, e legalidade da execução ou garantia execucional) e de requisitos das normas jurídico-penais (*lex scripta, lex praevia, lex certa e lex stricta*).

Os outros três princípios valorativos, juntamente com a legalidade, resultam, segundo Ferrajoli (2002, p. 74-75), nos 10 axiomas garantistas penais, os quais dizem respeito às garantias penais e processuais fundamentais para uma legítima responsabilização penal: 1)

*nulla poena sine crimine* ou princípio da retributividade/consequencialidade da pena; 2) *nullum crimen sine lege* ou princípio da legalidade; 3) *nulla lex poenalis sine necessitate* ou princípio da necessidade do direito penal; 4) *nulla necessitas sine injuria* ou princípio da lesividade/ofensividade; 5) *nulla injuria sine actione* ou princípio da materialidade/ exterioridade da ação; 6) *nulla actio sine culpa* ou princípio da culpabilidade/responsabilidade pessoal; 7) *nulla culpa sine judicio* ou da princípio da jurisdicionariedade; 8) *nullum judicium sine accusatione* ou princípio acusatório; 9) *nulla accusatio sine probatione* ou princípio do ônus da prova; e 10) *nulla probatio sine defensione* ou princípio do contraditório/defesa/falseabilidade.

### 2.3 GARANTISMO COMO SISTEMA JURÍDICO

Ao se expressar como modelo de organização de Estado e também como filosofia, o garantismo passa a configurar-se sob uma terceira forma: sistema jurídico. Ora, já que na formação dos Estados-nação instaurou-se o monopólio estatal da produção do Direito, e em sendo o garantismo expressão do modo de estruturar o ente estatal e de conjunto de valores informadores da vida social, os preceitos garantistas passaram a ser dotados de coercibilidade sancionatória, permitindo situá-lo também como uma teoria do Direito.

Com o neoconstitucionalismo, o garantismo transcende o *status* de apenas materialmente constitucional para estar formalmente inserido na constituição, de modo que, por conseguinte, passou a exercer, juntamente com as demais normas do texto constitucional, o papel de vincular a validade das prescrições infraconstitucionais. Assim, os direitos e garantias fundamentais enquanto fundamento para válida incidência do Direito passam a ter como destinatários diretos, como recorda Gracia (2006, p. 85), as autoridades estatais, administrativa e judiciária, exigindo-lhes que, antes de aplicar esta ou aquela norma jurídica, exerçam sob elas o controle de legitimidade, verificando se respeitam na sua produção a competência e o procedimento, mas também se estão de acordo com os valores expressos nas normas garantistas.

Portanto, a grande distinção entre o neoconstitucionalismo e o positivismo jurídico reside no fato de que este último, como recorda Ferrajoli (2002, p. 685), reduz a dimensão da validade à vigência, haja vista que, sob a justificativa da neutralidade, ao restringir a atividade do aplicador à mera subsunção sem qualquer atividade crítica nem integrativa, o

juspositivismo vinculou a válida incidência de uma norma tão somente à necessidade de estar vigente. Então, ao vedar qualquer filtragem de validade pelo intérprete-aplicador, como qualquer norma que esteja vigente é válida, o juspositivismo inviabilizou também a supremacia do texto constitucional e a eficácia sistematizadora do garantismo.

Nunca é demasiado recordar que o método meramente subsuntivo dos juspositivistas, a despeito de sua importância singular para o desenvolvimento da ciência jurídica, graças às suas características avaliativa e descritiva, não permite chegar, como recorda Ferrajoli (2001, p. 48-49), à coerência e completude necessárias ao Direito enquanto instrumento de segurança. Ora, continua Ferrajoli, ao descartar a atividade interpretativa por temer a possibilidade de interferência do indivíduo aplicador, a subsunção despreza a relevância da interpretação como ferramenta mais adequada à atualização das normas jurídicas, visto que se trata de campo do conhecimento das ciências humanas, que, portanto, não pode prescindir da necessária interferência do aspecto humano nas suas investigações. Ressalte-se, desde já, que, como se verá mais adiante neste capítulo, a atuação da individualidade interpretativa deve, entretanto, ser sempre pautada em balizas limitadoras dessa interferência, sob pena de se configurar em arbitrariedade, o que desnaturaria, por óbvio, o princípio garantista de Direito da maioria (fundamento da Democracia).

Porém, é preciso esclarecer que o constitucionalismo não significa uma superação ou negação das premissas juspositivistas, mas, na verdade, uma adição de preceitos, até porque, como diz Ferrajoli (2001, p. 61-62), há muito mais uma relação de cumulatividade entre as diversas escolas de compreensão do Direito que uma verdadeira contraposição. Assim, é exatamente esse acúmulo de compreensões do fenômeno jurídico realizado pelas diversas escolas jurídicas, aquilo que permite a circularidade que renova o próprio Direito, sendo que o contributo dos movimentos jurídicos anteriores ao constitucionalismo foi incrementado pelo próprio, permitindo a introdução de novas técnicas interpretativas e de compreensão do Direito a par das já existentes, dando azo à uma nova abordagem e leitura das normas jurídicas. Neste sentido, destaca-se a síntese de Streck:

[...] As posturas derivadas do neoconstitucionalismo representam um tipo principialista de constitucionalismo; ao passo que, no que tange à proposta teórica de Ferrajoli, ficaria melhor colocado o termo constitucionalismo garantista, cuja a (sic) principal característica reside no fato de se operar um aperfeiçoamento do positivismo jurídico a partir da função normativa atribuída aos direitos fundamentais. (STRECK, 2011, p. 19)

Com a evolução do modelo positivista para o constitucionalismo, restaurou-se a distinção entre vigência e validade, sendo que foram exatamente os direitos e garantias fundamentais as normas com a funcionalidade de exercer o controle de compatibilidade material do ordenamento jurídico, com vistas a conferir validade a esta ou aquela norma que esteja vigente. Assim, ainda que vigentes, as normas, caso não adequadas ao garantismo, não serão válidas para aplicação jurídica, devendo, sob pena de comprometer a unidade do ordenamento, ser consideradas destituídas de qualquer eficácia. Trata-se, então, de uma ordem jurídica informada por, nas palavras de Ferrajoli (2001, p. 94), “[...] uma legalidade não só condicionante da legitimidade, senão também condicionada, ela mesma, por vínculos constitucionais de tipo substancial – como o princípio da igualdade e a salvaguarda dos direitos fundamentais – [...]”<sup>7</sup>.

A verdade é que esse controle de legitimação, graças ao postulado da vedação ao retrocesso (ou impossibilidade de supressão dos direitos e garantias fundamentais), traduz-se, em termos normativos, na exclusão da norma do ordenamento. Por isso que, ao determinar apenas e tão somente a aplicação válida do Direito que esteja conforme a dignidade humana, o garantismo revela-se uma ferramenta de expressão da norma fundamental de onde as demais extraem legitimidade. Esse condicionamento da validade de outras normas jurídicas é o que permite a autocircularidade que qualifica um determinado conjunto de normas jurídicas como um sistema que, na acepção de Luhmann (2016, p. 30), é aquele conjunto de normas que têm a “capacidade de produzir relações consigo mesmas e de diferenciar essas relações perante as do seu ambiente”.

No ordenamento jurídico brasileiro pós Constituição Federal de 1988, esta qualidade sistematizadora do garantismo fica ainda mais evidente, visto que a Constituição Cidadã expressamente o coloca como valor-fonte (ou fundamento) do Estado brasileiro, além de situar seus reflexos materiais (os direitos e garantias individuais) logo no artigo 5º, inclusive conferindo-lhe a qualidade de norma inderrogável. A dignidade humana, assim, passa a ser vinculante para os 03 poderes (eficácia vertical dos direitos fundamentais) e também para os particulares em suas relações (eficácia horizontal), de modo que a afronta aos preceitos garantistas é insanável, e comporta, como única sanção, a retirada da validade de qualquer atuação (estatal ou humana).

---

<sup>7</sup> “[...] una legalidad no sólo condicionante de la legitimidad, sino condicionada, ella misma, por vínculos constitucionales de tipo sustancial – como el principio de igualdad y la salvaguarda de los derechos fundamentales – [...]”



No Direito Penal, o respeito ao garantismo não só opera os efeitos de controle de validade da norma, mas também afeta a legitimidade do próprio sistema sancionatório, de modo que, como o malferimento das garantias penais significa violação das definições legais previamente pactuadas coletivamente, desvirtua-se a essência do monopólio estatal do poder de punir: segurança jurídica e pacificação social. Então, se não há respeito ao modo como deve ser desempenhada a sanção penal, não há legítima aplicação de punição, ruindo, portanto, a validade também do próprio Estado enquanto instituição que efetiva a convivência social harmoniosa (também uma violação da dignidade humana, desta vez em sua dimensão coletiva).

Ora, como destaca Mello (2009, p. 66), na atual ordem jurídica brasileira, para ser legítima, qualquer norma deve respeitar os preceitos constitucionais, dentre eles a dignidade humana, visto que a Constituição é a estrutura fundante de todo o ordenamento. Assim, como pontua Sanchís (2011, p. 11-12), o garantismo existe porque o Direito Penal não é a expressão institucionalizada da vingança privada (lei do mais forte), mas sim, dado o gravoso impacto sob a individualidade (estigma, segregação física, etc.), o espaço de maior controle com vistas a minimizar a violência ínsita à sua própria incidência. Neste sentido, a aplicação do garantismo penal permite, em teoria, alcançar maior certeza racional (aqui, reside seu caráter científico) quanto à violação de suas prescrições, o que fundamenta sua legítima aplicação.

Por conseguinte, no ordenamento jurídico sistematizado pela CF/1988, o filtro do garantismo faz com que o Direito Penal encontre seu fundamento de validade e de eficácia social (respeito às suas prescrições), já que:

A lei do mais débil é sem dúvida uma garantia de liberdade, mas ao mesmo tempo é também de verdade. [...] Para o garantismo, não existem personalidades criminosas ou dotadas de periculosidade que se constituam por clamor popular, midiático ou político; [...] há unicamente condutas tipificadas como delitos por uma norma penal, e os fatos devem ser provados em um procedimento de verificação e refutação; [...] para isto servem as garantias, para que os pronunciamentos do juiz penal sejam, na maior medida possível, fruto da verdade, e não do resultado do decisionismo. Em poucas palavras, o ideal garantista de poder judicial consiste, paradoxalmente, em que não seja um poder, mas na verdade um saber; mais exatamente, um poder-saber. [...] porque todos eles, a falta de limites e vínculos, desembocam no despotismo. (SANCHIS, 2011, p. 11-12)<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> “La ley del más débil quiere ser sin duda garantía de la libertad, pero al mismo tiempo lo es también de la verdad. [...] Para el garantismo no existen personalidades criminales o peligrosas que se constituyan por aclamación popular, mediática o política; [...] sino únicamente hechos tipificados como delitos por una norma penal, y los hechos sencillamente han de ser probados en un procedimiento de verificación y refutación; [...] para esto sirven las garantías, para que los pronunciamentos del juez penal sean, en la mayor medida posible, verdad, y no el resultado de un libérrimo decisionismo. En pocas palabras, el ideal garantista del poder judicial consiste,

Ademais, o garantismo como sistema jurídico, graças aos seus preceitos (notadamente, o controle de legitimidade material via preceitos principiológicos gerais, e não por noções apenas formalistas), trata-se também de uma busca constante pela concretização dos valores, o que interfere na maior ou menor legitimidade de um Estado a depender do grau de satisfação dos direitos e garantias fundamentais (que na prática não podem ser efetivados de modo pleno para todos os indivíduos dadas as limitações da máquina estatal e a própria progressividade geométrica sempre crescente da demanda por sua satisfação). Portanto, enquanto instrumento jurídico de legitimação externa do Estado, o garantismo, pela natureza utópica de suas prestações, não permite conferir uma validade plena, mas apenas potencialmente ideal, de modo que sempre haverá espaço autorizado para manifestações individuais de não reconhecimento da legitimidade estatal (via, por exemplo, atos de desobediência civil, protestos, greves).

Por conseguinte, como pontua Ferrajoli (2002, p. 696), os ordenamentos jurídicos garantistas, diferente daqueles de Estados totalitários (que, dada a ausência de limitação, são essencialmente não-garantistas), são repletos de aparentes lacunas ou antinomias, o que é algo da característica do próprio sistema jurídico garantista de não esgotamento na satisfação das necessidades humanas. Assim, mudanças nas relações sociais e sua complexificação acabam também por incrementar o próprio conjunto de direitos reputados essenciais à dignidade humana, de modo que, para cada aumento na exigência de grau de satisfação, há também uma elevação no rol de direitos a serem atendidos. Entretanto, essa característica não significa a falibilidade nem tampouco a baixa efetividade do garantismo enquanto normatização jurídica estruturada, mas apenas uma especificidade que é consequência direta de seu fundamento material na dignidade humana, permitindo seu constante aprimoramento e evolução enquanto sistema.

Assim, o maior grau de implementação do garantismo (tanto sua previsão quanto sua concretização) em um ordenamento jurídico é diretamente proporcional à sua legitimidade limitadora da esfera individual, pois, como diz Ferrajoli (2002, p. 704), verifica-se a efetivação dos preceitos garantistas através da apuração da distância que existe entre as promessas legislativas e a prática diária do ordenamento. Ademais, não se pode deixar de considerar, continua Ferrajoli, que há, além da distância entre o previsto abstratamente e

---

paradójicamente, en que no sea un poder, sino un saber; más exactamente, un poder-saber. [...] porque todos ellos, a falta de límites y vínculos, desembocan en el despotismo [...]"

aquilo que se realiza materialmente, os vícios e distorções que também afetam a concretização do garantismo, afinal o Direito é a criação de um mundo artificial que não corresponde (nem poderia fazê-lo) exatamente ao mundo natural/real.

#### 2.4 GARANTISMO COMO LIMITE AO NEOCONSTITUCIONALISMO

O Direito, como qualquer instrumento de controle exercido pelo Estado, é um regulador dos direitos individuais, regulação esta que é legitimada pela finalidade buscada. A fiscalização do manejo de qualquer ferramenta de controle social (incluídas as normas jurídicas) é essencialmente aquilo que permite garantir que seu uso será restrito à busca dos objetivos pactuados coletivamente. Assim, a previsão de limitações milita em favor de um não desvirtuamento da própria finalidade legitimadora da ação de um poder estatal e, portanto, também em prol da coletividade de indivíduos.

Em que pese a pluralidade e a robustez axiológica do neoconstitucionalismo, as garantias veiculadas nos documentos contidos nas respectivas Cartas acabam por travestir-se, na prática, em mera formalidade, pois o referido movimento, ao optar por alçar o Judiciário à condição de último intérprete do documento constitucional, deferiu-lhe, como recorda Streck (2011, p. 13), “carta branca” em sua atividade interpretativa da lei, criando, portanto, um espaço potencial de arbítrio estatal. Ora, o reforço à possibilidade de interferência da atividade judicante sob o indivíduo deu-se não apenas via incremento de suas ferramentas de atuação (como o controle de constitucionalidade), mas indiretamente pela própria opção do neoconstitucionalismo em construir suas normas pela técnica normativa principiológica. Isto porque a abertura da construção normativa típica dos preceitos principiológicos alçou a atividade interpretativa da lei a um novo *status*, incrementando sua interferência criativa na ordem jurídica, porém o fez sem delinear os limites interpretativos.

A conclusão é de que, como ao Judiciário cabe interpretar a lei, que seria o instrumento onde estariam delineadas as limitações à atuação do Estado (e, também, à própria atividade judicante), apenas ao juiz, em tese, caberia dizer até onde vai sua própria ação. Já que a estipulação de limites ao agir estatal é uma garantia do indivíduo, e como ao Judiciário não foram estipulados espaços delimitados para exercer a aplicação da lei, a atividade judicante acaba por configurar-se como uma atuação irrestrita extensiva e intensivamente,

assim redundando em um excessivo protagonismo judicial, desequilibrando os poderes e vulnerando os preceitos constitucionalistas clássicos de limitação da atuação do Estado.

Mitigando a própria tradição constitucional mais elementar de que é preciso limitar toda e qualquer atuação estatal (não importa se do Judiciário, do Legislativo ou do Executivo), o neoconstitucionalismo acabou por permitir ao Judiciário o genuíno exercício de atividade legiferante, desnaturando sua função de veículo aplicador das garantias jurídicas e negando, como disse Ferrajoli (2011, p. 17), o Estado de Direito e a própria separação de poderes:

[...] o poder dos juízes acaba sendo, de fato, um poder criativo, então ele se converte naquilo que venho chamando de “poder de disposição”, que é, todavia, um poder ilegítimo, independentemente da natureza de princípios ou de regras das normas, uma vez que invade a competência da política e das funções de governo [...] (FERRAJOLI, 2011, p. 17)

Um poder sem limitação à sua atuação é por si só uma potestade arbitrária e, por isso, uma antigarantia ao indivíduo, haja vista que a força titânica do Estado sem qualquer restrição acaba por aniquilar qualquer possibilidade de autodeterminação individual. Então, milita mais contra o indivíduo que a seu favor a existência de um Judiciário que, como a própria lei não lhe condiciona a atuação, acaba por densificar as prescrições jurídicas com mais liberdade que o próprio legislador. Esclarece-se que não se está a defender um Judiciário que atue apenas via subsunção ou com nenhuma ação criadora, em verdade defende-se que a atividade judicante deve ser alvo também de limites definidos e proporcionais à sua amplitude de atuação, tal qual ocorre com os demais poderes.

A verdade é que a história dos regimes totalitários (desde as monarquias absolutistas até as ditaduras da era moderna) evidencia que a concentração de poder ou funções (o que também pode ocorrer se houver falta de limitação à atuação estatal) é combinação fatal para as liberdades públicas e a concretização de direitos. Neste sentido, a opção neoconstitucionalista de transitar da absoluta desconfiança com os magistrados (exemplo é a concepção iluminista de Montesquieu, que preceituava a atividade jurídica como apenas e tão somente subsuntiva, em que o juiz nada mais era do que um datilógrafo de um livro escrito pelo legislador) para a concentração de poderes no Judiciário é também prejudicial a um Estado de Direito que se pretende democrático. Inaugura-se, portanto, uma ditadura judicante, em que ao Juiz, sob a justificativa de satisfazer qualquer das cláusulas gerais e

principiológicas dos direitos fundamentais, é permitida toda forma de atuação, inclusive em alguns casos ainda que não provocado.

É necessário recordar neste ponto que a noção de justiça, conceito que sintetiza a compreensão de legitimidade de uma decisão judicial, está diretamente relacionada, como diz Larenz (2012, p. 491-492), com a forma como cumpre sua missão de resolver de forma justa o caso. Neste sentido, deve-se buscar primeiro controlar a própria legitimidade da atividade legiferante via verificação de seu respeito aos preceitos legais e constitucionais, sob pena de instaurar desagregação na ordem jurídica; mas também, segundo, deve-se fazê-lo via processo de interpretação e aplicação da lei que permita a aferição de se foram usados os mesmos preceitos objetivos de justiça na eleição da melhor solução casuística pelo destinatário da prestação jurisdicional.

O processo interpretativo do juiz deve ser, portanto, delimitado por critérios e um método objetivo, haja vista a necessidade de aferir objetivamente como chegou ao resultado decisório, permitindo, portanto, o exercício do direito de recurso. Ora, a objetividade é necessária, isto porque, como adverte Larenz (2012, p. 492), o juiz já tem a tendência, ainda que não intencional, de aplicar seu sentimento pessoal de justiça. Não por outra razão que inúmeros doutrinadores elaboraram diversos métodos de interpretação e critérios para uma metodologia interpretativa, tudo para guiar a atividade judicante a fim de anular ao máximo a possibilidade de incidência casuística da concepção individual de justiça.

Assim, a extremada liberdade interpretativa conferida à atividade judicial pelo neoconstitucionalismo é prejudicial à justeza objetiva da decisão, pois exacerba a possibilidade de uma aplicação das concepções pessoais de justiça do magistrado que, diante de preceitos jurídicos excessivamente abertos, constrói aquele conteúdo que mais se afina com suas pré-compreensões do justo, utilizando as normas jurídicas apenas como um fundamento legitimador e não como estopim iniciador da aplicação do Direito. Este tipo de posicionamento é flagrantemente ilegítimo, pois, ainda que se questione os métodos pelos quais o Constituinte e o legislador ordinário tomem suas decisões políticas, não há dúvida que, em um sistema de repartição de poderes, a opção pelos critérios materiais de justiça é do legislador, e não do juiz.

O perigo de manipulação da lei para satisfazer premissas pessoais do magistrado, o protagonismo judicial, é associado, em regra, a práticas arbitrárias, como se vê no seguinte trecho de Trindade e Oliveira:

Segundo Keenan Kmiec, entre os diversos sentidos adotados usualmente pelos juristas, o ativismo judicial vem frequentemente associado às seguintes práticas: (a) a invalidação de atos produzidos por outros Poderes, ainda que constitucionais, em desaprovação a escolha de diretrizes políticas; (b) o afastamento dos precedentes seja vertical ou horizontalmente; (c) a atuação como legislador positivo mediante a produção de sentenças aditivas; (d) o desvio da metodologia interpretativa aceita; (e) a predeterminação dos julgamentos orientados para atender a uma determinada finalidade. (TRINDADE e OLIVEIRA, 2016, p. 760)

Necessário esclarecer, mais uma vez, que este trabalho não visa criticar o modelo principiológico em si mesmo, nem tampouco a defender um modelo judicial de absoluta autocontenção (nem mesmo um Judiciário apenas subsuntivo), mas rechaça-se por completo o salto neoconstitucionalista de modelo de negação absoluta da voz do juiz para o de permissões irrestritas à atividade judicante de construir conteúdos jurídicos. Ademais, não se pode esquecer que não diz respeito apenas ao argumento da necessidade de separação de poderes, mas, principalmente, pelo fato da atividade interpretativa do juiz, para além de ser atípica, não estar condicionada por nenhum preceito, de modo que sua limitação é imperativa necessariamente exigido por um Estado de Direito Constitucional (que, como já visto, ontologicamente, é avesso a poderes ilimitados).

Como já explanado, colocar o Judiciário como último refúgio para realização do Direito é exatamente retroceder aos períodos arbitrários de concentração decisória, razão pela qual Streck (2011, p. 12) recorda que Ferrajoli conceitua o neoconstitucionalismo como um “paleoconstitucionalismo”. Neste sentido, assiste razão a conceituação, notadamente tendo em vista que, nesse supostamente novo constitucionalismo, o sistema do *check in balances* (que justificaria a autorização para cada poder, em certos momentos, atuar fora de sua esfera típica e interferir no âmbito do outro poder) acaba por servir, na prática, como um argumento autorizador da atuação judicial, porém não dos demais poderes no Judiciário. Ora, em sendo a atividade judicante a única a interpretar as normas jurídicas (exclusividade reforçada pelo princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional), ou seja, o espaço onde são veiculados os limites à atuação estatal, acaba-se por deferir ao Poder Judiciário a tarefa de estipular os limites a si e também aos demais poderes.

O neoconstitucionalismo, assim, ainda que com a louvável intenção de emancipar o indivíduo, acabou por colocá-lo a mercê de uma nova concentração de atribuições ao optar por um Judiciário ilimitado. Isto porque, ainda que não diretamente, o neoconstitucionalismo produziu o efeito de desconstruir as poucas restrições existentes à atividade judicante, enfraquecendo o indivíduo frente ao exercício da atividade estatal da judicatura e, diante da

falta de previsibilidade, também retirando a legitimidade da própria atividade judicante. Assim, como recorda Ferrajoli (2011, p. 09), a opção neoconstitucional de franquear a concretização das normas jurídicas ao arbítrio do individualismo do juiz é também uma ameaça à própria legitimidade estatal enquanto provedor da aplicação do Direito e, por conseguinte, de provedor dos direitos individuais.

Para correção desta disfuncionalidade do neoconstitucionalismo, não é necessária a instauração de outra ordem constitucional, mas apenas a estipulação das garantias individuais como limite interpretativo inderrogável para o Judiciário, inclusive com a vedação de que seja exercida a interpretação a estes limites. Ora, o garantismo, ao conferir ao “débil” da relação – o indivíduo – a possibilidade de estar em posição de igualdade/paridade de armas frente ao Estado-Juiz, permite o controle da forma como é aplicada a força judicial restritiva das liberdades individuais.

O garantismo, no ordenamento jurídico neoconstitucionalista, tem, portanto, a essencial funcionalidade de submeter a atividade judicante do Estado à dignidade humana, atrelando a validade das decisões judiciais à obediência dos mandados de otimização dos direitos e garantias individuais, exercendo, como recorda Trindade (2012, p. 03), função limitadora da “discrionariedade potestativa do juiz”. Portanto, Ferrajoli (2011, p. 08) expressamente exclui a possibilidade de conferir validade à figura de um juiz que exerça interpretação inovadora na ordem jurídica, pois apenas a lei pode criar novas normas jurídicas, devendo a atividade interpretativa do Judiciário ser criativa apenas “ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais”. (FERRAJOLI, 2011, p. 08)

Ademais, não se pode desconsiderar que a definição de parâmetros legislativos para a atividade interpretativa pelo Judiciário não significa apenas conferir ao Estado uma carta branca na sua atuação, mas, ainda, delegar à individualidade de cada magistrado a construção do teor concreto dos preceitos abstratamente definidos. Assim, a ausência de limitação redundando também na grave possibilidade de deixar ao alvedrio das convicções íntimas do juiz a tutela dos direitos individuais, o que, por óbvio, também significa uma maior insegurança jurídica diante da multiplicidade de produtos interpretativos possíveis de aplicação em uma mesma situação fática. O decisionismo é, portanto, consequência direta (e, inclusive, estimulada) do neoconstitucionalismo (ou “paleoconstitucionalismo”), e significa a deturpação da função judicante: deixa de ser uma atividade de detecção dos dispositivos aplicáveis e sua análise de compatibilidade sistêmica à luz da constituição, transformando-se

mais em uma reconstrução/alteração conceitual daquilo que já está positivado, inclusive, por diversas vezes, substituindo-se à atividade legiferante de inovar na ordem jurídica.

Neste sentido, fica o indivíduo que busca a tutela jurisdicional sujeito ao subjetivismo do Estado-Juiz, afinal, sem a definição de balizas onde pode o magistrado transitar em sua atividade interpretativa, o resultado da atividade decisória passa a ser mais sujeito à uma lógica individualista do intérprete que àquilo que está positivado. Gera-se, então, um sentimento de incerteza sob os efeitos práticos dos direitos, pois, apesar de serem formalmente os mesmos para todos os indivíduos, a depender da cognição judicial, podem redundar em aplicações práticas das mais diversas, por vezes, inclusive, diametralmente opostas. Outra não é a conclusão a que chega Streck:

[...] assim, o neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, que à diferença do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente. [...] Há milhares de decisões (e exemplos doutrinários) fazendo menção à ponderação, que, ao fim e ao cabo, é transformada em álibi teórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos. (STRECK, 2011, 22-23)

Diz Trindade (In: ROSA et al, 2012, p. 124) que o garantismo, portanto, deve ser utilizado como baliza limitadora intransponível não só para o Executivo e o Legislativo, mas principalmente para a atividade interpretativa do magistrado. Enquanto instrumento de correção da ausência de limitação à atividade judicante, o garantismo serve, assim, como meio não só de construção de um equilíbrio entre os poderes, mas, notadamente, concede legitimidade ao Poder Judiciário, já que reduz a possibilidade de uma decisão conforme a individualidade do magistrado.

É certo que não é possível eliminar por completo, na atividade interpretativa, a interferência das convicções íntimas do aplicador, afinal a própria interpretação é uma tarefa dedutiva que não pode ser exercida sem um indivíduo, recebendo, portanto, invariavelmente a contaminação das experiências pessoais do intérprete. O garantismo, portanto, não se propõe a ser um meio de matematização da aplicação do Direito, mas apenas uma limitação para redução das possibilidades de sujeição à arbitrária e variada concepção pessoal do magistrado, servindo, portanto, como um instrumento de previsibilidade e de reforço à imparcialidade. Então, como diz Ferrajoli (2011, p. 10), assentar o garantismo como inderrogável limitação ao exercício da judicatura permite não só uma maior segurança jurídica, mas também confere legitimidade à decisão judicial.



Um Judiciário sem limites em sua atuação, como assim preceitua o neoconstitucionalismo, ao contrário de permitir uma maior concretização dos direitos individuais, significa, em verdade, submeter o cidadão à constante insegurança, visto que sujeito à loteria das individualidades do magistrado. Os preceitos garantistas, dada sua gênese limitadora de arbítrios, assumem a qualidade de ferramentas de adequação do neoconstitucionalismo, reduzindo a interferência da subjetividade na atividade judicante.

## 2.5 GARANTISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O garantismo, em suas três acepções, portanto, não pode ser compreendido de outro modo que não uma teoria constitucionalista do Estado de Direito, afinal, como sintetiza Salo de Carvalho:

Na tentativa de estabelecer novos vínculos capacitadores de um sistema de proteção dos direitos fundamentais e da democracia, a teoria garantista propõe a alteração de três dimensões da esfera jurídico-política [...]: (1ª) a revisão crítica da teoria da validade das normas e do papel do operador jurídico (plano da teoria do direito); (2ª) a redefinição da legitimidade democrática e dos vínculos do governo à lei (plano da teoria do Estado); e (3ª) a reavaliação conceitual do papel do Estado (plano da teoria política). (CARVALHO, 2008, p. 96)

No Brasil, à semelhança da história constitucional do país, o garantismo, portanto, expressou-se com inconstância, de modo que houve momentos históricos em que os documentos jurídicos nacionais tinham em seu bojo extenso rol de direitos e garantias individuais, em outros não havia sequer direitos mínimos. Assim, é possível afirmar apenas que as prescrições garantistas brasileiras não apresentam uma construção linear historicamente nem tampouco diretamente relacionadas com a inclinação política ou democrática do grupo político dominante neste ou naquele período da história brasileira.

Ademais, o atual documento constitucional não foi necessariamente produto de um progressivo caminhar constitucional e sociopolítico brasileiro, sendo, em verdade, a maioria das previsões garantistas nacionais institutos importados do Direito alienígena. Neste sentido, apesar das inúmeras prescrições normativamente avançadas, há grande disparidade entre tais previsões abstratas e sua efetivação material, notadamente graças a um elevado grau de conservadorismo e de autoritarismo ainda existente tanto nas instituições quanto na própria população.

Assim, as tentativas de aplicação de institutos garantistas, no Brasil, ainda que a CF/1988 tenha rol holístico e exemplificativo de direitos e garantias fundamentais (inclusive, com previsão expressa de vedação ao retrocesso, de cláusula de abertura para direitos humanos e de ser cláusula pétrea), ora são vistas como estímulo à impunidade (notadamente, na esfera penal, é comum a veiculação do discurso de que os direitos de garantia são obstáculos indevidos à persecução penal), ora como instrumentos de proteção classista (seletivamente recortados como direitos deste ou daquele indivíduo ou grupo a depender de alguma qualidade).

A compreensão inadequada e a ausência de uma maturidade jurídico-constitucional militam contra o garantismo no Brasil, principalmente em períodos de grande clamor midiático ou social pelo recrudescimento das previsões normativas sob a crença de que tais normas são a ferramenta necessária para solução dos problemas da violência urbana e, ainda, de que serão aplicadas a todos os fatos e indivíduos abstratamente violadores das normas.

A racionalidade das garantias individuais não é compreendida como uma proteção coletiva, mas apenas vista como um meio obstativo aos anseios coletivos, porém, como já demonstrado, essa conclusão é, além de equivocada, seguramente mais vantajosa àqueles que têm acesso à máquina pública ou a dirigem. O protagonismo judicial atinge níveis críticos para a democracia no país, notadamente pela secular “magistrocracia”, o que, sob os auspícios da neoconstitucionalista CF/1988, chegou ao seu ápice. Na última década, principalmente, as decisões judiciais, como evidenciam claros exemplos trazidos por Trindade e Oliveira (2016, p. 752-754), quando por vezes não deixam clara a existência de uma opção nitidamente pessoal do julgador, por outras desrespeitam frontalmente dispositivos legais expressos. Por conseguinte, a força emancipatória do garantismo, no Brasil, perde-se em disputas ideológicas ou em presunções socialmente difundidas e construídas sob premissas falsas.

A legislação brasileira, hoje, luta para se adequar à nova ordem jurídica garantista inaugurada pela CF/1988 (afinal, seu fundamento é a dignidade humana), sendo exemplo disso a pauta extensa do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, e muitas vezes os casos são relativos a violações de normas constitucionais veiculadoras de direitos e garantias fundamentais. Não é só o legislativo que se debate em aceitar o garantismo, o Poder Executivo também se esquivava, sob o argumento da reserva do possível (importado do contexto alemão, que é bem distinto da realidade sociopolítica brasileira), da obrigação prestacional de garantir as condições materiais para acesso ao mínimo existencial.

A aplicação do garantismo no Brasil é, ainda, deveras seletiva, sendo aplicável com grau máximo àqueles que possuem elevado poder aquisitivo, não só pelo elevado custo de mobilização da máquina da Justiça, mas também pela falta de meios de acesso gratuitos para fornecer assistência jurídica, judicial e extrajudicial, àqueles que não têm como custear advogado. A pouca ou nenhuma estruturação dos serviços de assistência jurídica, como a Defensoria Pública, é, inclusive, um fator usado pelos organismos internacionais para avaliar o grau de efetivação da democracia (e do garantismo), o que já resultou em condenações ao Brasil em tribunais internacionais de direitos humanos por violação ao direito à proteção judicial.

Este quadro de absoluto descaso fica ainda mais gritante no ramo jurídico que mais convive com o drama da efetividade garantista, o Direito Penal, em que, como já dito, as prescrições garantistas são mais que necessárias (dada a grave violência que significa sua incidência). Não por outra razão, a última década, no Brasil, foi marcada por um crescente endurecimento das legislações penais e com a criação de inúmeros tipos, algumas vezes voltados para o mesmo fato, o que, por si só, já representa violação ao *bis in idem*. Ocorre que, a *contrario sensu* do esperado (a redução do cometimento de delitos penais), nesse mesmo período, houve, em verdade, crescente aumento do cometimento de infrações penais, evidenciando, em uma análise preliminar, que o recrudescimento conservador das normas penais, fenômeno muitas vezes acompanhado por uma diminuição das garantias individuais, não significa necessariamente uma redução nos delitos.

Os fatores de resistência aos preceitos garantistas são, no Brasil, por conseguinte, dos mais variados matizes (social, político, econômico, etc.) e, ao mesmo tempo, diretamente relacionados com a própria história do país, de modo que a adequada aplicação do garantismo em terras brasileiras demanda não só um profundo processo educativo com vistas à formação de uma consciência coletiva. Os países europeus e outros de vivência democrática mais longa precisaram amadurecer suas instituições e estruturas para que fosse possível aos preceitos garantistas encontrar lugar de aplicação plena.

Contornar esse aparente “atraso” democrático não demanda apenas o manejo do controle de constitucionalidade e da constitucionalização das normas infraconstitucionais, mas também é preciso, para que o garantismo efetivamente se processe, que, além do amadurecimento social e político, os diversos ramos do Direito primem pelo diálogo de fontes. O que se vê, em análise macro da legislação brasileira, é uma miscelânea de prescrições que ignoram a existência de outras normas, e inclusive, ao leitor mais desatento,

parecem confrontar-se. A profusão (ou confusão) legislativa não só enfraquece os comandos que veicula, como também as garantias (procedimentais e materiais), permitindo, por exemplo, no Direito Penal, erros de condenação ou múltiplas sentenças para o mesmo fato.

Ora, por tudo exposto neste capítulo, vê-se que o garantismo, enquanto filosofia, modelo de Estado e também sistema jurídico, não pode jamais ser confundido com uma busca por impunidade nem ser visto como um beneplácito concedido aos infratores. Os preceitos apresentados demonstram que o foco das prescrições garantistas é muito mais amplo, sendo, na verdade, muito mais uma proteção coletiva e geral cujos destinatários primordiais são exatamente a grande maioria dos indivíduos que não cometem delitos. O garantismo é, em verdade, uma demanda pela realização da dignidade humana, o que se expressa em uma série de direitos e, a despeito da redundância, em garantir o pleno gozo da condição humana por todos os indivíduos.

Neste sentido, a instável situação normativa do garantismo, no Brasil, significa, então, a vulnerabilidade de todo e qualquer indivíduo, notadamente aqueles que não cometem delitos. O respeito às determinações garantistas, normas jurídicas legitimamente estabelecidas, seja via não intervenção, seja através de uma efetivação material, significa o cumprimento das normas constitucionais e legais, evitando a ocorrência das nefastas e obscuras arbitrariedades.

### 3 A MORALIDADE PÚBLICA

A moralidade, enquanto valor jurídico, demanda a compreensão da forma da construção e da coercibilidade (se existente) das normas morais, de modo que, antes de colocar a moralidade como preceito jurídico, é fundamental tratar da distinção entre moral, ética e Direito, para, inclusive, compor os pontos de encontro e aproximação. Neste sentido, é essencial não só entender se é possível normas morais serem enquadradas como bem jurídico, mas, principalmente, as expressões de sua tutela no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda que não exista qualquer consenso sobre a semelhança ou dissemelhança entre moral e ética, inclusive com inúmeros autores usando ambas as nomenclaturas com o mesmo significativo, esta ausência de distinção clara, que redundaria no uso indistinto de ambas as nomenclaturas, proporciona, como esclarece Cammarosano (2006, p. 32), uma “fraca” proteção jurídica acaso seja positiva a premissa para qualificar a moral como bem jurídico. Neste sentido, a precisa diferenciação no conteúdo dos termos é fundamental para uma tutela jurídica legítima e que efetivamente forneça segurança jurídica, afinal, o Direito, como qualquer instrumento de interferência estatal na vida do indivíduo, necessita, para ter legítima incidência, de limitações prévias disciplinadoras de “como”, “onde” e “de que modo”. Isto porque a fixação do modo de ser e de produzir o Direito é uma garantia do indivíduo frente ao Estado, preservando o pacto social e a própria legitimidade das normas jurídicas.

Ora, a clareza conceitual dos bens tuteláveis juridicamente atua, também, como instrumento de controle do exercício da força estatal, visto que elimina (ou ao menos reduz substancialmente) a possibilidade de desvios na aplicação. A delimitação de conteúdo de um bem jurídico é preceito derivado do próprio princípio da legalidade (e, no Direito Penal, na taxatividade, sendo ainda mais restrito), que é um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito e da filosofia do garantismo.

A compreensão adotada neste trabalho da moralidade como produto de uma construção histórica, que, na era moderna, dissociada da religião e de noções metafísicas, assume papel relevante na sistematização do conjunto de valores informativos e organizadores do Estado. Desse modo, o conceito de moral apresentado está voltado para sua acepção prática na busca pela satisfação do interesse público e da dignidade humana (a chamada moral crítica), inclusive como fonte de legitimidade do uso da coisa pública. A moralidade enquanto preceito jurídico, recorda Cammarosano, foi conceito desenvolvido pelo francês Hauriou:

[...] o que ficou como substância da doutrina francesa da moralidade administrativa, pelo menos entre nós, está condensado no seguinte trecho da obra de Direito Administrativo Brasileiro, de Hely Lopes Meirelles, que transcrevemos: “[...] Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas de uma moral jurídica, entendida como ‘o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’. [...] A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem-comum.” (CAMMAROSANO, 2006, p. 67)

Verifica-se, assim, quão o Estado, enquanto instituição idealizada para a gestão da coisa pública com vistas ao cumprimento dos anseios coletivos (concretizando, se assim o fizer, a moralidade pública), é, em si mesmo, um valor derivado da própria dignidade humana. Então, tanto a adequada delimitação conceitual da moral quanto o seu reconhecimento como bem jurídico limitam a própria atuação do Estado, permitindo, portanto, um reforço na dignidade humana, seja pela via prestacional, seja pelo absentismo.

Notadamente, no modelo axiológico do neoconstitucionalismo, a moral, enquanto um dos instrumentos de construção coletiva de valores imprescindíveis/irrenunciáveis a serem tutelados pelo Direito (com sua positivação e coercibilidade independente do consenso daquele que seja atingido), adquire, ao lado da dignidade humana, a qualidade de valor-fonte da própria legalidade informadora da atuação do Estado.

### 3.1 ÉTICA, MORAL E DIREITO

Nos tempos antigos, antes da secularização promovida notadamente pelo Iluminismo, como recorda Comparato (2006, p. 50), qualquer conhecimento humano ou deveria encontrar alicerce na religião ou era eminentemente produto de uma construção conceitual derivada dos próprios valores religiosos e metafísicos. Por conseguinte, a moral e a ética, imbrincadas em um unívoco conceito, eram o subsídio coercitivo da religião, que era o guia fundante de qualquer estrutura societária antiga, inclusive a estatal e a jurídica.

Com fim do período medievo, em que se aprofundou ainda mais a imbrincada relação entre moral, ética, Direito e religião, houve o fenômeno da secularização, que, como explanou Comparato (2006, p. 45), pela sua radical e abrupta transformação, ocasionou a perda de valores coletivos (como moral e ética), substituindo-os por um individualismo utilitarista. A oposição entre, de um lado, moral, ética e religião, e, de outro, Direito e Estado, foi não só salutar e necessária para por fim à concentração de poder e à mentalidade exclusivamente

metafísica (que não favorecia a pluralidade humana nem tampouco os próprios avanços tecnológicos), mas também proporcionou, pela sua radicalização, por outro lado, a perda irreparável do tributo de cada indivíduo à coletividade, levando, por conseguinte, a uma estrutura estatal com atuação eminentemente pautada por valores individualistas.

Essa secularização radical foi, inclusive, fomentada pelos teóricos do Direito, a exemplo de Hans Kelsen, sendo, por vezes, apresentada como argumento para indicar a existência de cientificidade de uma norma jurídica que seja completamente alheia a valores morais e éticos. Enquanto os filósofos de outros ramos das ciências humanas buscaram tão só separar a religião da moral, da ética e do Direito, sem cindir os três últimos entre si, os juristas, em busca da autonomia científica, sustentaram a completa alienação das normas jurídicas dos valores morais sob o fundamento de que a moral não seria passível de positivação.

Essa postura metodológica é evidentemente reflexo do auge das Ciências Naturais, sendo, porém, pela gênese distinta de objetos de investigação, uma transferência de método inadequada às Ciências Sociais. Neste sentido, a aplicação dos métodos das ciências naturais ao Direito acabou por isolá-lo também do seu objeto de estudo, as relações humanas, visto que estas últimas estão profundamente impregnadas de valores morais e éticos. Essa matematização do Direito tem repercutido, hoje, na desconexão entre as normas jurídicas e o seu papel enquanto ferramenta social, resultando em baixa efetividade e coercibilidade.

Assim, o único consenso é que, efetivamente, a religião é um campo estranho à moral, à ética e ao Direito, já que não se pode fundar em preceitos metafísicos os valores e preceitos que se desenvolvem na interação entre indivíduos inseridos socialmente. O Iluminismo, portanto, teve o mérito de instaurar a racionalidade emancipatória como um processo sem possibilidade de retorno, permitindo o início de uma compreensão da sociedade como uma sistêmica dinâmica diferenciada pela própria qualidade racional dos indivíduos: a sociedade não é a soma de individualidades, mas a conjugação das interações entre o todo e cada indivíduo e, também, dos próprios indivíduos entre si. Por conseguinte, cada indivíduo não está preso a definições prévias, mas, ao contrário, pode traçar um singular caminho para sua vida, inclusive exigindo do Estado que respeite essa liberdade e que implemente as condições para tanto.

Esta emancipação da mentalidade racional permitiu não só a compreensão do próprio espaço individual singular, mas também a percepção distintiva entre ética e moral. Assim, ainda que não sejam claros o caminho metodológico nem os fundamentos dessa distinção,

verifica-se, como leciona Cammarosano (2006, p. 49-50), citando as lições de Miguel Reale, uma relação eminentemente de gênero e espécie, em que a ética dedica-se ao estudo das normas de conduta reiteradas (costume), enquanto que a moral, por sua vez, seria apenas um conjunto específico de tais regras de conduta que estão no plano intelectual de valores gerais prévios, pouco importando se costumeiros ou não.

Daí que, como predetermina os valores a serem seguidos no agir humano, a moral sempre foi, apesar de não positivada, inquestionavelmente uma categoria normativa jurídica; inclusive, já que os princípios éticos são, tal o Direito, normas de comportamento, bastou positivá-los para lhes conferir a segurança jurídica necessária a serem revestidos de juridicidade. Neste sentido, ainda que sejam de campos normativos distintos e que não necessitem da reiteração para serem legítimos, tanto a moral quanto o Direito são dotados de essência ética já que, via suas prescrições coercitivas, dirigem o comportamento humano através de valores.

É necessário esclarecer que a essencialidade ética das normas de conduta não significa, necessariamente, a realização da justiça, visto que, nos termos das lições de Cammarosano (2006, p. 53-55), o ideal do justo é mera qualificação conferida pela ordem normativa, de modo que uma norma, jurídica ou moral, pode ser ou não justa, o que não compromete sua legitimidade nem sua coercibilidade. Inclusive, a justiça, para o Direito, está ligada à aplicação imparcial e uniforme da norma jurídica, ou seja, que haja igualdade aos destinatários individuais da prescrição jurídica. Também, tampouco se fala em necessária relação entre moralidade e justiça, já que, quanto às regras de conduta morais de dada sociedade, não se questiona a justiça de suas previsões via grau de adequação ao conjunto de valores éticos, haja vista que a fonte de apuração de sua legitimidade vem do respeito ao agir moral consolidado pela dinâmica social sistêmica.

A construção conceitual da moral como regra de comportamento passível de aferição objetiva desemboca na noção de moral crítica, que, diferente da moral convencional ou comum, pode ser sintetizada através de um processo intelectual sem uso da subjetiva categoria da qualificação, não tendo, portanto, conteúdo sujeito a relatividade. Neste sentido, o seguinte trecho:

[...] Moral convencional, comum ou positiva são expressões que designam o fenômeno social consistente na existência/observância de um conjunto de normas de comportamento baseadas em juízos comuns ou preponderantes sobre o que é bom ou mau, certo ou errado, justo ou injusto. Moral crítica, por sua vez, é locução que



designa a instância crítica da práxis humana, da práxis verificada nas instituições humanas, como o direito e o Estado. (BARBOZA, 2002, p. 53-54)

Por conseguinte, a moralidade que se aproxima do Direito e guarda com ele a afinidade de serem normas prescritoras de conduta com coercibilidade é a moral crítica (a aceção esta que será adotada daqui em diante neste trabalho). Mesmo a moral crítica difere do Direito por não ser produzida pelo Estado, não podendo ser compreendida como uma coerção institucionalizada (não há sua autonomização, como ocorre com o Direito, em que a coerção é profissionalmente desempenhada).

Assim, apesar da compatibilidade com a moral crítica conferir ao Direito legitimidade (e, assim, eficácia social), o signo distintivo das normas jurídicas em relação a qualquer outra que conduza/condicione o comportamento humano (como a moral) é exatamente a predeterminação procedimental, ou seja, a existência de regras que estipulam a forma para produzir uma norma jurídica. Ora, como diz Cammarosano (2006, p. 43), são exatamente as regras das regras que conferem maior certeza e segurança às normas jurídicas, o que lhes permite uma coercibilidade qualificada, que é a nota diferenciadora entre elas e as normas morais.

Outro ponto a justificar a coercibilidade diferenciada do Direito reside em sua capacidade de atualização constante a fim de restar adequado à realidade, sempre em constante transformação. Este também é um elemento de distinção entre as normas jurídicas e os preceitos morais, cuja perenidade e impossibilidade de alteração, conforme recorda Cammarosano (2006, p. 24), trata-se de uma característica intrínseca ao seu próprio meio de formação: “sedimentados ao longo de demorados processos de evolução cultural”.

Por conseguinte, a legitimação do Direito tem como um dos seus fundamentos aquilo que Habermas, como recorda Barboza (2002, p. 56-57), chamou de racionalidade procedimental completa, posto que estabelece critérios/requisitos institucionais e autônomos (processo, quóruns de abertura, votação e aprovação, matéria, iniciativa de lei e outras atribuições que devem ser desempenhadas no processo legislativo), que, acaso obedecidos, permitem, via aferição objetiva e racional, afirmar a higidez do procedimento de positivação, e, por conseguinte, da norma jurídica produzida. A moral, por sua vez, como tem uma racionalidade procedimental incompleta, não permite a verificação de sua legitimidade, o que exige, portanto, para fins de uma harmoniosa convivência coletiva, que aqueles preceitos morais mais relevantes à sociedade (a moral mínima) sejam tratados pelo Direito.

Fruto, notadamente, das duas distinções já destacadas, o terceiro ponto que diferencia a norma jurídica da moral é, como já dito, a capacidade coercitiva diferenciada e autonomizada das regras jurídicas. Neste sentido, a despeito de ambas as regras de conduta terem a capacidade de se imporem sob o indivíduo a despeito de sua vontade interna (já que ambas são dotadas de coercibilidade, ainda que de graus distintos), o Direito tem uma coerção organizada e exercida institucionalmente (sendo, inclusive, este o outro critério, junto com o da gênese, eleito por Kelsen para diferenciar tais regras de conduta entre si), enquanto que a moral é imposta por uma expectativa social de conduta de cada indivíduo via pressões indiretas feitas pelos próprios indivíduos entre si.

A despeito da separação de atuação normativa entre Direito e moral, os preceitos morais exercem influência não só para legitimar, mas também sob o processo de formação da norma jurídica. Trata-se da permeabilidade do Direito aos valores socialmente relevantes, característica que foi ampliada com o novo modelo axiológico do neoconstitucionalismo, estimulando o que Hart, segundo Barboza (2002, p. 36), chamou de textura aberta do Direito.

Ainda que não seja adequado, como defendeu Hart, conceber a moralidade como aquela que fornece legitimidade às normas jurídicas, não se pode desconsiderar que, como o Direito e a moral são ambos voltados a reger a conduta humana, houve (e haverá), em regra, influências valorativas não-objetivas sob essas duas ordens reguladoras. Neste sentido, a contribuição de Hart, rompendo com a ideia kelseniana de pureza do Direito, foi chamar a atenção para o fato de que, para reger o agir de cada indivíduo (ao mesmo tempo, objeto e finalidade do Direito), as normas jurídicas precisam encontrar ressonância, ainda que não plena, nos valores socialmente relevantes, ou seja, a moral social mínima.

### 3.2 MORALIDADE COMO BEM JURÍDICO

A coercibilidade das normas morais expressa-se, como diz Comparato (2006, p. 514), ou via sistema oficial de poder que lhes confira a força para que se imponham sob as consciências individuais (em um processo de coerção que vai de fora para dentro), ou através da espera inativa de aguardar que tais valores éticos brotem espontaneamente em cada indivíduo (de dentro para fora, portanto). O segundo processo contraria frontalmente a própria filosofia contratualista que ensejou, e que ainda justifica, a criação do Estado: o preceito fundamental do Estado Liberal é precipuamente que, para garantir o exercício dos direitos e liberdades individuais e os preceitos morais essenciais à coletividade, deve ser criado um

órgão/instituição para garantir a pacífica convivência coletiva. Portanto, as normais morais demandam que o Estado atue em prol de sua coercibilidade via instrumentos diretos (o Direito, por exemplo) ou indiretos (indução comportamental com a seleção de regras de conduta a serem seguidas pelos agentes públicos, criando uma “tendência” de comportamento moral nos demais indivíduos), sendo que ambos demandam uma conduta ativa.

Ademais, a capilaridade é uma característica própria da função e do objeto comuns ao Direito e à moral enquanto regras de conduta, o que, entretanto, graças às distinções pontuadas, não permite confundi-las. Neste sentido, ainda que certas regras morais sejam positivadas como jurídicas, mesmo assim, segundo Cammarosano (2006, p. 41), não há a perda desta distinção, permanecendo o conteúdo da norma moral voltado aos valores sociais ainda que positivada como jurídica. Assim, a juridicização de certos preceitos morais não é obstada, a priori, pelo conteúdo veiculado na norma moral, visto que, via positivação, haverá apenas a substancial redução da relatividade/indeterminação aparente do significado objetivo dos valores morais, mas não a diferenciação da funcionalidade, passando, apenas, a exercer, como norma jurídica, uma coerção “qualificada”.

Ora, a funcionalidade da moralidade extrapola aquela que teria se fosse mera prescrição jurídica, posto que, antes de ser legalmente prevista, já tem tríplice influxo: primeiro, por ser veículo de valores essenciais a toda coletividade, é exigida sua obediência por todos; segundo, serve como uma tendência de conduta para todos os indivíduos ao prescrever/impor um código de ética inato a certos profissionais, como ocorre, por exemplo, do empresário, dos agentes públicos, do advogado, do médico, de modo que, ao incutir nestes indivíduos uma moralidade, esta depois atuará como força indireta a guiar o restante do corpo social; e, ainda, como parâmetro ao legislador, na qualidade de guia a futuras elaborações legais (em respeito à unidade do ordenamento jurídico), e, ao magistrado, aqui como vetor interpretativo para os conceitos indeterminados.

Portanto, mesmo antes de serem positivados como bens jurídicos, os preceitos morais já exercem, como recorda Karl Larenz (2012, p. 599), a funcionalidade de diretivas orientadoras da normatividade jurídica e, também, graças à sua força como ferramenta de convencimento, de fundamentos justificadores para decisões judiciais. Ademais, como diz Karl Larenz, essa função de servir como régua diretiva da interpretação jurídica é apropriada pelos princípios, que, na qualidade de “critérios teleológicos-objetivos, (sic) são coadjuvantes

para a interpretação, bem como para a integração de lacunas; aqui constituem o fundamento para uma analogia global e, por vezes, também para uma redução teleológica.” (2012, p. 599)

Ocorre que, dentro da ordem jurídica neoconstitucional, pela relação de dupla fundamentação jurídica (graças aos princípios já expostos, como unidade constitucional, supremacia da Constituição e a dignidade humana), a qualificação de bem jurídico, como pontua Prado (2009, p. 44), exige não só a previsão normativa autorizadora para servir como princípio interpretativo (dada a importância ainda mais qualificada do garantismo), mas também a sua apresentação no texto constitucional como objeto de tutela (inclusive para autorizar o seu uso como fonte de extração de valores para as normas infraconstitucionais).

Ademais, remontando à seletividade do bem jurídico-constitucional, outro atributo fundamental é, além de encontrar fundamento nos demais valores e bens também constitucionalmente inseridos, fazer remissão constante a estes, em uma verdadeira unidade sistêmica. Neste ponto, Mello (2009, p. 68), citando Figueiredo Dias e Luiz Luisi, esclarece que a seleção dos bens jurídicos imprescindíveis é feita pela Constituição, pois é a dimensão constitucional o verdadeiro “quadro de referência” de todo o ordenamento jurídico, por isso existe a exigência da constitucionalização das normas infraconstitucionais.

Ademais, a necessidade da categorização como bem jurídico reside exatamente, como diz Prado (2009, p. 19), no fato de que o Direito é legítimo quando esteja em permanente conexão com a realidade, sintonizado, por conseguinte, com os anseios sociais. A harmonia com o destinatário de sua proteção (a sociedade) demanda, ainda, uma atividade intelectual de seleção dos seus objetos de tutela, haja vista que, sob pena de enfraquecer a proteção fornecida pelas normas jurídicas (a coercibilidade qualificada), não se pode admitir, aprioristicamente, que qualquer direito ou bem receba a proteção estatal.

Uma proteção jurídica excessivamente ampla não só significaria uma dispersão caótica da energia coercitiva do Direito, mas também não permitiria a delimitação dos poderes do Estado, o que comprometeria, portanto, os direitos e garantias individuais. Não por outra razão que, para cada sociedade, há um modelo jurídico de proteção distinta, já que, como recorda Prado (2009, p. 20-21), os efeitos jurídicos (dentre eles, o de proteção aos bens jurídicos) são estabelecidos conforme o organismo social e, também, em cada momento histórico.

A relação de interdependência entre bens jurídicos e anseios sociais remota à gênese da tutela jurídica, sendo utilizada pela teoria contratualista para justificar a criação do Estado: a pactuação coletiva era necessária para criar um ente voltado para garantir, por meio de

instrumentos, inscritos e autorizados previamente por todos, a ação com coerção. Neste sentido, a justificativa da formação do Estado foi, exatamente, a necessidade da criação de uma proteção coletiva geral, sendo a criação de uma instituição para busca desta finalidade a opção feita por todos os indivíduos.

A proteção institucionalizada do Direito, como não poderia ser diferente, é, por si mesma seletiva, sendo que, tradicionalmente, foi balizada por valores e interesses notadamente liberais. Essa íntima ligação entre bem jurídico e finalidade do Estado fica ainda mais relevante no Direito Penal, campo em que o conceito de bem jurídico adquire importância crítica, graças às características que diferenciam este ramo dos demais do Direito, inclusive com contornos próprios para seus bens jurídicos, que devem ser informados pela fragmentariedade e pela *ultima ratio*.

Desse modo, o bem jurídico, além de ser veículo dos valores e bens imprescindíveis em dada sociedade, pode ser considerado um desdobramento do garantismo, porque limita não só a atividade do legislador, mas, principalmente, o aplicador e intérprete do Direito, notadamente a discricionariedade judicial. Assim, o bem jurídico é, nas palavras de Prado (2009, p. 30), “uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente)”. Como se trata de um exercício intelectual seletivo, ainda que seja necessária ressonância nos anseios sociais, a qualificação como bem jurídico não depende em si do conteúdo intrínseco do objeto ou valor protegido, não sendo possível pensar, por conseguinte, na exclusão da categoria de bem jurídico de valores tão somente pelo fato de serem morais.

E, para aqueles que dizem que conteúdos valorativos, pela sua abstração aparente (afinal, como já dito, adota-se o conceito de moral crítica), não podem ser colocados como bens jurídicos, Prado (2009, p. 44) espanca eventuais dúvidas recordando que a Constituição e o Estado Democrático de Direito estimulam que o quadro axiológico que deles deriva seja colocado como bem jurídico:

Impõe reconhecer então que nem todo bem jurídico tem um suporte corpóreo ou material que possa ser equiparado ao objeto da ação ou do fato. Quando o bem jurídico se apresenta como valor (objetivado), ainda que conectado com a realidade social, o objeto da ação pode ser incorpóreo. [...] Vale dizer: o substrato do bem jurídico não coincide com o objeto sobre o qual é produzido o resultado (objeto da ação ou do fato). (PRADO, 2009, p. 45-46)

Assim, como se trata a moralidade de valor essencial a qualquer coletividade, é passível sim de ser colocada como bem jurídico, visto que também tem os demais atributos

necessários, quais sejam, na lição de Prado (2009, p. 41): ser passível de estipulação objetiva, de ideal consenso coletivo, de concreção em postulados axiológicos materiais e, ainda, de universalização. Quanto à universalização, esta ocorre via seletividade de um mínimo ético na acepção de Barboza (2002, p. 45), ou seja, são dignos de proteção como bens jurídicos o conjunto de preceitos morais voltados à realização da dignidade humana. Por conseguinte, como esclarece Barboza (2002, p. 45-47), a fundamentação/legitimidade da moral crítica como bem jurídico, sob o ponto de vista racional, encontra-se eminentemente nos valores informadores da dignidade humana (e, portanto, no garantismo também), tendo, então, o mesmo viés limitador que as garantias individuais, porém sob um prisma mais coletivo.

Roxin (2013, p. 18-19) também reforça a possibilidade de valores, ainda que coletivos, serem passíveis de receber a qualificação de bens jurídicos, enaltecendo que tanto os bens individuais quanto os “da generalidade” são bens jurídicos, já que ambos servem ao cidadão e permitem a proteção *lato sensu* de sua dignidade humana, dentre tais bens coletivos relevantes está, inclusive, a exigência de uma administração pública proba. Assim, para Roxin, há uma evidente ligação entre o modelo de Estado Democrático de Direito e a definição do que seja bem jurídico, notadamente pela evidente função do bem jurídico de garantir a realização da realidade vital humana.

Com isso, pode-se dizer que, respeitando a marca do Estado Liberal de Direito (a limitação jurídico-legal negativa), a moralidade imprime-se como um valor jurídico protetivo dos cidadãos frente à conduta dos próprios agentes públicos. Assim, o Estado de Direito, ao inserir a moralidade na ordem jurídica, exige, como vaticina Sbardelotto (2001, p. 34), instaurar como bem jurídico a ideia de gestão da coisa pública estritamente direcionada para a satisfação dos interesses coletivos. Assim, se quando em época do Estado Liberal-Burguês, a figura transformadora foram os próprios administradores públicos (leia-se, o Executivo), já, no Estado de Direito, a força de mudança ficou a cargo do Direito, sendo esta a importância, para a adequada gestão da coisa pública, da inserção da moralidade como bem jurídico.

Roxin (2013, p. 20-25) demonstra que o legislador também é destinatário de limitação causada pelo conceito de bem jurídico, haja vista que, ao imprimir a qualidade de bens jurídicos àqueles bens/valores que não o merecem (notadamente quando se fala da tutela penal), está agindo em afronta à sua função de buscar inserir no espaço jurídico apenas aquilo que for imprescindível à vida em sociedade, não havendo nenhum outro critério (a qualidade

de ser corpóreo ou não, coletivo ou não) a ser obedecido exceto a verificação da essencialidade do bem para a vida social.

Por conseguinte, como um desdobramento do princípio da proporcionalidade, a definição de bens jurídicos atua como um limite à atividade legiferante (neste ponto, Roxin expressamente condena a produção legislativa simbólica), haja vista que exige que o legislador apenas use da lei em favor do proveito coletivo e não para satisfação de fins de angariar maior eleitorado. Trata-se, portanto, de outra expressão da moralidade como bem jurídico, dessa vez como informadora do uso adequado e coletivo da própria legalidade (ou exercício da atividade legislativa), o que Roxin (2013, p. 27) chama de “capacidade crítica do princípio da proteção de bens jurídicos”, profundamente ligada ao princípio da proporcionalidade e ao da vedação à proteção excessiva, este desdobramento daquele.

Como exemplo do efeito prejudicial em desrespeitar a proteção proporcional, especificamente quanto ao bem jurídico penal, Roxin (2013, p. 29), criticando Hirsch, reitera que nem mesmo a moralidade (ou melhor, qualquer bem jurídico, inclusive a própria dignidade) autoriza uma tutela penal sem que seja esgotada a tentativa de tutela via outros ramos do Direito, sob pena de perda de legitimidade de atuação jurídica. Portanto, a própria teoria do bem jurídico é também alvo da eficácia limitadora do garantismo, de modo que o legislador, na criação de bens jurídicos, é destinatário de limitações tanto via teoria do bem jurídico quanto através do garantismo.

Na qualidade de ferramenta sancionadora de condutas lesivas à coisa pública e de todo agir privado no manejo delas, o Direito, ao instituir a moralidade como bem jurídico, está, por conseguinte, a agir em proteção ao próprio Estado enquanto produto do consenso coletivo, sendo, portanto, a moralidade também um direito fundamental. E colocar a moralidade como bem jurídico é, portanto, adequadamente tutelar um direito fundamental, qual seja o direito coletivo a um desempenho probo das atividades estatais: gerir, legislar e aplicar a lei apenas e tão somente visando ao interesse público. Neste sentido, Roxin (2013, p. 30) expressamente diz que “é absolutamente compatível com o modelo social-contratualista [...] o assegurar a salva-guarda das regras culturais de comportamento público”.

Não é demasiado recordar que a realização dos direitos fundamentais (dentre eles, a tutela da moralidade) é papel do ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito, sendo necessário, portanto, como recorda Mello (2009, p. 60), abandonar a limitada visão

individualista arraigada na concepção dos direitos individuais, atualizando-os ao atual momento jurídico-constitucional de proteção à dignidade humana como um todo, coletiva e individualmente. Assim, ainda que sua expressão imediata seja individual, os direitos e garantias individuais devem ser compreendidos mais em sua dimensão coletiva no sentido de serem gerais e universais (e, reiterando, neste rol, a moralidade pública).

Foi o neoconstitucionalismo, com suas normas jurídicas preponderantemente principiológicas, que permitiu à moralidade elevar seu *status* normativo para bem jurídico constitucional. De inspiração neoconstitucionalista, a Constituição Federal Brasileira de 1988, portanto, referendou a moralidade expressamente no seu art. 37, *caput*, como um dos preceitos norteadores da atuação da Administração Pública, permitindo concluir que, sob os olhares desse novo constitucionalismo, o agir *probo* perante a coisa pública não é apenas um dever do agente público, mas, principalmente, um direito coletivo fundamental.

Inevitavelmente, conclui-se, assim, que o conceito de moralidade pública enquanto bem jurídico é:

[...] dá à moralidade administrativa a seguinte definição, ora articulada em quatro partes: a) observância de uma moral jurídica, b) extraída da disciplina interna da Administração Pública, c) com conteúdo determinado pela ideia de função administrativa (a implementação do bem comum), da qual decorre a noção de boa administração, d) devendo essa observância ser fiscalizada no terreno da discricionariedade, especialmente, mas não só, no caso do desvio de poder. (BARBOZA, 2002, p. 115)

O delineamento conceitual da moralidade pública, em que pese facilitar a correção dos excessos principiológicos neoconstitucionalistas, demanda, ainda, a complementação tanto processual quanto material do garantismo, porque a delimitação adequada dos espaços e ferramentas de incidência da tutela da moralidade pública permite não apenas um controle do exercício da interferência estatal na esfera individual, mas, principalmente, confere-lhe legitimidade e também eficácia.

### 3.3 MORALIDADE E O NEOCONSTITUCIONALISMO

Promovendo um incremento da força normativa dos princípios, o neoconstitucionalismo trouxe um conjunto valores que vão além da qualidade de normas escritas: são também vetores hermenêuticos. Dentre tais preceitos, um deles foi a moral crítica



aplicada à coisa pública, alçando este valor a um patamar mais qualificado que a mera tutela legal, passando a clara mensagem de que o direito à probidade no trato da coisa pública é expressão da dignidade humana do cidadão de cada Estado.

É verdade que, como recorda Barboza (2002, p. 16), desde os primeiros documentos constitucionais (que formaram os primeiros Estados-nação), o constitucionalismo sempre flertou com a ideia de que a moralidade pública seria um direito fundamental, porém, de início, com previsões tímidas (muitas delas sequer diretas). Por exemplo, na Constituição Americana e também na Inglesa, ambas conferem ao povo o direito de participar do governo e, ainda, o de não ser alvo de arbitrariedades dos agentes públicos.

Ocorre que tais previsões eram informadas por um cunho nitidamente individual, e não sintonizado com a verdadeira gênese da previsão normativa de tutela da moralidade pública, qual seja a moralidade exigida do agente público enquanto direito fundamental individual que se desdobra coletivamente. Assim, a defesa da moralidade pública expressa-se ao mesmo tempo como uma garantia individual (limitando interferências na esfera individual que não fossem pautadas pelo interesse público, e demandando a criação de efetivos espaços para cada indivíduo se informar sobre qualquer assunto público) e coletiva (promovendo a fiscalização coletiva e pública da conduta dos agentes públicos e, ainda, restringindo qualquer atuação dos órgãos públicos que não voltada ao interesse público).

Na ordem jurídica neoconstitucional, um ordenamento jurídico (e um agir estatal) que se pretenda jurídico-constitucional (em que pese a aparente redundância) deve pugnar por uma atuação dos agentes públicos segundo um código de condutas pré-estabelecido, uma moral previamente definida por representantes escolhidos pela população. E, via o princípio da supremacia da constituição, é possível transmitir esse conjunto de valores morais também para as normas infraconstitucionais que já existem, ordenando todo o conjunto de regras jurídicas não só sob os ditames das normas constitucionais clássicas, mas também através de valores de grande repercussão coletiva como a moralidade pública.

Essa moralidade instrumentalizada como valor constitucional estimula, como diz Comparato (2006, p. 320), os cidadãos a firmarem uma relação única e diferenciada com o ente estatal: singular no sentido de não ser regida pelas normas gerais da vida privada, mas, em verdade, por uma moral “superior”, que, inclusive, remonta ao nascimento contratual do Estado. Sofistica-se, portanto, o modelo de Estado Clássico com o incremento da busca pelo interesse público via positivação, no documento constitucional, de um código de conduta dirigido aos agentes públicos. A moralidade, então, como diz Cammarosano (2006, p. 67),

recordando Hely Lopes Meirelles, passa a ser fundamento de legitimidade e validade de qualquer ato do Estado.

Sbardelotto (2001, p. 43) defende que, diante da nova configuração da moralidade pública (agora direito fundamental), o próprio Estado, enquanto instrumento democrático, passa a ser obrigado a desempenhar esforços para a realização material da moral como bem jurídico. Consolida-se a máxima de que um Estado Democrático de Direito, para sê-lo, pressupõe “a realização de certos princípios constitucionais, tais como o princípio da juridicidade, da constitucionalidade, da separação dos poderes, dos direitos fundamentais” (SBARDELOTTO, 2001, p. 43). Portanto, sofisticando a emancipação produzida pelo positivismo jurídico, o neoconstitucionalismo trouxe a exigência da moralidade pública muito além da mera limitação à atuação dos agentes públicos, mas, precisamente, como uma forma de condução moral exigida para o desempenho adequado das próprias funções do Estado, ligando diretamente o prejuízo coletivo à responsabilidade individual do agente público que descumpra a moralidade.

A relevância dessa transformação expressou-se, notadamente, através do crescimento dos instrumentos de tutela coletiva, haja vista que muitos dos bens e direitos coletivos deveriam ser providos exatamente pelo Estado, que, porém, não entregava tais realizações exatamente pelo uso privado da coisa pública pelos agentes públicos. Assim, com a moralidade pública no *status* constitucional, a exigência de um comportamento moral do agente público tornou-se fundamento para demandar do Estado o provimento do direito coletivo negligenciado, afinal toda não satisfação de um direito da coletividade está necessariamente aliada ao mau uso da coisa pública graças a uma negligente atuação ou a uma intencional apropriação privada.

Para Barboza (2002, p. 129-130), é possível, então, extrair três funções do princípio constitucional da moralidade (ou “dimensões eficaciais”): a primeira, uma função conformadora e orientadora da atividade administrativa, de viés preventivo; a segunda repressiva e punitiva, voltada aos agentes públicos e aos particulares que violarem a moralidade; e a última corretiva, com foco no ato administrativo em si produzido pelos violadores (correção da ordem jurídico-administrativa).

Ademais, a força centrípeta do documento neoconstitucional criou uma congruência normativa tão robusta em torno dos valores-expressão da dignidade humana, como a

moralidade pública, que incrementou a própria coercibilidade e eficácia de sua tutela jurídica, inclusive criando uma categoria de incompatibilidade mais qualificada que a legal: a inconstitucionalidade. Ora, tais preceitos de validade (ilegalidade e inconstitucionalidade) são fundamentais, posto que a ausência de discordâncias evidentes entre as previsões jurídicas de um ordenamento permite a não-dispersão da força coativa do Direito, proporcionando uma coesa e consistente atuação protetiva e promotora de direitos. É como ensina Prado:

De semelhante, assegura ela uma unidade material de sentido ao ordenamento jurídico – unidade normativa-material – sobre a base de um contexto valorativo. Aliás, a especificidade constitucional reside exatamente no fator de ser uma norma portadora de determinados valores materiais, que lhe dão sentido próprio e presidem sua interpretação e aplicação. (PRADO, 2009, p. 77)

A clareza e unidade da ordem jurídica neoconstitucional, entretanto, tem sido, muitas vezes, comprometida pelo excessivo recurso ao principiologismo, posto que são normas jurídicas que demandam uma densificação interpretativa que fica a cargo do aplicador. Acaso houvesse a delimitação do espaço interpretativo, não haveria prejuízo à segurança jurídica, porém não foi essa a opção do neoconstitucionalismo, que optou por cancelar ilimitado espaço de construção conceitual ao intérprete. Ocorre que ausência de parâmetros positivados de limitação ao exercício da atividade interpretativa do magistrado dá azo para uma densificação conceitual conforme a individualidade do intérprete, o que, por óbvio, conduz a uma multiplicidade de conteúdos decisórios (não raro diametralmente opostos), malferindo o preceito da segurança jurídica e, por sucedâneo lógico, possibilitando arbítrios violadores da dignidade humana.

Como instrumentos de correção desses excessos, a moralidade pública e o garantismo exercem a função de limitar o panprincipiologismo neoconstitucionalista, posto que exigem do intérprete a fundamentação objetiva de suas escolhas aplicativas que respeitem o código de conduta moral e os direitos-expressão da dignidade humana, sempre visando apenas a satisfação do interesse público.

### 3.4 MORALIDADE E O GARANTISMO

No entendimento de Mello (2009, p. 40), a dignidade humana representa o valor máximo do mínimo existencial do ser humano, pois implica em reconhecer sua concepção e

reconhecimento pelo simples fato de existir. Com isso, “perder a condição humana significa ser jogado na vala comum das coisas e dos animais, transformar-se em objeto; deixar de ser um fim em si mesmo para ser um fim para alguém; deixar de ser um valor para ter um valor” (MELLO, 2009, p. 40).

A dignidade humana expressa-se, assim, seja na busca por uma atuação dos agentes públicos segundo a moralidade, seja através da consolidação de garantias do indivíduo frente ao exercício despersonalizado do poder estatal. Ora, enquanto a moral crítica tem como destinatário imediato o agente público, o garantismo está voltado para o indivíduo tanto ao estipular rígidas regras para autorizar a interferência na esfera individual quanto ao exigir a realização de certas prestações materiais. Neste sentido, não só na função limitativa, mas, principalmente, no autorreforço mútuo, garantismo e moralidade caminham lado a lado para realização do Estado Democrático de Direito.

A moralidade é valor informador do garantismo enquanto modelo político, já que os preceitos garantistas, com o fim de impedir arbitrariedades (excessos e abusos de poder), buscam nos valores morais os fundamentos para a estipulação de regras de conduta exigíveis pelo Estado de seus próprios agentes. O garantismo, ainda, para Prado (2009, p. 80), recorre à moral crítica para demonstrar que o único móvel a guiar o Estado, ao desempenhar as prestações voltadas à satisfação da igualdade material e da universalidade de acesso, deve ser o valor humano.

Especificamente, no que diz respeito à tutela jurídica, o garantismo informa a própria construção de bem jurídico da moralidade pública através de seus preceitos filosóficos, que nada mais são que uma seleção de preceitos morais, que, quando positivados, convertem-se em garantias do ser humano frente ao Estado. A filosofia garantista teve o mérito, portanto, como salienta Prado (2009, p. 67), de institucionalizar um plexo de direitos e liberdades como inatos ao indivíduo, e o fez com o subsídio racional de inerência à condição humana, o que garantiu a inderrogabilidade deste fundamento, ao menos, enquanto preceito jurídico-filosófico para a universalidade e a igualdade.

A função do garantismo como veículo de valores morais é especialmente relevante no controle da atividade de persecução penal, haja vista que, no espaço jurídico-penal, fica mais gritante a necessidade de respeito à moralidade pública (diante da possível violação à liberdade ambulatorial), coibindo em absoluto qualquer uso por agente público da estrutura penal para fins privados. Ora, como é no âmbito do Direito Penal que pode ser restringida a liberdade ambulatorial, indiretamente, através da sua supressão, também podem ser

restringidos outros direitos individuais, de modo que o indivíduo fica, por completo, à disposição dos agentes públicos.

Em que pese a possibilidade de tutela penal da moralidade pública (o que, efetivamente, é uma realidade na grande maioria dos ordenamentos jurídicos atuais), o garantismo e os próprios preceitos morais exigem do legislador que se porte segundo o interesse público na elaboração de normas jurídicas, notadamente as penais, graças à óbvia razão de impor graves restrições à esfera individual. Neste sentido, como leciona Prado (2009, p. 85), diante da ausência de previsões constitucionais sobre quais bens são penalmente tuteláveis ou não, a moralidade pública e o garantismo assumem as vezes de freios limitadores da atividade legiferante: representam ambos um conjunto de valores e bens que não podem ser transpostos pelo legislador.

O controle da atividade legiferante penal via garantismo ganha ainda mais destaque nos sazonais períodos legislativos de expansionismo penal, porque são atropeladas premissas conceituais essenciais à legítima tutela penal. Essa produção legislativa penal de emergência afronta os direitos individuais e, ainda, desvirtua os caracteres clássicos do Direito Penal, como a subsidiariedade, a *ultima ratio* e a fragmentariedade. Ora, como tanto os preceitos garantistas quanto aqueles que diferenciam as normas penais das demais têm assento constitucional, a legiferância penal de ocasião fica, então, destituída de legitimidade jurídica e, também, moral (afinal, não há atingimento nem busca do interesse público no desrespeito aos valores constitucionais).

Outras não são as palavras de Sanchís:

O Direito se apresenta assim como um conjunto de direitos e garantias, e o Direito do Estado constitucional se caracteriza justamente pela definição de garantias que não são transpostas conforme o livre arbítrio do legislador, mas, na verdade, existe uma obrigação constitucional, como qualquer outra obrigação, pode ser satisfeita ou não ser, no todo ou em parte. Assim, resta evidente que a falta de garantias não pode ser atribuída a um elemento externo nem a alguma circunstância filosófica ou política, mas é a não satisfação de um compromisso interno atribuído à ciência do Direito<sup>9</sup>. (SANCHÍS, 2011, p. 45)

Por conseguinte, em respeito à moralidade pública e ao garantismo, ambos voltados para a realização da dignidade humana, o Direito Penal, dada a gravosidade de sua atuação,

---

<sup>9</sup> “El Derecho se presenta así como un entremado de derechos y garantías, y el Derecho del Estado constitucional se caracteriza justamente porque el establecimiento de las garantías no queda al libre arbitrio del legislador, sino que supone una obligación constitucional que naturalmente, como toda obligación, puede satisfacerse o no satisfacerse, en todo o en parte. De ahí que denunciar la falta de garantías no sea ya una tarea externa o filosófico-política, sino un compromiso interno que compete a la ciencia del Derecho.”

deve ser uma ferramenta auxiliar do respeito aos preceitos morais aplicados na esfera pública. Isto porque, graças à relevância da moralidade pública, o esgotamento prévio dos outros instrumentos legais confere maior consistência e coercibilidade à tutela penal da própria moralidade pública, visto que a inefetividade dos ramos extrapenais no refreamento de condutas afrontosas a este bem jurídico demonstra a imperiosidade da criminalização.

Neste sentido, a maior legitimidade é deferida exatamente pelo respeito aos valores garantistas e ao manejo residual da tutela pena, já que ressalta que a atuação estatal está mais voltada à preservação de importante bem jurídico: o foco deixa de ser o infrator enquanto pessoa física, mas sim enquanto agente público violador da norma de conduta de desempenhar sua função visando apenas o interesse público. Assim, a aplicação subsidiária da sanção penal para o mau desempenho da função pública passa a exata mensagem de tutela do bem jurídico da moralidade pública, porque sua incidência volta-se para coibição da violação do código de ética.

Assim, os preceitos morais enquanto regras de conduta voltadas à satisfação da dignidade humana, que é o verdadeiro interesse público, encontram complementação no garantismo, recebendo, notadamente, um reforço em sua legitimidade, visto que ambos combatem diretamente os arbítrios e são, também, valores e bens jurídicos constitucionais. Vê-se, então, uma mútua fundamentação que acaba por repercutir na ordem jurídico-constitucional, mobilizando a população e as instituições na busca pela realização da dignidade humana através de um Estado que se volte apenas para o interesse público.

### 3.5 MORALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES E NAS NORMAS JURÍDICAS INFRACONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS

A moralidade no trato com a coisa pública não é valor jurídico novo no ordenamento brasileiro, pois, segundo Barboza (2002, p. 97-98), há inúmeras referências à moralidade pública antes da Constituição Federal de 1988, com destaque para: o Decreto 19.938/1930, que determinava que a revisão de contratos firmados pelo Brasil, acaso verificado que havia desrespeito à moralidade, poderia resultar na suspensão da avença; a Constituição de 1934, que previu a ação popular para anulação de atos lesivos ao patrimônio público (tendo, inclusive, em legislações posteriores, ocorrido a ampliação do objeto para expressa defesa à moralidade), sendo tal ação autônoma foi mantida pela Constituição de 1946 e regulamentada em 1965 via Lei 4717; o Código Penal Brasileiro, do ano de 1940, que traz capítulo específico

de crimes contra Administração Pública, inclusive dividindo conforme o sujeito ativo, se particular ou se agente público; a Constituição de 1946, que também previu a punição de agentes públicos que fossem condenados por enriquecimento ilícito ou abuso no exercício de cargo, emprego ou função; o Decreto-Lei 201/1967, que, ainda que não trate expressamente da moralidade, previu crimes de responsabilidade praticados por prefeitos e vereadores, normas eminentemente prescritoras de código de conduta; a Lei de Ação Civil Pública (7.347/1985), que trouxe a possibilidade de responsabilização civil por danos ao erário e a inúmeros bens difusos, inclusive estabelecendo institutos específicos em busca de uma maior eficiência e abrangência na tutela da coisa pública.

Assim, apesar de não ter havido ineditismo da CF/88 na tutela da moralidade pública, suas prescrições promoveram incremento significativo do controle sob os agentes públicos e sob a própria Administração Pública, notadamente, como defende Cammarosano (2006, p. 113), graças à menção expressa no art. 37, *caput* e §4º, respectivamente da moralidade como princípio e do novo ilícito cível de improbidade administrativa.

Ao elevar a moralidade pública à dupla qualidade de princípio hermenêutico e de valor legalmente tutelável (esta última já existente desde 1930), as previsões constitucionais de 1988 inauguraram uma singular tutela jurídica para a moralidade pública, fornecendo as previsões necessárias a autorizar a fiscalização feita pelo próprio Estado (a autotutela) e pelo Poder Judiciário. Outro indicativo da elevação no *status* protetivo da moralidade pública foi que, pela primeira vez, houve sua igualização, em termos de tutela jurídica, com os clássicos direitos civis e políticos.

A amplitude da tutela à moralidade, graças às menções expressas feitas no texto constitucional de 1988, gerou o movimento autorizador da elaboração de leis infraconstitucionais voltadas a regulamentar e a instrumentalizar sua proteção. A Lei de Improbidade Administrativa, por exemplo, trouxe os inéditos instrumentos do termo de ajustamento de conduta e do inquérito civil, e, ainda, a possibilidade de suspensão dos direitos políticos ao condenado.

Figueiredo (2003, p. 51), inclusive, diz que a improbidade (conceito que não existia antes da CF/1988) é moral jurídica qualificada, já que demanda que o agente público atue conforme a moralidade mesmo se estiver desempenhado seu labor fora do local de serviço habitual. Outro ponto é que, apesar da maioria das sanções estipuladas pela Lei 8429/1992

não serem inovações no ordenamento jurídico brasileiro, suas previsões normativas promoveram redução da discricionariedade judicial. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, ao realizar a minuciosa regulamentação da improbidade, promoveu-lhe a objetivação dos conceitos (como, por exemplo, a fixação de prazo para a vigência da sanção), conferindo maior segurança jurídica e previsibilidade à apuração da improbidade administrativa, o que ampliou a proteção aos direitos e garantias individuais.

Ademais, a sistematicidade orgânica do ordenamento jurídico brasileiro pós-1988, efeito direto da ordenação produzida pela Constituição de 1988, criou um ambiente sócio-político mais voltado à obediência da carga axiológica das previsões normativas. A moralidade pública, pela sua recorrência no texto constitucional, é, hoje, bem jurídico destinatário de um sistema constitucional de tutela, pois não foram apenas as previsões do art. 37, mas também, em cada capítulo da CF/1988, houve menção, ainda que indireta, a um agir dos agentes públicos que resguardasse primordialmente a moralidade pública. Destacam-se os seguintes: quanto à responsabilidade fiscal, a moralidade esteve como seu valor fundante nos artigos 163 e seguintes e, ainda, na previsão de crimes de responsabilidade pelo Presidente da República, e, para Figueiredo (2003, p. 29), também está presente na necessidade dos legisladores obedecerem a um decoro parlamentar (art. 55).

Assim, pontua Barboza (2002, p. 112), citando a fórmula de Lincoln (“governo do povo, pelo povo e para o povo”), que resta evidente que a máquina estatal foi construída e estruturada pela CF/1988 para realizar o interesse público, o que somente pode sê-lo via probidade no manejo da coisa pública. Então, a moralidade pública é um dos fundamentos de legitimidade da atuação do Estado e dos seus agentes públicos, inclusive autorizando a restrição dos direitos individuais destes, acaso desrespeitem a moralidade pública. Não por outra razão, a CF/1988 tem comando direcionado ao legislador para, via lei complementar, criar hipóteses de inelegibilidades, previsões legais autorizadas a realizar suspensão da capacidade eleitoral passiva dos agentes públicos que violarem a moralidade pública.

Neste sentido, Figueiredo (2003, p. 39) defende que a inovação das previsões constitucionais na proteção da moralidade pública está, exatamente, na sua ampliação com a previsão, criação e fomento a um múltiplo rol de ferramentas voltadas para as mais diversas áreas de atuação do Estado (acrescendo à proteção patrimonial estatal também a proteção de sua conduta enquanto agente de realização do interesse público). Então, Cammarosano (2006,



p. 90-91) diz que, com a Constituição Federal de 1988, saiu-se da restrita tutela apenas patrimonialista (antes, a proteção jurídica exigia somente o respeito ao uso dos bens públicos para fins não particulares), chegando à visão ampla de que, ainda que não haja a afetação prejudicial ao patrimônio público, deve o agente público conduzir-se de forma idônea no seu desempenho funcional. A partir da CF/1988, a moralidade pública passa a ser vista como um direito fundamental individual que se expressa no direito coletivo a um Estado que atue conforme a boa-fé e os valores morais, devendo os agentes públicos serem os guardiões dessa moralidade em qualquer atividade funcional (inclusive, na vida privada, no caso de agentes políticos, como os integrantes do Ministério Público, do Poder Judiciário, do Defensoria Pública, dos Tribunais de Contas, do Executivo, e do Legislativo).

A colocação da moralidade pública no *status* jurídico de direito fundamental permite, portanto, a realização plena da república democrática, afinal, como recorda Comparato (2006, p. 635), o significado etimológico da palavra república (e, no Brasil, vigora esta forma de governo) denota que o fundamento da existência do governo e do Estado é a busca da realização do bem público. O que, segundo Silva Neto (2016, p. 67), permite afirmar a existência de um “direito ao governo honesto”, que, como é decorrência do próprio Sistema de Governo, permite, graças à cláusula de abertura do art. 5º, §2º, da CF/1988, ser reconhecido também como direito fundamental.

Porém, mesmo com existência dos inúmeros mandados constitucionais de otimização da tutela da moralidade pública e, ainda, de alguns de criminalização, vê-se, na prática, uma ineficiente efetivação jurídica desse preceito moral, seja pela atuação incipiente dos órgãos de fiscalização (judiciais, da sociedade civil e *interna corporis*), seja pela convivência entre os Poderes. Quando se observa aqueles que sofreram incidência de punições (civis, penais ou administrativas) pela violação da moralidade pública, constata-se a baixa efetividade: o universo de condenados é diminuto.

Este retrato evidencia que há, no Brasil, uma maior preocupação com a apuração e sanção dos ilícitos (civis e penais) cometidos contra bens e direitos individuais que os difusos e a própria moralidade pública. A ausência de tutela adequada à moralidade pública compromete a credibilidade do próprio Estado, gerando a redução da legitimidade das instituições públicas e dos comandos que enviam seus agentes (suas ordens passam a não ser mais obedecidas nem tampouco dignas de cumprimento), já que “não se justificar moralmente

um poder, órgão ou servidor que não se dedique inteiramente a bem servir a população” (BARBOZA, 2002, p. 118).

Especificamente, no campo do Direito Penal, essa opção por uma “fraca” proteção dos bens coletivos e da moralidade pública resta clara quando se verifica a ausência de proporcionalidade entre os preceitos secundários: mínimas penas aos delitos de combate ao agir não conforme a moral no trato da coisa pública, enquanto que apenas nos delitos de roubo ou furto, voltados à tutela do patrimônio individual, as penas privativas beiram ao máximo de cumprimento de 30 anos. As penas fixadas permitem, ainda, no que diz respeito à subsidiariedade da tutela penal, observar que, se nos crimes com maiores penas privativas, continuam a crescer seus índices de cometimento e de reincidência, vê-se, então, que o manejo da tutela criminal por mais incisivo que seja não é garantia de redução da violação nem tampouco de efetividade jurídica.

Sbardelotto (2001, p. 71) destaca que, ainda, outro ponto de descompasso entre a Constituição Federal de 1988 e as normas constitucionais: a predominância ideológica do liberal individualismo na produção jurídica amplia a dissintonia entre a tutela jurídica e os ideais do Estado Democrático de Direito, visto que a mensagem de diminuta expressão da restrição na esfera individual do agente público maculador da moralidade pública cria o imaginário coletivo de que não há relevância jurídica na moralidade pública.

Assim, inevitável concluir que o Direito Penal, enquanto espaço onde se identificam as previsões normativas inspiradas mais pelo liberalismo clássico (como já dito, os preceitos secundários dos delitos violadores dos bens individuais são mais elevados que os dos bens coletivos), representa a fatia do ordenamento jurídico que mais contribui para uma não sintonizada tutela jurídica da moralidade pública. Evidencia-se, portanto, a necessidade de uma correção dos instrumentos de aplicabilidade das normas jurídico-penais à luz da importância constitucional a que foi erigida a moralidade pública, a fim de atualizar o ordenamento jurídico infraconstitucional à nova realidade constitucional, conferindo, assim, maior legitimidade às condutas repressoras de tais comportamentos lesivos.

Entretanto, não será legítima a tutela jurídica da moralidade pública se não passar pelo filtro do garantismo, sob pena de violentar a mesma dignidade humana que se busca implementar com a proteção à moralidade pública. Ora, não há como haver tutela legítima de qualquer bem jurídico se não houver o respeito à unidade constitucional via diálogo com os demais bens jurídicos constitucionais, dentre eles os direitos e garantias inspirados pela

dignidade humana. O desrespeito a este imperativo de harmonização e diálogo constante entre os preceitos constitucionais não vulnera apenas a tutela jurídica, mas também desvirtua a supremacia da Constituição, a sua mensagem plural e, principalmente, todo o conjunto de preceitos normativos. Assim, diante da lógica sistêmica que se processa dentro (unidade interna) e fora do documento constitucional (constitucionalização e técnicas interpretativas), a aplicação não dialógica macula, como efeito em cadeia, a relevância jurídica das normas infraconstitucionais e a própria Constituição.

O quadro de tutela jurídica da moralidade pública no Brasil permite, então, os seguintes destaques: primeiro, existe um costume reiterado de práticas arraigadas no funcionalismo público (englobados os agentes políticos) de desempenho funcional visando, primordialmente, o interesse privado, que não tem sido frenado pela existência de previsões legais, nem as que prometem tutela cível nem as que garantem uma proteção jurídico-penal; segundo, a proteção mais adequada ao bem jurídico da moralidade pública passa, ainda, por uma atualização das normas jurídicas de sua tutela, a fim de que seja expurgado o ideário liberal individualista, e adentre a tutela da moralidade pública na nova ordem jurídico-constitucional, fundada na coletividade; e, terceiro, a tutela da moralidade pública somente será dotada de legitimidade e eficiência se houver o cumprimento de todo o caminho de busca por solução jurídica, qual seja, antes pelos os ramos jurídicos de menor gravidade e, depois, recorrer-se àqueles de maior gravame, como o Direito Penal.

Assim, em que pese ser uma tradição das Constituições brasileiras colocar como valor constitucionalmente relevante a necessidade de uma postura proba diante da coisa pública, sua efetivação legítima através de normas jurídicas (seja penal, seja cível, seja administrativo) não diz respeito à falta de previsibilidade normativa (constitucional e legal), mas se tais previsões permanecem legítimas após o necessário diálogo com as normas protetoras da dignidade humana. Ora, como assentado, na ordem jurídico-constitucional inaugurada pela CF/88, os direitos fundamentais exercem eficácia concessiva de validade a todas as normas, constitucionais ou infraconstitucionais, sendo, por isso, verdadeiro preceito criador de uma ordem axiológica.

#### **4 MICROSSISTEMA JURÍDICO DE TUTELA DA MORALIDADE PÚBLICA NO BRASIL**

No sistema jurídico inaugurado pela Constituição Federal de 1988, a tutela do Direito deve ser pautada pela compreensão (interpretação e aplicação) unitária do ordenamento. Assim, a eficácia da proteção de um bem jurídico fica comprometida caso seja adotada a visão fragmentária, que se processa quando há violação às normas fundamentais (princípio da supremacia da constituição) e uma aplicação não pautada pelo autorreferenciamento constante entre as normas jurídicas infraconstitucionais (a unidade axiológica).

A otimização da tutela de qualquer bem jurídico (e, por óbvio, do desempenho da ótima função do Direito) está ligada, portanto, a uma equitativa proteção entre todos os bens e valores constitucionais. A percepção de que tudo aquilo que o constituinte considerou mais relevante foi expresso no documento constitucional sem estabelecer níveis de tutela distintos é a mesma que deve pautar, portanto, as normas infraconstitucionais. O processo de constitucionalização do Direito brasileiro demanda mais que uma mera adequação textual, mas, principalmente, exige do intérprete uma aplicação voltada para o diálogo das fontes, inclusive para suprir eventual lacunosidade da tutela jurídica frente ao desenrolar frenético da dinâmica social.

A Constituição Cidadã não só trouxe um texto rico em normas voltadas a possibilitar a realização dos anseios sociais, mas, notadamente, representou uma ruptura de técnica constitucional dentro da história brasileira. A concretização constitucional, agora, deve ir muito além da regulamentação dos direitos e deveres expressos em seu texto, demandando do intérprete a compreensão deste documento jurídico como a expressão manifesta do objetivo do Estado no Brasil: a pluralidade dos seus bens jurídicos transmuta-se também em uma lógica jurídica não segmentária/fragmentária. O uso do termo negativo é precisamente para encaminhar à compreensão de que não se trata de um Estado Constitucional guiado por uma máquina pesada e onipresente (modelo que claramente já fracassou muito antes de 1988, como se viu nos países comunistas), mas, em verdade, por um agir estatal que se guie pela lógica funcional de que cada uma de suas tarefas deve ser realizada sempre buscando a satisfação de todos os direitos fundamentais como um todo unitário.

A realização da dignidade humana, por conseguinte, vai além de uma singela previsão formal e da realização da prestação material, mas exige, principalmente, a assimilação de

abordagem sistêmica de integração que não admite a negação de um direito fundamental em favor de outro. Ora, a mentalidade jurídica guiada por uma compreensão de ligação sistêmica entre as normas jurídicas permite a um só turno tanto o respeito à autoridade da norma jurídica fundamental quanto, a cada concretização de uma norma, o reforço da eficácia e relevância de todo o ordenamento. Neste sentido, o fomento à unidade axiológica e normativa que a Constituição Federal de 1988 trouxe acaba por redundar em um reforço da autoridade do ordenamento jurídico como um todo, já que a aplicação de toda e qualquer norma também significa a afirmação da autoridade das demais.

O documento constitucional de 1988 permitiu, por isso, afirmar que a segurança jurídica, enquanto instrumento de realização da dignidade humana, demanda não só a condensação física de dispositivos em um mesmo texto normativo e em um mesmo código, mas também uma ligação axiológica recíproca entre as normas jurídicas. A unidade valorativa, como já adiantado em capítulos anteriores, vincula o legislador e o intérprete-aplicador e, ainda, fomenta a própria compreensão das normas jurídicas como determinações de conduta enunciadoras de uma moral mínima coletiva. Através dos princípios hermenêuticos, notadamente o da supremacia da constituição e o da unidade, a Constituição Cidadã busca instaurar exatamente este sentimento de unidade axiológica e normativa.

A moralidade pública enquanto um dos valores jurídicos essenciais para a formação dessa mentalidade jurídica sistêmica atua exatamente como um instrumento endógeno. Ainda que se expresse como fator disciplinar funcional e, por vezes, também fundamento de sanções civis e penais, estes instrumentos punitivos são voltados à introjeção, pelos agentes públicos, da moralidade pública, e não para a violação de uma afronta a bem jurídico individual, evidenciando que o foco da força coercitiva é o respeito à moralidade pública e não a punição em si do indivíduo. Essa tutela jurídica da moralidade pública, respeitando a lógica de ordenação sistêmica, apenas tem sua incidência autorizada se respeitar os direitos individuais e voltar-se à implementação da dignidade humana via reforço da função justificadora da existência do Estado: o interesse público, entendido este como a concretização de preceitos coletivamente relevantes com vistas à materialização da dignidade humana.

Então, a fim de incrementar a tutela da moralidade pública, devem ser alinhadas as suas prescrições normativas à lógica sistêmica constitucional e ao garantismo (neste ponto, especificamente para conferir-lhe maior legitimidade). A Constituição Federal de 1988, assim,

trouxe a oportunidade e os meios para uma maior eficiência jurídica (combinar legitimidade e eficácia) da moralidade pública na qualidade de régua do comportamento humano.

#### 4.1 A NOÇÃO DE SISTEMA APLICADA AO DIREITO

A relevância da organização via sistema é, notadamente, vinculada à necessidade de organização das prescrições jurídicas para permitir uma maior previsibilidade e, por conseguinte, maior segurança jurídica. Por ser informativa de tais valores, a teorização da ordenação sistêmica sempre foi buscada pelos teóricos das Ciências Sociais e, também, do Direito.

Neste sentido, será, primeiro, apresentada a compreensão de teoria sistêmica para as Ciências Sociais segundo Luhmann, e, em seguida, serão apresentados os aportes teóricos de Canaris, Larenz e Irti, esclarecendo-se que é com base na visão de sistema destes três últimos que se funda, primordialmente, a ideia sistêmica adotada nesta dissertação.

##### 4.1.1 A Teoria Geral do Sistema Social Segundo Luhmann

A teoria dos sistemas aplicada às Ciências Sociais foi uma elaboração de Luhmann, que, como delimita Mello (2011, p. 13), buscou consolidar a possibilidade de aplicação da ideia de sistema das ciências exatas também no estudo de objetos sociais. Neste sentido, a teoria dos sistemas sociais trata-se de uma técnica universal de organização do conhecimento, não lhe sendo relevante a gênese do conteúdo a ser organizado (se matemáticos, sociais, culturais, etc.), mas apenas a possibilidade de extrair/elaborar leis universais que sejam premissas ontológicas para compreensão uniforme de dada área de conhecimento.

Mello (2011, p. 18) diz que tal forma de organizar os conhecimentos procurou, então, sintetizar uma metodologia e um conjunto de premissas racionais unívocas para as ciências sociais, a fim de conferir maior previsibilidade e permitir a identificação de uma lógica funcional. Notadamente, por buscar conferir caráter científico ao objeto social, a teoria dos sistemas sociais acabou se convertendo em uma fonte explicativa do funcionamento das normas voltadas ao agir humano.

Segundo esta lógica sistêmica social geral, um método estruturado de produção das normas sociais permitiria uma compreensão mais coesa e harmônica. Assim, como acentua Mello (2011, p. 19), a incorporação da sistematicidade, por sua atuação no âmbito orgânico, permite uma maior apreensão dos diversos elementos do comportamento humano, angariando mais esforços em torno da adequada compreensão de um fenômeno social.

Quanto ao nascimento da estruturação teórica de sistema, em que pese ter sido Kant aquele a trazer as primeiras sistematizações cientificamente aplicáveis, suas origens conceituais, como diz Luhmann (2016, p. 21-23), são encontradas na Antiguidade Clássica: entendia-se que um conjunto sistêmico era a soma de partes. Apesar da simplicidade da elaboração feita nos tempos antigos, foi esta que permitiu, em seguida, o desenvolvimento da compreensão interacionista de sistema do conhecimento, que dizia que a definição de sistema é extraída da sua relação com o ambiente.

Para os interacionistas, por conseguinte, o sistema pode ser aberto, quando permite que elementos externos contribuam ou alterem a identidade de seus elementos, ou fechado, quando não admite qualquer interferência do ambiente nem tampouco a introdução de elementos externos ao conjunto. É exatamente entre os interacionistas que se encontra Gunther Teubner (citado no primeiro capítulo desta dissertação), cuja elaboração teórica é relevante para este trabalho, exclusivamente, quanto ao pioneirismo na identificação do efeito sistêmico da autofundamentação (autopoiese). Foi tão importante esta elaboração teórica que todos os estudiosos do método científico que se seguiram a Gunther, como demonstra Luhmann (2016, p. 47-48), utilizaram-se da autorreferenciação circular de Gunther (a autopoiese) como premissa para ilustrar a concepção de sistema, ainda que não tenham aderido à teoria dos sistemas fechados.

Aprofundando a noção de autorreferenciação, veio, em seguida, a Teoria dos Sistemas Autorreferenciais, que, segundo Luhmann (2016, p. 25), definiu sistema de conhecimento conforme a capacidade de seus elementos de cognição se diferenciarem das demais partes de outros sistemas. Esta diferenciação estaria não só nas características dos elementos, mas também nas relações que estabelecem entre si quando em conjunto, o que permitiria a formação de uma consciência das distinções entre cada sistema e cada campo do conhecimento social. Não se trataria apenas da delimitação da identidade de cada sistema,

mas, principalmente, da correta dimensão de até onde vai cada conjunto sistêmico, sendo esta a ideia de autorreferenciação.

Consolidando as contribuições das principais teorias sistêmicas do método científico, a teoria geral do sistema social de Luhmann trabalha com a necessidade de uma complementariedade não excludente para adequado estudo das múltiplas nuances que o meio social enquanto objeto de estudo exige. Reunindo as características trazidas pelas três principais teorias sistêmicas (a complexidade dos elementos, a singular relação de mútua legitimação entre eles, e, ainda, o próprio elemento/núcleo que os agrega), Luhmann (2016, p. 29) elabora um conceito universal de unidade sistêmica voltado ao estudo da realidade fática. Larenz recorda especificamente esta construção metodológica:

Os processos sociais não têm o seu curso a maior parte das vezes em vias de sentido único — comprováveis de modo experimental —, mas estão em interação com muitos outros. Para poder apreender a complexidade dos sistemas sociais utiliza NIKLAS LUHMANN um «método funcional», que distingue expressamente do método científico-causal. LUHMANN pretende comparar diferentes modos de comportamento interactivo ou modelos sociais de conduta sob o ponto de vista da sua contribuição para a «redução da complexidade social» e assim, em última análise, o seu alcance relativamente ao indivíduo. (LARENZ, 2012, p. 274)

Neste sentido, Luhmann considera que o estudo da realidade social demanda uma metodologia que, ainda que em um primeiro momento elabore aporias abstratas, volte-se ao plano fático para testar essas premissas artificiais, sob pena de lhe faltar legitimidade científica. Identifica, portanto, o pensamento lógico da “linguagem de problemas e de soluções de problemas” (LUHMANN, 2016, p. 31) como aquela mais adequada ao estudo do meio social, exatamente por não estimular uma desconexão com a realidade fática.

Uma característica dessa metodologia voltada para o estudo do sistema social é, para Luhmann (2016, p. 35-36), a diferenciação, que se trata da busca pelas distinções entre os diversos objetos sociais como uma forma de reconhecer os pontos de semelhança que permitem afirmar a existência de uma unidade sistêmica para todas as Ciências Sociais. Ora, a diferenciação permite notar as singularidades e os limites entre os objetos/elementos de um conjunto (o sistema social), consolidando também os laços que os assemelham e forjando a unidade.



Uma forma mais incrementada de diferenciação é a hierarquização, técnica de distinguir fundada na elaboração teórica de uma relação de verticalidade entre os elementos de um conjunto, sendo sua peculiaridade a criação de uma estrutura (não física) que facilita a percepção da existência da própria hierarquia, funcionando, assim, como reforço de legitimidade ou meio de confirmação da própria distinção.

Então, para Luhman (2016, p. 49), é a definição dos limites do próprio sistema social o ponto primordial a permitir a instauração de uma singular forma de funcionamento (característica analisada a seguir), porque, com a estipulação de limites, é possível estabelecer com precisão razoável o objeto e o âmbito de influência, além de contornos mais delimitados da função social daquele sistema de estudo.

Outra característica, diz Luhmann (2016, p. 37-38), reside na capacidade de produção/criação/ampliação do sistema com seus próprios elementos apenas. Ao definir previamente qual a formalidade para a criação de uma de suas partes, o sistema social tem a capacidade de gerar sua própria expansão enquanto campo de estudo, o que não significa que os subsídios para os novos elementos estão restritos às colaborações endógenas. Ora, como já dito, a impossibilidade de permeabilidade externa, notadamente nas ciências sociais, prejudicaria a imprescindível conexão com o campo e objeto de estudo, a realidade fática, redundando em uma diminuta legitimidade científica.

Luhmann (2016, p. 40-41), por isso, vaticina que o estabelecimento desse vínculo entre os elementos de um sistema social se dá precisamente por essa lógica aprioristicamente definida e voltada a evidenciar que a fundamentação mútua é de natureza congênita, não apenas com fins de delimitação/seleção dos elementos a compor o conjunto. Sistematizar, portanto, é também delimitar o modo de criação do próprio elo de ligação entre os elementos do conjunto. Então, a lógica sistêmica desdobra-se em uma vinculação não só pelo conteúdo, mas também via estabelecimento das possíveis relações a serem estabelecidas endogenamente. Trata-se, por conseguinte, do que Luhmann (2016, p. 58) chama de dupla contingência: o sistema social não perde sua característica simbiótica nem mesmo com a complexificação de seus elementos.

A ligação entre a racionalidade organizadora da hierarquia e a produção autorreferencial permite a sintetização da terceira característica do sistema social universal: o modelo de autorreprodução. Assim, na teoria geral do sistema social de Luhmann, em que

pese a possibilidade de contributos externos, o único fundamento essencial para garantir a existência do sistema é ele próprio, e é essa independência autorreprodutiva que permite a cada sistema social dosar a entrada de elementos externos e manter sua unidade e a singular relação entre seus elementos. É o que Mello chama de princípio lógico da não-contradição:

Com efeito, não resta dúvida de que, dentro de um sistema, não é possível haver, ao mesmo tempo, duas normas incompatíveis. Logo, a partir da aplicação de regras de hermenêutica, pelo menos uma das normas em contradição deverá ser afastada. (MELLO, 2011, p. 33)

O que se vê, em Luhmann, portanto, é um constante debruçar sobre o meio social com vistas à construção de uma metodologia social que se permita ser também científica. O interessante esforço teórico de Luhmann, entretanto, tem alcance limitado diante da própria pretensão generalizadora da sua elaboração, visto que, ao se permitir descurar dos elementos que especializam cada Ciência Social, acaba por extremar a generalização, causando prejuízo à aplicação de sua teoria sistêmica em cada área de estudo do fenômeno social.

O equívoco da compreensão sistêmica de Luhmann, enquanto espaço de elaboração de conceitos-chaves do sistema no âmbito social, reside, portanto, não no seu desenvolvimento teórico, mas, na verdade, em uma de suas premissas: a busca por firmar uma teoria geral de sistema. Ora, a desconsideração das características especializadoras de cada área de estudo do fenômeno social leva a estruturação de um método de cognição que não consegue compreender o próprio objeto de estudo, ficando, então, obsoleto antes mesmo de ser aplicado, afinal não é possível uma compreensão cientificamente estruturada sem considerar as singularidades do objeto de investigação.

#### **4.1.2 As Principais Noções de Direito como Sistema**

O estudo do Direito enquanto sistema é necessário não só por ser o Direito uma área do conhecimento voltada para a sociedade, mas, principalmente, pela necessidade de identificação de parâmetros de objetividade voltados para a própria qualidade das normas jurídicas como instrumento de gestão a disposição do Estado. Entretanto, não é possível tomar de empréstimo a teoria sistêmica de Luhmann para aplicar ao Direito, pois o problema epistemológico desta elaboração teórica tornaria problemática sua incidência no campo jurídico, haja vista que é premissa fundamental para qualquer aplicação sistêmica do Direito a

consideração preliminar da especificidade coercitiva das normas jurídicas (por alguns teóricos, chamada de coerção qualificada), não encontrada em nenhuma norma de regulação do comportamento humano.

Dentre as primeiras elaborações sistêmicas especificamente voltadas para o Direito, destacam-se as contribuições de Savigny, que, como recorda Mello (2011, p. 36-37), conseguiu promover a primeira grande virada fundamental para a cientificidade do Direito: a ruptura com a racionalidade dedutivo-axiomática fechada do Jusnaturalismo. Isto porque Savigny compreendia o Direito como inexoravelmente sistemático pela própria funcionalidade diferenciada das normas jurídicas de guias do comportamento humano.

Ora, na teoria de Savigny, a formação das prescrições jurídicas se dá por um processo que combina historicidade e filosofia de forma que as normas jurídicas mais essenciais, primeiro, consolidam-se via acumulação de normas de conduta incorporadas ao longo dos anos por cada sociedade; e, em um segundo momento, a produção, aí sim via método dedutivo, das demais normas jurídicas secundárias dá-se por derivação do conjunto de preceitos valorativos extraídos daquelas normas originárias. É por tal razão que Savigny vê o Direito como invariavelmente sistêmico, rechaçando a possibilidade de compreendê-lo como um produto de geração espontânea (ou seja, sem influências sociais), mas, na verdade, não só como originariamente fruto do meio social (com o qual mantém constante ligação, inclusive sob pena de fossilização), e, principalmente, apropriando-se da lógica organicista/evolucionista da vida social para seu crescimento.

Kelsen, por sua vez, buscou fundar a sistematicidade das normas jurídicas apenas pela lógica formal, sem qualquer relação com seu conteúdo (notadamente, para distanciar o Direito da moral e da ética, visando uma suposta pureza matematicista). Assim, recorda Soares (2016, p. 166) que, partindo da dupla e complementar análise do ordenamento sob um ponto de vista estático (as normas em si mesmas) e outro dinâmico (normas em conjunto), Kelsen buscou consolidar que a ordenação e unidade do Direito se processa de forma piramidal.

A estrutura piramidal do ordenamento kelseniano funda-se na premissa da existência inata de uma norma hipotética fundamental que atuaria como primeiro fundamento de validade de todas normas jurídicas em si mesmas (visão estática), que, em um segundo momento, quando em conjunto, as normas passariam a servir também de preceito para validade umas das outras (viés dinâmico). Neste sentido, a distinção entre a teoria de Kelsen e

as demais é que o austríaco fundamenta a unidade e integração do Direito na norma hipotética fundamental. A opção de Kelsen em usar um produto artificial como único ponto de validade de todo o ordenamento jurídico passou a evidente mensagem de que, para ele, o Direito é um sistema dinâmico fundado apenas na força criativa da atividade legiferante, que encontra legitimidade na qualidade de representante do povo (sendo este também a justificativa para sua coercibilidade).

Assim, com a sistematização, as normas jurídicas, diante da definição de limites de incidência, recebem um reforço de legitimidade, já que a estipulação de espaços definidos de aplicação sinaliza também como respeito ao componente axiológico do garantismo. Desse modo, a aplicação da lógica sistêmica cria vínculos tanto formais quanto materiais, atuando como contributo intensificador da eficácia coercitiva das normas jurídicas. Por conseguinte, a ordenação sistêmica do Direito é instrumento de elaboração e produção dos preceitos objetivos e subjetivos que atribuem a uma norma jurídica a qualidade de legítima.

Norberto Bobbio (1995, p. 22), por outro lado, disse que a própria definição do Direito tem seu ponto de partida no ordenamento jurídico, porque considerava que cada norma jurídica isoladamente não seria capaz de cumprir a função de coerção institucionalizada. Assim, Bobbio debruçou-se em elaborações teóricas para garantir que o sistema de normas jurídicas funcionaria como um todo ordenado, ou seja, seu foco de estudo partiu da premissa de que o Direito forma efetivamente um sistema, que, porém, pode ou não ser um ordenamento jurídico, porquanto este último demanda a existência também de uma peculiar dinâmica nas relações entre as normas jurídicas. Neste sentido, Bobbio (1995, p. 34-35) traz três atributos que um sistema jurídico deve ter para também ser ordenado: unidade, coerência e completude.

Enquanto a completude poderia ser solucionada com as técnicas de integração e a unidade dos critérios temporal, da especialidade e da hierarquia, Bobbio (1995, p. 112-113) diz que a coerência é, no entanto, aquele atributo relativo à qualidade de sistema, haja vista que, através da busca pela coerência, é possível eleger quais normas são válidas, extirpando aquelas que não o são. Então, para Bobbio, haveria uma “relação continente-conteúdo” (MELLO, 2011, p. 45) entre ordenamento jurídico e sistema jurídico, de modo que normas jurídicas comporiam um sistema ordenado caso guardassem compatibilidade lógica entre si, sendo esta a relação de validade que o ordenamento conferiria a umas normas e a outras não.

Assim, colocando em segundo plano a necessidade de respeito a formalidades específicas no processo de produção, Bobbio defendeu que primordial é o sucesso nos testes lógicos de coerência, de modo que um sistema de normas jurídicas será também ordenado se for tanto formal quanto materialmente compatível.

Outra concepção sobre o Direito enquanto sistema é de Canaris e Larenz, que o compreendem “como uma ordem teleológica de princípios gerais” (MELLO, 2011, p. 48). Assim, estes teóricos defendem que o Direito é um sistema quando for materialmente voltado para a sua própria realização no plano fático, sendo de pouca (ou nenhuma) relevância haver compatibilidade formal e material se não houver concretização das normas jurídicas. É, portanto, uma concepção de sistema jurídico que chama a atenção para a necessidade de uma vinculação de 3º nível (formal, material e valorativo/axiológico) entre as normas jurídicas.

Neste sentido, o Direito assumirá um viés sistêmico se realizar as promessas legislativas expressas em suas prescrições, deixando claro que esses teóricos consideram como mais relevante a aplicação da norma jurídica que esteja sintonizada com os valores do ordenamento jurídico, em lugar daquele que apenas respeite a uma lógica formal. Sugerem, ainda, uma forma de concretizar os valores legislativamente tutelados: através dos princípios, que, por terem conteúdos fluídos e generalistas, adequam-se às mais diversas configurações fáticas.

#### **4.1.3 O Direito como Sistema Axiológico**

Canaris, por sua vez, demonstra a incompletude tanto da unidade apenas fundada no critério lógico-formal (ou seja, de respeito a procedimentos previamente definidos para a produção das normas) ou tão somente material (a unidade estaria apenas na qualidade do conteúdo veiculado pela norma), ou, ainda, quando combinados estes dois. Canaris (1996, p. 30) esclarece que o Direito está intimamente relacionado com uma apreciação valorativa sobre a norma, de modo que é através desta compreensão que as prescrições jurídicas de um ordenamento são avaliadas como justas ou injustas.

A noção de justiça em Canaris não tem qualquer relação imediata com a ideia daquilo que é devido ou não no campo moral, mas, em verdade, é qualificação relacionada com a ressonância da norma em outras do ordenamento. Assim, a justiça estaria eminentemente

ligada com a validade da norma, de modo que seria justa e válida aquela prescrição se o valor que buscasse imprimir estivesse também presente em outras normas do mesmo ordenamento. Neste sentido, a sistematização que o Direito inspira é a axiológica dos valores gerais, ou seja, apurar se um ordenamento é também um sistema demanda compreender/verificar se há um conjunto de valores comuns encontrados em todas ou na maioria das normas jurídicas daquele ordenamento.

Ora, é exatamente o conjunto de valores inspiradores das prescrições jurídicas que permite entender as consequências irradiadas por cada norma de um dado ordenamento. Neste sentido, se houver valores comuns informando as normas jurídicas de um ordenamento, efetivamente haverá a produção de consequências que convergem, não havendo dissenso normativo que possa macular a unidade sistêmica. Portanto, Canaris (1996, p. 35) considera que a vinculação axiológica é o critério que mais contribui para uma unidade sistêmica dentro do Direito, visto que fornece o vínculo teórico que melhor liga a origem democrática das normas jurídicas (produto de um processo legislativo realizado em nome do povo) e a finalidade delas (mais um instrumento de direcionamento do comportamento do indivíduo). Assim, também compreendem Larenz e Binder:

[...] as afirmações de BINDER exprimem a exigência de que as normas jurídicas sejam sempre interpretadas de harmonia com o «espírito» da ordem jurídica no seu conjunto, isto é, de harmonia com os valores e princípios fundamentais que nela se revelam e são por ela confirmados.

Mas se o Direito, como um todo, é um processo histórico e se a unidade da ordem jurídica não é a unidade lógico-formal do sistema dos conceitos abstractos, mas sim uma unidade teleológica, que consiste na harmonia dos fins em perpétua renovação, aferida pelos valores e princípios fundamentais [...] (LARENZ, 2012, p. 145)

A cientificidade do Direito, para Canaris (1996, p. 70), não está ligada à exclusão de apreciações valorativas como aporias teóricas, mas, em verdade, no adequado desnudamento tanto do objeto de cognição quanto do próprio processo de formação das normas jurídicas. Assim, como produto do processo político legislativo, as normas jurídicas são sim estruturadas como valores, ou melhor, são expressão da opção legislativa de selecionar certos valores sociais para ganharem a proteção da coerção institucionalizada do Direito. O fato de ser um processo valorativo não desqualifica em nada a Ciência do Direito como tal, sendo este um forte ponto de crítica que Canaris faz a Kelsen e a todos os formalistas clássicos.

Canaris recorda que, como toda construção teórica, também o Direito pode ter elementos pressupostos, não precisando necessariamente estruturar todos os elementos que o compõem sob o ponto de vista racionalista puro. Ora, enquanto para Kant foi possível pressupor a existência dos elementos naturais, ao Direito é possível sim, via um processo de captação racionalmente estruturado, construir normas jurídicas a partir dos valores sociais, sem comprometer sua cientificidade. Portanto, para Canaris, é a própria natureza do objeto social que é imposta ao Direito, e não o contrário, de modo que a tarefa da Ciência Jurídica não é promover uma adequação do seu objeto com propósitos cientificistas, mas apenas não se fazer desconexa da realidade social que regula.

A tarefa do Direito é, então, para Canaris (1996, p. 76-77), através de processos racionalmente formulados investigar seu objeto, os valores sociais, a fim de extrair deles uma essência. A identificação dessa *ratio* permitirá a construção de normas jurídicas verdadeiramente conectadas com os anseios dos indivíduos cujos comportamentos busca regular, garantindo receptividade e aceitação, elementos que configuram a legitimidade. É exatamente essa busca pelo não-desvio, ou seja, não transgressão de suas normas, o motor da ciência jurídica.

A compreensão do sistema jurídico como ordenação mais fundada em um vínculo axiológico (IRTI, 1992, p. 135) que apenas o formal e o material é, portanto, não um descarte das compreensões sistêmicas anteriores a ela, mas apenas uma evolução. É verdade que é uma compreensão de sistema que passa por uma análise da própria metodologia da Ciência Jurídica, mas apenas como um pressuposto de compreensão das razões justificadoras da relevância do elemento valorativo na estruturação do sistema jurídico. Neste sentido, em que pese a evidente problematização trazida por Canaris, sua teoria sistêmica debruça-se sobre os parâmetros de construção da cientificidade do Direito com fins precipuamente de estabelecer os fundamentos-base da sua teoria axiológica do sistema jurídico.

Canaris (1996, p. 86-87) evolui sua própria teoria sistêmica de valores para princípios, assentando serem ambos conceitos qualitativos e que se diferenciam por ser o princípio uma forma mais concretizada/delimitada do valor, que é uma qualificação mais fluída da realidade. O constitucionalismo, então, inspirado na visão de sistema axiológico, elaborou os princípios da unidade e da supremacia do documento constitucional, fornecendo os fundamentos teóricos para a aplicação da concepção do fenômeno jurídico como ordem axiológica,

alterando, portanto, como recorda Vila (In: CARBONELL et al, 2005, p. 78), os critérios de validade e legitimidade da norma jurídica. Ainda, o reforço hermenêutico valorativo veio através de outras normas principiológicas como proporcionalidade, interpretação conforme, eficácia integradora e outros.

Com o neoconstitucionalismo e a imensa velocidade dos fenômenos sociais, o recurso a uma teoria jurídica principiológica e valorativa permitiu aliar a finalidade do Direito de dirigir o comportamento humano, sua gênese valorativa e seu suporte legal. Ocorre que, como admite o próprio Canaris, o princípio não tem a delimitação conceitual perfeita, haja vista que é preceito com certo grau de abstração, o que demanda densificação. É exatamente a abertura de conteúdo dos princípios que permite tanto o manejo destes como ferramentas de concretização dos valores positivados nas normas jurídicas não-principiológicas, quanto confere espaço para a atividade construtiva do magistrado quando da sua aplicação.

Radicalizando em sua opção por preceitos principiológicos (chegando ao “pan-principiologismo”), o neoconstitucionalismo acabou por criar um largo espaço para a discricionariedade do Estado-Juiz, reduzindo a limitação de poder e abrindo espaço para menos previsibilidade e, por conseguinte, menos segurança jurídica. Em que pese a salutar importância de caminhar para um terceiro grau de vinculação entre as normas jurídicas (indo além do formal e material, chegando também ao elo axiológico/espiritualístico), o excessivo recurso aos princípios fez dos documentos neoconstitucionais verdadeiros fomentadores da atípica legiferância pela magistratura.

Então, Canaris (1996, p. 116-118) trata de outro ponto de sua teoria sistêmica do Direito: a abertura. Rechaça, de imediato, que a capilaridade do Direito seja um diminutivo de sua cientificidade, de modo que não seria possível falar nem na categorização dual de sistema aberto ou fechado (pois as normas jurídicas não podem estar alheias aos acontecimentos sociais, sob pena de perda de legitimidade, nem tampouco o são completamente abertas a tais influências, ou restaria vulnerada a segurança jurídica) nem na noção de incompletude (já que não se trata de uma busca ativa do Direito por preceitos externos, mas da inevitável interferência dos preceitos sociais sob as normas jurídicas). Canaris diz, portanto, que é mais adequado falar no Direito como um sistema objetivo quanto à sua abertura, haja vista que, em que pese a inevitabilidade das interferências sociais, políticas e econômicas sob as normas jurídicas, graças à necessidade de ordenação formal, a introdução de elementos no Direito



demanda o respeito aos procedimentos objetivos do devido processo legislativo e o respeito a um conjunto de valores fundamentais.

Canaris (1996, p. 118), entretanto, não é estranho à possibilidade de, notadamente diante do constante intercâmbio entre os modelos de Direito (no caso específico do Brasil, nos últimos anos, têm crescido a introdução de instrumentos de *commom law*, como precedentes vinculantes, estímulo à jurisprudência criativa, etc.), ocorrerem processos extralegais de incorporação de elementos. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, no Brasil, pode-se falar em reconhecimento pela própria ordem jurídica de processos que, apesar de certo grau de objetividade (com a definição dos legitimados e das instâncias que podem apreciá-los), deferem ao magistrado protagonismo na criação de preceitos e enunciados com força semelhante às prescrições legais. Outro exemplo prático dessa capilaridade seria via princípios, o que, como já dito, pode ser tanto salutar quanto problemático a depender da dosagem no uso da construção principiológica e da existência ou não de um sistema conjugado de limites interpretativos na densificação dos princípios.

Canaris (1996, p. 121-122) propõe, então, um instrumento de correção para o espaço aparentemente ilimitado de modificação extralegal: controle teleológico via princípios. Trata-se da compreensão de que os princípios, para além de veicularem uma normatização aparentemente fluída, também, e graças a esta mesma fluidez que os assemelha aos valores, realizam a função de limitadores dessas alterações das normas jurídicas via procedimentos extralegais (não conforme o devido processo legislativo). O adequado manejo dessa vinculação axiológica como fomentadora da unidade normativa é, exatamente, através do uso do garantismo como fonte primordial na construção conceitual prática das normas principiológicas, restando, assim, equilibrado o recurso ao excessivo principiolismo, porque estabelecer-se-á como parâmetros interpretativos mínimos os direitos e garantias individuais, limitando a atuação interpretativa do aplicador do Direito, e conferindo segurança jurídica.

Ora, Canaris defende, então, que a atuação extralegal do magistrado deve atentar ao processo cumulativo de construção histórica dos princípios, não podendo concretizá-los contrariando a pré-compreensão historicamente delineada do seu teor valorativo. Neste sentido, ao analisar a abertura do sistema jurídico, Canaris propõe solução para a ausência de balizas limitadoras das influências do subjetivo processo interpretativo, ainda que o faça

também via atividade intelectual do mesmo ator que realiza o processo de alteração extralegal. Canaris (1996, p. 155) diz que esta ferramenta de correção conceitual é a “determinação da essência”, processo que é informado não só pela compreensão historicista das normas jurídicas, mas também pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico (um todo unitário coerente, sem contradições evidentes, que se legitima reciprocamente). Larenz propõe a mesma solução:

A jurisprudência não constitui o Direito vigente apenas onde a lei deixa de se pronunciar, ou onde é de facto cometida ao juiz a conformação da norma através das chamadas cláusulas gerais, normas em branco ou a remissão a standards (com os «bons costumes» ou os «usos do tráfego») — embora, «à luz de princípios não codificados e com vinculação (controlada apenas pelos próprios tribunais) a critérios extra-legais, mas em todo o caso “objectivos”, ou seja, critérios convencionais de base empírica e densidade variáveis». Toda a «aplicação» da lei é já uma interpretação e o achamento do Direito não é «nunca mero trabalho de subsunção». Não existe nenhuma distinção de princípio entre interpretação extensiva e preenchimento de lacunas mediante analogia. A interpretação é sempre e já desenvolvimento do Direito. [...] (LARENZ, 2012, p. 193)

Em que pese desenvolver sua compreensão ordenadora do Direito pela dual oposição já ultrapassada entre Direito Público e Direito Privado, Irti (1992, p. 31-32) parte da mesma visão de Canaris quanto à força sistematizadora dos princípios para fundamentar sua construção teórica da relação entre códigos e leis extravagantes. Neste sentido, mesmo na era da codificação clássica, já havia impressões da sistematização axiológica que as normas centrais exercem sob as outras, e tal processo de vinculação valorativa foi aprofundado com o constitucionalismo e a supremacia da constituição.

A teoria do sistema jurídico como ordem axiológica é, portanto, tributária da ideia do Direito como um campo do conhecimento que interage com as demais áreas da vida social, mas que, porém, delimita objetivamente como se dará essa contribuição externa. A compreensão de interferência não objetiva diz respeito não só aos processos sem delimitação legal prévia, mas, principalmente, em tributo à Democracia e à limitação dos autoritarismos individuais do subjetivismo interpretativo do magistrado.

## 4.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O GARANTISMO COMO INSTRUMENTOS DA UNIDADE SISTÊMICA

A intrínseca relação entre democracia e sistematização das normas jurídicas resta evidente quando se verifica que, para um ordenamento jurídico ser coerente (e, portanto, também um sistema), é necessário que haja o respeito à uma ritualística procedimental previamente definida, esteja permanentemente ligado à realidade fática e, ainda, seja produzido por um poder instituído popularmente. Neste sentido, é via democracia que ocorre a seleção coletivamente mais próxima do ideal dos valores que são considerados mais relevantes para dada sociedade, o que, por óbvio, permite a adequada conexão do Direito com a realidade fática e, ainda, que sejam revestidas tais prescrições de legitimidade. Não por outra razão que a unidade sistêmica de normas jurídicas advém da combinação entre a ordenação formal/procedimental e o vínculo quanto aos conteúdos e aos valores expressos na norma jurídica.

Especificamente no Brasil, como durante a maior parte da existência do Estado brasileiro, as normas jurídicas que vigoraram por mais tempo foram ou alienígenas (a exemplo das Ordenações Filipinas e Manuelinas) ou produto direto de regimes políticos autoritários (neste ponto, cita-se a Constituição de 1824, que teve mais tempo de vigência), a sistematização de normas jurídicas demorou. Primeiro, precisou-se sanear a desconexão com a população brasileira, o que apenas começou com o advento dos primeiros regimes políticos democráticos. É verdade que, por vezes, houveram interrupções deste processo de maturação democrática com períodos autoritários, porém não foi rompido o crescente movimento coletivo de exigência de conexão entre o Estado e os anseios e valores sociais.

Não há como falar em sistematização de normas jurídicas que não guardam conexão com a realidade nem foram produzidas pelo detentor do poder político, o povo, ou por seus representantes escolhidos. Assim, pela ausência de legitimidade e de conexão com a realidade fática, as prescrições jurídicas que por um bom tempo regularam a vida social brasileira sequer podem ser consideradas um ordenamento, menos ainda um sistema ou unidade coerente. A exemplo da Carta de 1824, os demais documentos constitucionais brasileiros se revestiram em conjunto de normas jurídicas pouco interessadas na aplicação fática nem em sua legitimidade popular. O Direito brasileiro ficou muito tempo vinculado à perspectiva formalista, descurando da necessidade de ser estipulada também uma coerência sistêmica nos planos material e valorativo.

A Constituição Federal de 1988, cuja elaboração foi das mais democráticas, utilizando-se dos princípios ordenadores (notadamente os hierárquicos como supremacia da constituição e interpretação conforme), instaurou o processo de formação de uma mentalidade jurídica voltada também para a preservação do conjunto de valores e anseios socialmente relevantes. Neste sentido, a sistematização jurídica, na ordem jurídico-constitucional pós 1988, deve necessariamente passar pelos três instrumentos de vinculação entre as normas jurídicas: obedecer a uma formalidade previamente definida, ao conteúdo material inderrogável e ao conjunto de valores espalhados e dedutíveis do texto constitucional como um todo.

Escolheram os constituintes de 1988 a forma de positivizar (e, assim, vincular o Estado na tarefa de concretizar os anseios coletivos ainda que não expressos) o conteúdo axiológico que deveria servir de guia à atuação estatal via normas principiológicas, pela própria natureza de tais prescrições jurídicas de serem veículos normativos mais amplos em seus conteúdos. Ocorre que, dada a pluralidade da sociedade brasileira, optou o constituinte por não fazer uma seleção deste arcabouço axiológico e fez veicular na Constituição de 1988 imensa gama de valores, fazendo com que fosse um texto notadamente formado por normas jurídicas prioritariamente principiológicas. Ocorre que o fato de tais normas serem dotadas de menor densidade de conteúdo trouxe a demanda por uma atuação complementar para serem aplicadas, o que, por óbvio, enfraqueceu a tutela jurídica a que se propõem, acentuando a dependência da atividade hermenêutica.

É preciso deixar claro, no entanto, mais uma vez, que não se está a apregoar uma ausência de normas principiológicas, mas a criticar o excessivo recurso a tal tipologia normativa, haja vista a criação de ilimitado espaço criativo para a atividade interpretativa, deixando, portanto, ao arbítrio das individualidades de cada magistrado a complementação das normas jurídicas. Assim, um documento constitucional excessivamente principiológico descarta da sua primordial tarefa de ser a força diretiva do ordenamento jurídico, isto porque a falta de precisão das normas principiológicas acaba por mitigar a força vinculante da prescrição constitucional ao transferir a sua delimitação conceitual ao aplicador em sua atividade interpretativa, transformando-a mais em criadora da ordem jurídica que a própria atividade legislativa. Por conseguinte, a salutar função da norma principiológica de arejar o ordenamento jurídico é completamente desvirtuada quando há um excessivo recurso a tal tipologia de norma jurídica: não só resta reduzido o impacto dos princípios (já que todas as

normas, ou quase todas, são veiculadores de valores), mas também a mínima presença de prescrições do tipo regras resulta em uma completa ausência de ordenação.

Neste contexto de excessiva abstração das normas constitucionais de 1988, reveste-se de especial relevância a complementar atuação ordenadora do garantismo para uma efetiva ordenação axiológica. O garantismo, como recorda Ibáñez (In: CARBONELL et al, 2005, p. 64-66), busca reduzir a discricionariedade inerente à interpretação judicante ao demandar do magistrado uma rigorosa atenção aos direitos individuais. Por conseguinte, em estímulo à imparcialidade judicial, o garantismo pugna pelo exercício da atividade legiferante mais alinhado à legalidade através, primeiro, da criação de normas com o máximo de precisão possível (fixando um espaço definido em que a interpretação poderia ser exercida), e, segundo, da fixação legislativa dos métodos hermenêuticos.

Ora, em que pese a existência de instrumentos para produzir a unidade endógena do texto constitucional (expostos no capítulo I), o excessivo manejo de normas do tipo valorativo na CF/1988 acabou por ser patológico à unidade do ordenamento jurídico, causando uma fragmentada e dispersa tutela jurídica que não consegue cumprir a promessa legislativa de tutela. Essa falta de seletividade e de delimitação do âmbito de tutela jurídica denota a ausência de uma adequada introdução da lógica sistêmica, o que pode ser contornado, ao menos quanto aos bens jurídicos mais nobres, com a aplicação do garantismo enquanto gestor dessa ordem axiológica (opção que foi feita pela Constituição Federal de 1988 ao colocar a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito). Reconhece-se, portanto, uma dependência mútua entre constitucionalismo e garantismo:

O garantismo precisa do constitucionalismo para tornar realidade seu programa de valores; e o constitucionalismo se alimenta do projeto garantista para condicionar a legitimidade do poder ao cumprimento de certas exigências morais que estão condensadas nos direitos fundamentais.<sup>10</sup> (SANCHÍS, In: CARBONELL et al, 2005, p. 44)

Assim como a positivação e a codificação militaram em favor de uma ordenação formal (IRTI, 1992, p. 19-21), e que o constitucionalismo produziu uma unificação em torno do conteúdo material das Constituições, o garantismo promove as correções dos excessos do

---

<sup>10</sup> “El garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan em los derechos fundamentales.”

neoconstitucionalismo para garantir a implantação de uma unidade que também seja axiológica/valorativa. Sanchís (In: CARBONELL et al, 2005, p. 42) destaca que a constituição garantista permite não só o respeito às regras democraticamente elaboradas (conexão com a realidade fática) definidoras do procedimento de produção das normas (unidade formal), mas, principalmente, coloca como condição de validade/legitimidade das prescrições normativas o respeito aos valores derivados da dignidade humana.

Ademais, Sanchís (In: CARBONELL et al, 2005, p. 43-44) recorda que o garantismo de Ferrajoli é exemplo de busca por uma sistematização ordenada do Direito voltada eminentemente para a unidade axiológica, haja vista que, diferente das teorias sistêmicas incompletas (que buscam apenas a unidade formal e de conteúdo), os preceitos garantistas diferenciam-se pela capacidade de aceitar a própria natureza porosa do Direito aos valores socialmente relevantes (a moral). Neste sentido, como reconhece a relevância da ordem axiológica que rege a vida coletiva, o garantismo consegue promover o alinhamento das determinações objetivas, informadas pela legalidade, com todo o conjunto de valores derivados da dignidade humana.

Ainda, é preciso recordar que a relação entre garantismo e constitucionalismo existe de forma ontológica, afinal os preceitos garantistas estão intimamente vinculados à mesma filosofia contratualista que informa o início do movimento constitucionalista. Ora, tanto a busca por documentos escritos para vincular os monarcas (o constitucionalismo) quanto a necessidade de delimitar previamente os espaços de atuação do Estado (o garantismo) deitam raízes no anseio coletivo de que o Estado apenas atue em prol do interesse coletivo, que é o fundamento de sua existência. Essa conexão genética permite afirmar, por conseguinte, que ambos são fontes de legitimidade política e social do Estado, de modo que o reconhecimento do garantismo como limite à abertura das normas neoconstitucionais milita apenas em favor de uma maior eficácia coercitiva de tais prescrições jurídicas.

Em que pese não eliminar a necessidade da atividade hermenêutica do intérprete-aplicador, o garantismo estipula limites ao exercício interpretativo, fornecendo as balizas que permitem aproveitar a característica atemporal da abertura principiológica em favor da segurança jurídica. É transformada, assim, a força relativista da interpretação jurídica em favor do valor da previsibilidade não sob o viés da incerteza conceitual, mas, na verdade, da

desnecessidade de constantes alterações do texto constitucional. No mesmo sentido, Sanchís afirma:

[...] o extraordinário poder de censura que o garantismo deposita sobre o que os juízes querem fazer torna-se suportável via uma abordagem instrumental da interpretação de modo que o juiz é chamado a constatar e, em raras situações, a escolher, valorar ou decidir. As cláusulas materiais da constituição e em especial os direitos não convidam o juiz garantista a se utilizar do sopesamento e da proporcionalidade de uma forma relativista, nem a realizar deduções sobre os impactos de sua interpretação; o convidam simplesmente a realizar a subsunção<sup>11</sup>. (SANCHÍS, In: CARBONELL et al, 2005, p. 52-53)

O garantismo, enquanto instrumento de ordenação axiológica, age em complementação à ordem sistêmica que a Constituição principiológica de 1988 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que a mesma estrutura lógica repita-se em cada conjunto de normas jurídicas que se especializam na tutela de certo objeto/bem. Neste sentido, aperfeiçoada pelos preceitos garantistas, a Constituição Cidadã, tal qual um código, enuncia em seu texto todos os elementos gerais da tutela jurídica na ordem jurídico-constitucional que inaugura. Assim, a codificação clássica, que estabelecia uma divisão temática de normas jurídicas, dá lugar a uma nova concepção de código, qual seja aquele voltado a instrumentalizar os bens jurídicos constitucionalmente prometidos.

A compreensão sistêmica atual é, portanto, de que o documento constitucional age como um código/centro que apresenta os preceitos generalistas do sistema constitucional-garantista, os quais ganham contornos especializados/pormenorizados que se aglutinam conforme os bens ou objetos de tutela. Neste sentido, fala-se que a tutela jurídica pós-Constituição de 1988 é voltada para uma abordagem sistêmica sempre com vislumbre preliminar nos direitos e garantias individuais e, em seguida, reunindo as normas infraconstitucionais em torno do objetivo de tutela comum. Por tal razão, fala-se, por exemplo, em microssistema de tutela coletiva, em regime da Fazenda Pública, entre outros.

Especificamente quanto à moralidade pública enquanto bem jurídico, já assentada sua qualidade de objeto protegido no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, qualquer

---

<sup>11</sup> “[...] el extraordinario poder de censura que el garantismo deposita sobre los jueces quiere hacerse soportable a través de una visión cognitivista de la interpretación donde el juez está llamado a constatar y, en muy escasa medida, a escoger, valorar o decidir. Las cláusulas materiales de la constitución y en especial los derechos no le invitan al juez garantista a ponderar pesos y proporcionalidade relativas, ni a realizar juicios consecuencialistas; lo invitan simplemente a subsumir.”

tentativa de consolidação da existência de seu microsistema também não dispensa a verificação dos elementos de similitude entre as normas jurídicas que o compõem e a presença dos instrumentos criadores da ordem sistêmica: a expressão dos princípios da Constituição Cidadã e do arcabouço axiológico garantista.

### 4.3 AS NORMAS JURÍDICAS DA MORALIDADE

A despeito da relevante forma como foi expressa a moralidade pública na Constituição Federal de 1988 (tanto princípio quanto valor), não se tratou de inovação, haja vista que a moralidade sempre esteve presente na história constitucional brasileira. Mesmo ora implícita constitucionalmente, ora expressamente, ainda que em posição secundária, a constante presença da moralidade pública como bem jurídico constitucional também se expressou no âmbito infraconstitucional.

#### 4.3.1 Os Dispositivos Cíveis e Administrativos da Moralidade Pública

Na esfera cível, as primeiras leis a tratarem da moralidade pública foram as Leis Pitombo-Godoi Ilha (3.164/57) e Bilac Pinto (3.502/58), ambas da década de 60, que já prescreviam a responsabilização civil para aqueles que violassem normas jurídicas de moralidade no trato da coisa pública. Ocorre que, como lembra Costa (2015, p. 125), tais leis tinham incidência restrita aos casos de enriquecimento ilícito, sendo, portanto, muito tímidas em sua tutela à moralidade pública. Interessante, entretanto, o fato de já trazerem, em seus textos, algumas delimitações conceituais importantes quanto à legitimidade ativa e à definição do que seja servidor público. Tais leis infraconstitucionais vigoraram por cerca de três décadas, só sendo revogadas pela Lei 8.429/1992.

Com prescrições eminentemente conceituais, principiológicas e pouco exatas, as Leis Pitombo-Godói e Bilac Pinto avançaram ao impor a declaração de bens prévia à posse para servidores públicos (medida que permanece até hoje), porém pecaram na pouca precisão das demais disposições legais, o que comprometeu a eficácia de suas previsões. Mesmo com a baixa densidade normativa destas leis, foram previsões relevantes pela mensagem que o ordenamento jurídico brasileiro demonstrou, pela primeira vez, que a moralidade pública é juridicamente relevante, notadamente no que diz respeito ao uso privado da máquina pública,



sendo esta a razão de muitas disposições de tutela jurídica da moralidade pública versarem especificamente sobre enriquecimento ilícito.

É verdade que somente com o advento da Lei de Ação Popular (Lei 4.717 de 1965) passou a ocorrer, no plano infraconstitucional, uma expressa defesa da moralidade pública, principalmente diante da previsão objetiva de cominação de sanção anulatória aos atos da própria Administração Pública que fossem lesivos ao patrimônio público. Evidenciando que não se trata de interferência sobre o poder de gerência do Administrador Público, a Lei 4.717/65 fortaleceu a ideia de que o objetivo do Estado deve ser a busca pelo interesse público, não podendo ser o mérito administrativo preenchido livremente, sendo vedado o uso do Estado para satisfação de interesses não públicos.

O ineditismo da Lei de Ação Popular foi, primeiro, fixar a legitimidade ativa para o cidadão, deixando claro que o controle sob os atos públicos é exercido com maior validade pelo cidadão, reforçando a qualidade do Estado de mero delegatário dos cidadãos (que são os detentores do poder político). O segundo avanço foi a definição objetiva do que seria “patrimônio público”, reduzindo as possibilidades de interpretação e, por isso, majorando a segurança jurídica e a tutela das garantias individuais. Ainda, um terceiro ponto de aperfeiçoamento do instrumental de tutela jurídica da moralidade pública na Lei 4.717/65 diz respeito à obrigação do Poder Público de fornecer informações e documentos relevantes para a propositura de uma Ação Popular, ampliando a possibilidade de controle público dos atos estatais.

O quarto destaque da Lei 4.717 está no seu artigo 2º que conceitua, expressamente, quais vícios são ensejadores da ação popular, instituindo, então, atos nulos por presunção legal, os quais são lesivos em si mesmos, dispensando, como pontua Costa (2015, p. 107), a necessidade de lesão ao erário ou qualquer prejuízo patrimonial à Administração Pública. Um quinto ponto relevante da Lei de Ação Popular está na possibilidade de, caso o autor originário deixe de promover a ação ou dela desista por razões infundadas, outro legitimado, também cidadão, ou o Ministério Público, podem ingressar em seu lugar, permitindo, portanto, a continuidade da ação (estimulando a apreciação do mérito).

Especificamente quanto ao processamento da petrificação do julgado na Ação Popular, a Lei 4.717/65 trouxe dois importantes instrumentos: como lembra Costa (2015, p. 244), a eficácia *erga omnes* e a coisa julgada apenas *secundum eventus litis* e *secundum eventus*

*probationes*, que a Lei de Ação Popular colocou como regime jurídico específico para sua coisa julgada, ratificando que o que importa é a máxima tutela da moralidade pública. Essa previsão de repositura apenas caso haja novas provas deixa claro que o legislador busca a apuração da verdade real ao máximo quando se trata da tutela da moralidade pública, qualificando-a como um bem jurídico singular inclusive no âmbito processual.

Para solidificar a necessidade de sempre investigar o mérito da Ação Popular, estabeleceu a Lei 4.717 um segundo instrumento processual: o instituto da remessa necessária invertida. Essa condição para trânsito em julgado, a exemplo do que ocorre com demandas condenatórias contra a Fazenda Pública, institui a obrigatoriedade da reapreciação de mérito a fim de assegurar a justiça da decisão. Este singular regime de coisa julgada para as demandas fundadas na Lei 4.717/65 é, portanto, mais uma manifestação expressa da relevância social e jurídica da moralidade pública, denotando que se trata de bem jurídico qualificado.

Após 20 anos de vigência da Lei de Ação Popular, veio a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347 de 1985), que trouxe a ligação entre direitos coletivos e moralidade pública, colocando em primeiro plano a sanção econômica e patrimonial, evidenciando que não bastava apenas a anulação do ato lesivo, mas que o que importa é a cessação de tais lesões aos bens coletivos, dentre eles a moralidade pública. A importância na previsão de que o patrimônio público tem a qualidade de direito coletivo *latu sensu* é imensa, pois, pela primeira vez, resta expresso (sem possibilidade de interpretações) que a tutela da moralidade pública busca a satisfação do interesse de todos, porque a insere no rol dos direitos coletivos.

Outro ponto importante foi que, como a Ação Civil Pública é um meio de exercício de tutela ressarcitória, colocou-se a moralidade pública na qualidade de bem indenizável, o que representou uma majoração da consequência àquele que fosse responsável por ato danoso à moralidade pública, majorando, portanto, a reprovabilidade social a tais condutas lesivas. Assim, ao ser acrescida a cominação pecuniária à sanção de anulação do ato administrativo, buscou o legislador atribuir uma tutela jurídica mais contundente e efetivamente capaz não só de desfazer as consequências internas da lesão (ao expurgar o ato administrativo que serviu de veículo à lesão da moralidade), mas, principalmente, estremar de dúvida a qualidade da moralidade pública de bem passível de lesão.

Também, no que diz respeito à legitimidade ativa, a Lei 7347/85, além de manter a possibilidade de ingresso de outro legitimado em caso de desistência infundada, ampliou o

rol, inclusive acrescentando os entes públicos lesados, evidenciando, mais uma vez, que a tutela da coisa pública é também a proteção do próprio Estado. Ainda quanto aos atores processuais, houve a determinação de que o Ministério Público deve acompanhar toda e qualquer Ação Civil Pública, seja parte ou não, sendo este mais um indicativo da compreensão de que a moralidade pública é voltada para o interesse da coletividade e para a manutenção da ordem jurídico-constitucional.

No que diz respeito aos instrumentos processuais, a Lei 7.347/85 previu as específicas formas de execução residual e coletiva, instituindo a indisponibilidade executória dos julgados indenizatórios da Ação Civil Pública. Ademais, a amplitude da resolutividade extrajudicial é autorizada expressamente pela lei ao criar o Termo de Ajustamento de Conduta, não restringindo, portanto, a tutela satisfatória apenas ao âmbito judicial. Em que pese a restrição apenas aos órgãos públicos no uso da ferramenta extrajudicial do TAC, trata-se de uma evidente forma de ampliar as possibilidades de, ainda que via negocial, garantir a responsabilização daquele que perpetre a conduta lesiva à moralidade pública. Neste sentido, mais uma vez, vê-se a importância elevada atribuída pelo legislador infraconstitucional à tutela eficiente e ampla da moralidade pública.

Com a Constituição Federal de 1988, as previsões da Lei de Ação Popular e da Ação Civil Pública foram reforçadas diante da opção do constituinte em colocar, de forma inovadora, como destaca Figueiredo (2003, p. 120), expressamente no texto constitucional a moralidade administrativa. Ademais, não foi qualquer previsão, mas uma expressa deferência à sua qualidade de princípio reitor da Administração Pública e de seus agentes. Neste sentido, não só foi alçada à condição de fundamento autônomo do controle jurisdicional, mas, principalmente, objeto capaz de desencadear a própria autotutela pela Administração Pública, haja vista ser a legalidade administrativa estrita a única a autorizar a atuação do Estado, e tal previsão ainda não existia nos textos constitucionais.

Costa (2015, p. 104-106) recorda, especificamente quanto à Lei 4.717/65, que a CF/1988 operou alterações dignas de nota: ampliou o objeto de aplicação da Ação Popular, deixando expressos certos bens jurídicos, ainda que, na prática, já fossem tutelados por esta ação; e ainda previu em seu texto a Ação Popular como direito fundamental, sendo, portanto, não passível de abolição nem mesmo via emenda constitucional (cláusula pétrea).

Sob os influxos da previsão constitucional expressa da moralidade pública, veio a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429 de 1992), que instituiu a modalidade de infração político-administrativa, capaz de ocasionar severas consequências ao agente improprio, dentre elas, como recorda Figueiredo (2003, p. 56), a perda ou suspensão dos direitos políticos. Destaca-se na Lei 8.429/1992: primeiro, a previsão objetiva de rol extenso de condutas vedadas aos funcionários públicos, cominando sanções cíveis e administrativas já graduadas conforme a presunção legal de gravosidade do ilícito cometido (respeitando o princípio garantista de proporcionalidade da pena e responsabilização conforme a contribuição do agente); segundo, as disposições conceituais antes não existentes quanto ao conteúdo de “incorreção”, “má conduta”, “desonestidade”, “imoralidade” e “improbidade”, conferindo aplicabilidade mais segura à lei e, por isso, maior legitimidade à sua tutela sancionatória; e, terceiro, positivou as balizas hermenêuticas que devem reger sua aplicação, neutralizando, por isso, o excesso neoconstitucionalista da atividade interpretativa irrestrita.

Um equívoco a ser pontuado quanto à Lei 8.429/1992 diz respeito à inovação de prever um amplíssimo conceito de agente público, sem delimitar minimamente os sujeitos atingidos por sua incidência. A crítica deve-se ao fato de que a falta de clareza na aplicação de uma lei representa afronta ao princípio da legalidade, ocasionando perda de eficácia e baixa coercibilidade exatamente pela reduzida previsibilidade do seu âmbito de incidência, além de, como já reiteradamente dito neste trabalho, conferir excessivo espaço para atividade interpretativa construtiva, que é vulneradora da segurança jurídica e do garantismo.

Também na esfera cível, merece atenção, ainda, a Lei 8.666/1993, que trouxe exaustivas e minuciosas determinações quanto à grande maioria das etapas envolvidas na formação de vínculos contratuais pelo Estado. Suas normas, pela completude, transvestem em verdadeiro passo-a-passo para aferir a idoneidade e a legitimidade das contratações feitas pelo Poder Público, permitindo maior controle público sobre a gestão pública, representando verdadeiro código de conduta.

Apesar da Lei 8.666/1993 promover certo engessamento da máquina pública graças à necessidade de cumprir certos requisitos temporais, é essencial esse disciplinamento prévio e pormenorizado, pois permite-se maior transparência e, por isso, um controle e uma fiscalização mais eficientes na verificação de se algum agente está atuando de forma desviante do interesse coletivo. Ademais, qualquer norma disciplinadora das relações contratuais do

Estado seria (e será) inexoravelmente de algum modo limitadora da mobilidade gerencial (de modo que jamais chegaria à velocidade da gestão privada), haja vista a necessidade de, graças à origem pública dos recursos envolvidos, garantir uma fiscalização coletiva.

Recentemente, com a edição da Lei 12.846/2013, fechou-se a amplitude da tutela cível e administrativa da moralidade pública, visto que, com esta lei, passou-se a responsabilizar expressamente inclusive o ente coletivo, e não apenas as pessoas físicas que atuavam como seus mandatários. Até 2013, havia uma lacuna exatamente neste ponto, permitindo um mau uso da pessoa jurídica coletiva, já que, ainda que beneficiada (monetariamente, em regra) pela atuação do agente lesador, o ente coletivo não sofria qualquer sanção ainda que houvesse a aquiescência dos órgãos colegiados de sua direção/administração, permitindo, portanto, uma atuação impune.

Com vistas a combater o uso abusivo da ausência de corporificação da pessoa jurídica, foi editada a Lei 12.846/2013, chamada, por esta razão, de Lei Anticorrupção ou Lei Empresa Limpa. Dentre suas previsões mais inovadoras, destaque para a possibilidade de inserção no cadastro das empresas vedadas de contratar com o poder público; para a responsabilização objetiva do ente coletivo beneficiado por atos danosos à moralidade pública perpetrados por seus agentes; e, não menos importante, para a divulgação pelo próprio ente empresarial condenado da sentença condenatória nos meios de comunicação social. A Lei Anticorrupção também estipulou elevadas punições pecuniárias aplicáveis inclusive administrativamente (exatamente para desestimular a prática do delito) e, ainda, qualificou tais infrações como adicionalmente lesivas à ordem econômica.

Assim como a Lei 4.717 e a 7.347, a Lei Empresa Limpa trouxe instrumento extrajudicial para facilitar a solução do conflito: o acordo de leniência. Ademais, como lembram Petreluzzi e Rezek Junior (2014, p. 60), nos parágrafos do art. 4º, foi fixada a obrigação solidária de todas as pessoas jurídicas da cadeia empresarial (controladas, coligadas e consorciadas) envolvidas no evento lesivo à moralidade pública, pouco importando que tenha sido uma infração praticada por apenas uma dessas empresas do mesmo grupo econômico (aquelas pessoas jurídicas empresariais que, apesar de independentes, estão sob direção única).

Neste sentido, enquanto a Lei 8429/1992 tratou dos efeitos sancionatórios para os agentes públicos, a Lei 12.846/2013 elencou sanções específicas para as pessoas jurídicas

envolvidas. Assim, a combinação da Lei de Improbidade Administrativa com a Lei Anticorrupção permite um sancionamento de todos os atores envolvidos no evento lesivo à moralidade pública, fortalecendo a tutela deste bem jurídico.

#### **4.3.2 As Previsões Penais da Moralidade Pública**

Quanto aos dispositivos penais, em razão das gravosas consequências da atuação do aparato de persecução penal sob a esfera individual, é fundamental uma análise mais detalhada, notadamente pelo longo período que separa os primeiros tipos penais de combate à corrupção daqueles mais recentes.

Desde o Código Penal de 1830 já eram tipificados uma série de condutas maculadoras da moralidade pública, de modo que, desde então, sempre foi punível a lesão à moralidade pública com a força jurídica mais intensa à disposição do Estado. Ocorre que, como se conferiu tratamento penalmente brando a tais condutas, foi enfraquecida não só a própria tutela jurídica, fomentando a impunidade, mas também a legitimidade da incidência do próprio Direito Penal para tutelar a moralidade pública.

Assim, ou eram cominadas penas ínfimas diante das consequências e dos danos sociais de um delito causador de lesão à Administração Pública, ou era quase inexistente na legislação infraconstitucional qualquer tratamento penal sobre a temática. Ora, como as penas mínimas iguais aplicáveis a tais delitos eram (e ainda são) desproporcionais em relação às cominações mínimas fixadas para tipos penais voltados a condutas de menor impacto coletivo (como, por exemplo, os delitos ofensivos ao patrimônio individual), passou o legislador a mensagem de que não era penalmente relevante a lesão à moralidade pública.

A estipulação de penas reduzidas, e sem qualquer proporcionalidade com o dano gerado, repetiu-se no Código Penal vigente, o que compreende a eficácia punitiva de suas previsões. Deve-se destacar, entretanto, que houveram avanços nas tipificações do atual CPB comparado com o de 1830, como a estipulação de um capítulo específico para reunir as condutas lesivas ao patrimônio público. Outro ponto relevante diz respeito à possibilidade de, até mesmo nos crimes funcionais, haver a extensão da qualidade de funcionário público ao particular que não a ostenta para fins de aplicação da pena, evitando eventuais desvirtuamentos e condutas contrárias à boa-fé. Ainda, o CPB, respeitando a legalidade estrita

penal, fixou um conceito restrito de funcionário público para fins de aplicação da lei penal, o que, neste ponto, foi também avanço, graças ao alinhamento com os preceitos garantistas e as características basilares do Direito Penal, notadamente a *ultima ratio*.

Outras disposições penais de proteção da moralidade pública são encontradas em leis específicas que têm abordagem interdisciplinar, com destaque para a Lei 8.666 de 1993, restrita às licitações conduzidas pela Administração Pública, que estipulou normas específicas para procedimentos licitatórios; e, ainda, a Lei de Lavagem de Dinheiro (a Lei 9.613/1998), que visa punir qualquer ocultação de bens, direitos e valores que sejam fruto de infrações penais, estipulou sua aplicação, inclusive, para ocultação de qualquer proveito econômico obtido com corrupção.

A Lei Anticorrupção (Lei 12.846 de 2013), no âmbito penal, como lembram Petreluzzi e Rezek Junior (2014, p. 60), expressamente pôs fim à exigência de dupla imputação ao asseverar, em seu artigo 3º, a independência entre as penas aplicáveis às pessoas físicas e as aplicadas sob as pessoas jurídicas. Desse modo, pode a pessoa jurídica, apesar de não ser dotada de personalidade, assim como ocorre nos crimes contra o Meio Ambiente (Lei 9605), ser condenada por delitos penais sem que o seja a pessoa física, e vice-versa. Houve, ainda, a previsão de benefícios para empresas condenadas que tivessem promovido para seus funcionários programas da *compliance criminal*.

#### 4.4 ELEMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO SISTÊMICA DA TUTELA DA MORALIDADE PÚBLICA

Os preceitos que tutelam a moralidade pública encontram-se dispersos em leis, de modo que cada uma delas trata de frações do fenômeno jurídico. Não por outra razão, a proteção jurídica, hoje, fornecida à moralidade pública é também fracionada, sem a necessária eficácia a refrear novas condutas, de modo que, como recorda Figueiredo (2003, p. 67), permanece o quadro generalizado de diárias violações à moralidade pública.

Como outrora demonstraram o positivismo e o movimento de codificação, a concentração de preceitos em um mesmo suporte ou a sua aplicação conjunta redundam em maior eficiência da tutela jurídica. Ora, em países com elevada produção legislativa, como o Brasil, a aplicação concentrada ou a colocação em um mesmo texto normativo não só

facilitam a visualização das semelhanças entre as normas jurídicas, mas, principalmente, permitem um reforço mútuo da legitimidade coercitiva e uma intercambiabilidade de valores entre as normas. Por isso que o neoconstitucionalismo pugna não só por uma unidade que seja formal e material, mas também o seja axiológica, atuando a Constituição, via processo de constitucionalização do ordenamento, exatamente para garantir a formação desta unidade.

Por tal razão que a chegada da Constituição Federal de 1988 representou um movimento de grande tensão normativa: a desconexão entre o documento constitucional marcado por uma constante remissão recíproca entre suas normas e a legislação infraconstitucional afeita ao diálogo normativo. Não poderia ser diferente, pois, enquanto a Constituição Cidadã foi formada em um processo democrático e participativo nunca antes visto na história brasileira, que se refletiu na pujança de seus valores e bens coletivos, a maioria das normas infraconstitucionais, por outro lado, é pautada por uma compreensão de bem jurídico eminentemente individual.

O descompasso entre os preceitos neoconstitucionalistas e as normas infraconstitucionais de índole liberal vão além da compreensão das relações entre as prescrições jurídicas de um mesmo ordenamento, alcançando o dissenso ideológico. Assim, o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico vai além de uma uniformização material e formal, passando, primeiro, pela consolidação de uma unidade axiológica sobre o fenômeno jurídico (ou melhor, como devem se processar as interações entre as normas jurídicas).

Esse processo de adequação das normas infraconstitucionais à concepção sistêmica interdisciplinar e integracionista adotada pela CF/1988 demanda a retirada das prescrições afrontosas textualmente e, também, a leitura do Direito através da lógica da dependência mútua. Neste sentido, não só por serem mais antigas, mas, principalmente, por serem mais voltadas a fenômenos individuais, as normas penais são as que mais sofrem de dissintonia ideológica com os preceitos constitucionais. Sbardellotto (2001, p. 21), inclusive, pontua que o modelo de Direito Penal informado por um pensamento liberal-individualista-normativista é refratário até mesmo às transformações voltadas para uma igualdade material, quiçá aos direitos coletivos.

Essa é a razão para serem as normas penais aquelas que mais têm passado por questionamentos de legitimidade. Situação agravada pelo recurso ao recrudescimento e ao



expansionismo, distanciando ainda mais o Direito penal do garantismo e da tutela de bens públicos e coletivos, ambos fundamentais na atual ordem constitucional:

[...] Assim, se fala em garantismo dinâmico, que transcende o âmbito do processo penal e também a mera garantia individual de caráter reativo para se ampliar como garantia de outros direitos e os respectivos espaços de seu exercício. Deste modo, vê o terrorismo como negação da democracia, e considera autoritarismo as leis de emergência, se colocando como premissa fática de que o respeito às regras constitucionais do jogo no âmbito penal e processual, e, em todo o ordenamento, na consolidação da ideia de que a existência de um regime de garantias para todos é um modo de profundar a democracia<sup>12</sup>. (IBÁÑEZ, In: CARBONELL et al, 2005, p. 60)

Neste sentido, a restauração da legitimidade das normas jurídico-penais apenas será possível com uma abordagem sistêmica que permita a atualização dessas normas infraconstitucionais aos novos influxos axiológicos da CF/1988.

No que diz respeito à lógica de ordenação pela criação de grandes feudos temáticos (as codificações), vê-se que, diante da intercambiabilidade que a própria Constituição de 1988 estimula entre suas disposições das mais diversas matizes, a sistematização temática encontra-se evidentemente ultrapassada. Por conseguinte, é mais adequado, na ordem jurídico-constitucional pós-1988, falar na Constituição Cidadã exercendo o papel de código geral do ordenamento, e em torno dos bens jurídicos previstos no texto constitucional devem ser estruturados microssistemas jurídicos para efetivar a promessa de tutela constitucional.

Ora, a organização conforme áreas temáticas revelou-se insuficiente a atender a constante mutabilidade e complexificação da vida social, de modo que constantemente eram (e ainda são) produzidos diplomas legais externos às codificações. Isto porque o recurso à codificação, ou a qualquer estruturação que seja centrada na reunião de normas em um mesmo suporte, está inevitavelmente fadado à constante desatualização, criando a necessidade constante de criação de diplomas especiais extra-códigos, fragmentando a tutela jurídica.

Assim, Costa (2015, p. 113) diz que a Constituição Cidadã estimula uma postura dialógica entre as prescrições jurídicas voltadas a um mesmo bem jurídico, não importando a

---

<sup>12</sup> “[...] Así, se hablará de garantismo dinámico, que es el que trasciende el marco del proceso penal y también el de la mera garantía individual de carácter reactivo para ampliarse al aseguramiento de otros derechos y de los correspondientes espacios hábiles para su ejercicio. De este modo, frente al terrorismo como negación de la democracia, y frente a la involución autoritaria de ésta debida a las leyes de emergencia, se postula una estrategia basada, en concreto, en el respeto de las reglas constitucionales del juego en materia penal y procesal, y, más en general, en el establecimiento de un régimen de garantías para la totalidad de los derechos fundamentales como modo de profundizar la democracia.”

qualidade de suas sanções. Por conseguinte, o processo de constitucionalização das normas infraconstitucionais passa não pela atividade legislativa, mas, na verdade, pela aplicação interpretativa valores constitucionais segundo uma compreensão integrativa do Direito.

A mensagem de estímulo ao diálogo de fontes fica evidente na CF/1988 quando, em seu texto, há uma constante comunicação entre as disposições das mais diversas áreas, evidenciando que sua visão do fenômeno jurídico é voltada para uma unidade, não para a fragmentação. Essa abordagem sistêmica integracionista e comunicativa é salutar para o reforço da própria legitimidade e força coercitiva de todas as normas jurídicas, visto que, quando em um conjunto sistêmico, as prescrições se retrolegitimam mutuamente, garantindo que cada uma delas, ao ser aplicada, reforce não só a si mesma, mas também ao conjunto das normas jurídicas, sendo tal reforço de coercibilidade essencial, por exemplo, para a tutela da moralidade pública e de diversos outros bens e direitos coletivos.

No que diz respeito à tutela da moralidade pública, como o rol de disposições normativas é imenso, englobando as esferas cível, administrativa e penal, a efetividade de sua tutela passa pela introjeção dessa aplicação sistêmica. Ocorre que a rotina diária do Judiciário é voltada, hoje, a uma aplicação das normas de tutela da moralidade pública alheia ao comando constitucional de diálogo de fontes com a diária partimentarização do fato lesivo à moralidade pública em diversos processos e apurações, o que fragmenta também a sua tutela jurídica, redundando, ainda, em um quadro de baixa eficácia.

A *práxis* de proteção à moralidade pública convive, assim, com a instauração de múltiplas ações, uma para cada uma das leis, setorizando a tutela jurídica, e impedindo a cognição plena do fato (e ampla reparação da ofensa). Ademais, tal multiplicidade de ações não só significa múltiplos gastos para mover a máquina judicante, mas também facilita a desconexão e falta de diálogo entre as instâncias apuradoras e investigativas, diminuindo o espectro sancionatório. O conjunto probatório, então, acaba refletindo essa pulverização, o que dificulta a reunião de conjunto probatório e a adequada avaliação da contribuição de cada envolvido no fato, o que, notadamente, diante do princípio do *in dubio pro reo*, acaba redundando em uma não punição do causador do dano à moralidade pública.

Essa fragmentação reflete-se, ainda, no aumento de oportunidades de lesões aos direitos e garantias individuais dos acusados tanto no âmbito cível quanto criminal, sendo, por óbvio, neste último, mais gravosas as consequências de eventuais violações, pela

possibilidade de privação da liberdade ambulatorial. E ao Estado não é autorizado agir ao arrepio da legalidade, muito menos quando se fala em descumprimento de prescrições voltadas a satisfazer a dignidade humana. Ora, quando é o Estado a realizar violações aos preceitos garantistas, verifica-se uma afronta de duplo grau, pois significa também o Estado a atuar maculando a si mesmo.

Para extirpar tais desconexões, a CF/1988, enquanto reitora da ordem sistêmica, trouxe as ferramentas voltadas à formação de uma unidade formal, material e de valores, enviando, ainda, comandos para que essa unificação se processe no âmbito infraconstitucional em cada conjunto de normas voltadas a específicos bens jurídicos. Neste sentido, a nova ordem jurídico-constitucional propõe uma organização sistêmica, como já dito, em torno de afinidades quanto ao bem jurídico, permitindo a aplicação dialógica dos instrumentos de tutela.

Então, dada a ausência de impedimentos de ordem processual (distintamente do que existe, por exemplo, na Lei de Falências, em que o Juízo especializado é o preventivo), as disposições jurídicas que tratam sobre a moralidade pública, para serem constitucionalizadas, precisam ultrapassar essa aplicabilidade fragmentada. Não apenas por se tratar da necessidade de adequação aos comandos da norma suprema, mas também porque a constitucionalização representará um ganho de eficácia para estes preceitos legais.

Assim, uma aplicação constitucionalizada (ou seja, conforme os preceitos de sistematização da atual ordem constitucional) demanda que, em cada caso, haja uma incidência conjunta dos diversos dispositivos cíveis e penais que tratam da moralidade pública. Permite-se, ainda, através dessa abordagem multidisciplinar, alcançar ao máximo os diversos desdobramentos do fato sob processamento, mas também um desempenho mais eficiente das garantias individuais.

Neste sentido, uma aplicação constitucionalmente eficiente das disposições jurídicas de tutela da moralidade pública exige a interdisciplinaridade e a sua aplicação uniforme. O permanente diálogo é autorizado pela tríplice similitude que caracteriza sua tutela como conciliável: mesmo objeto jurídico (violação ao código de conduta perante a coisa pública), mesmos princípios (máxima efetividade, busca pela cognição do mérito, etc.), mesmos institutos processuais (coisa julgada *secundum eventus litis*, remessa invertida, execução coletiva e residual, possibilidade de substituição processual do legitimado ativo, etc.),

mesmos atores envolvidos (beneficiados pelo ato, atores coletivos como Ministério Público, entidades da sociedade civil e cidadão) e mesma finalidade da tutela (preservação da moralidade pública e do interesse coletivo).

Os estímulos para a existência de um microssistema de tutela da moralidade pública não passam apenas pela ausência de impedimentos e pelos institutos similares, mas, principalmente, pelo processo de unificação axiológica que a Constituição Federal de 1988 busca imprimir sob todo o ordenamento jurídico. Ainda, como já dito, a constitucionalização passa pela aplicação integrativa e complementar entre as normas que tutelam um mesmo bem jurídico. A restauração da eficácia e da legitimidade da proteção jurídica à moralidade pública passa por uma aplicabilidade conjunta dos dispositivos que pugnam por um agir *probo* frente à coisa pública, notadamente pelo reforço mútuo que a unidade sistêmica produz.

Deve, entretanto, ratificar o alerta de que, para estar de acordo com os ditames constitucionais, esta tutela deve cumprir o exaurimento prévio de cada instância conforme seu grau de lesividade. A própria eficiência da proteção jurídica à moralidade pública demanda que, primeiro, sejam esgotadas as tentativas de solução extrajudicial, em seguida, havendo insucesso, primar-se pela aplicação das normas cíveis e administrativas, e, em um último momento, falidas todas as demais, incidir o Direito Penal. É possível fazer esse caminhar em um mesmo processo e perante um mesmo órgão jurisdicional, não havendo qualquer norma impeditiva, nem tampouco risco à dignidade humana.

A relevância de tratar sobre a ausência de uma prejudicialidade em aplicar em um mesmo processo todas as normas jurídicas que tratam do fato ofensivo à moralidade pública reside no espinhoso tema do *bis in idem*. Ora, a instauração de diversos processos simultâneos para apuração de um mesmo evento exige do suposto ofensor que disponha de advogado para cada um destes processos ou, ainda, desempenhe tantos esforços defensivos quantos forem os processos.

Consoante entendimento clássico, *bis in idem* é não apenas a impossibilidade de nova imputação após a anterior ter transitado em julgado, mas é também a imputação múltipla para um mesmo fato. Por conseguinte, a formulação de vários processos para um mesmo fato sob o argumento da independência de instâncias apuradoras encontra obstáculo na vedação expressa ao *bis in idem* na Constituição Federal de 1988 e, ainda, na redução protetiva que proporciona aos direitos e garantias individuais.

Salienta-se que não se está a pontuar por uma não aplicação de normas penais para tutela da moralidade pública, no entanto, para que seja uma incidência legítima, deve ser feita respeitando os valores constitucionais, dentre eles o garantismo. Ademais, a tutela penal é necessária, afinal, como salienta Mello (2009, p. 19), existem comportamentos socialmente reprováveis que necessitam de uma reprimenda mais gravosa ao seu destinatário, privando-o ou lhe cerceando algum direito fundamental. Portanto, extinguir por completo a sanção penal não é a medida mais adequada, devendo-se buscar humanizar a pena (com a aplicação do garantismo) e restringir ao máximo sua imposição ao indivíduo.

A adequada utilização da ferramenta jurídico-penal para tutelar a moralidade pública é juridicamente legítima, porém não como ferramenta primária, apenas como subsidiária e, ainda, caso exerça permanente diálogo com as demais normas protetivas. Desse modo, a tutela penal legítima de bens jurídicos eminentemente coletivos, como a moralidade pública, processa-se de forma lenta e gradual, respeitando os preceitos normativos já estabelecidos, como pontua Silva Sánchez:

O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes. [...] Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam [...]. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, [...]; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 27)

Assim, é possível identificar três ordens de princípios que singularizam este microsistema de tutela jurídica da moralidade pública. De um lado, os princípios voltados para a estrutura protetiva do bem jurídico da moralidade pública, quais sejam a máxima efetividade (resguardar a moralidade pública frente a todas as áreas, seja na atuação dos agentes públicos, seja na relação que os cidadãos e contratantes privados constroem com a Administração Pública), a supremacia do interesse público coletivo (o Estado e todo seu instrumental, jurídico e patrimonial, estão a serviço apenas do bem estar coletivo, não sendo tolerável desvios privados) e moralidade pública (um código de ética previamente definido e publicizado através da lei que todos os indivíduos, agentes públicos ou não, devem respeitar para garantir que a atuação estatal será voltada apenas para o interesse público).

De outro lado, princípios dirigidos para a legitimidade constitucional da interferência na esfera individual, estes derivados do garantismo, quais sejam o devido processo legal (não se pode, sob a justificativa de proteção ao interesse público, subverter outro interesse geral de proteção com a criação de procedimentos legais específicos para a moralidade pública, principalmente sob a falácia da celeridade); o contraditório e a ampla defesa (também não se pode criar métodos diferenciados de produção de prova, nem presunções de lesividade, tampouco construções processuais casuísticas, com a justificativa da especial diferenciação do bem jurídico da moralidade pública, devendo, portanto, buscar um manejo de um instrumento processual para cada acusado, com a aplicação concomitante de todos os dispositivos que tratam do fato ofensivo); e a *ultima ratio* do Direito Penal (a lesividade aguda do Direito Penal não autoriza seu manejo sem o esgotamento prévio das diversas instâncias de menor ofensividade à esfera individual, devendo-se privilegiar, também, por um único instrumento processual por acusado, a fim de que, primeiro, esgotadas as possibilidades de solução via instrumentos menos lesivos, sejam buscados os instrumentos penais).

A terceira categoria de princípios, por sua vez, está voltada para o controle dos excessos do neoconstitucionalismo, notadamente a ausência de balizas legalmente fixadas para a atuação do magistrado, sendo os princípios da legalidade estrita (os princípios devem ser interpretados e densificados conforme preceitos já legalmente definidos e que guardem uma aproximação teleológica com os preceitos aplicados, não sendo autorizado o balizamento interpretativo por elástico exercício hermenêutico, não estando autorizado o julgador, a não ser que o legislador expressamente lhe defira esta forma de interpretação, a buscar conceitos em campos mais lesivos da esfera individual); e da dignidade humana como fundamento axiológico (o intérprete-aplicador não pode jamais recusar a aplicação do *in dubio pro reo* sob a justificativa de recompor o prejuízo social, já que é a dignidade humana o valor-fonte de todo o ordenamento jurídico, e não o interesse público, não podendo o magistrado agir supletivamente ao descuidado estatal em reunir adequado conjunto probatório, sob pena de ultrapassar a escolha da CF/1988 de colocar a dignidade humana como um dos únicos valores irradiantes de todas as normas, não podendo o juiz ir além do silêncio eloquente do legislador de não dar o mesmo *status* ao interesse público).

Quanto à relação entre os princípios, deve-se deixar claro que a segunda categoria de princípios (os garantistas), diante da emanção direta do valor-fonte da dignidade humana, não podem jamais ser colocados em um mesmo plano nem, por óbvio, serem desconsiderados. Não se trata apenas de respeito ao conteúdo material que informa tais

princípios (em que pese, por si só, já seria suficiente tão somente esta ligação direta com o garantismo para ilidir qualquer tentativa de derrogação da aplicação destes princípios), mas também de respeito à unidade sistêmica. Ora, em sendo o garantismo um dos instrumentos de sistematização do ordenamento jurídico, colocar em segundo plano os princípios que irradiaria seria fazer o mesmo com a lógica sistêmica da Constituição Federal de 1988, malferindo a coesão e unidade do ordenamento jurídico.

Por conseguinte, entre os princípios penais e os demais deste microsistema de tutela da moralidade pública, existe uma antinomia apenas aparente, visto que a inderrogabilidade dos direitos e garantias individuais que informam os primeiros princípios espanca qualquer possibilidade de conflito entre estes e os demais. Entretanto, há de se destacar que, como recorda Mello (2011, p. 121-123), está antinomia apenas aparente existe sempre que houver princípios inspirados na dignidade humana, não sendo, assim, essa impossibilidade de superação característica específica do microsistema de tutela da moralidade pública.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, pelo já criticado excessivo emprego de normas principiológicas, estas relações antinômicas entre princípios são recorrentes, porém, pela ausência de hierarquia entre os princípios, não é possível a solução destas antinomias no plano teórico, apenas na aplicação prática, o que, mais uma vez, confere ao intérprete outro espaço para ampla atividade criativa. Em ordens jurídicas polissêmicas, como a brasileira pós-1988, deve-se, novamente, recorrer ao garantismo como elemento de limitação da discricionariedade interpretativa, de modo que os princípios informados pelo garantismo jamais estão sob a esfera de disponibilidade do intérprete, não sendo sequer objeto passível de sua cognição quando da aplicação.

O tratamento desta antinomia entre os princípios derivados do garantismo e os demais apenas como aparente é fundamental para a própria legitimidade deste microsistema de tutela da moralidade pública, afinal o garantismo também exerce a função, na ordem jurídica inaugurada pela Constituição Cidadã, de fator de validade das normas jurídicas. A tão só qualidade essencial, em um Estado Democrático de Direito, do bem jurídico da moralidade pública não autoriza a derrogação de nenhum dos princípios inspirados pelo garantismo, sob pena de subverter a unidade sistêmica que o próprio garantismo, junto com outros elementos da CF/1988, busca imprimir sob o ordenamento jurídico.

Mais uma vez, não se está a descuidar da relevância e da efetiva necessidade da tutela da moralidade pública, até porque sua qualidade de bem jurídico é inquestionável pelas inúmeras remissões feitas pela Constituição Federal de 1988, evidenciando que o Estado

idealizado pelo constituinte de 1988 é aquele que seja capaz de inserir todos os brasileiros em um mesmo patamar de cidadania e acesso a direitos para satisfação da dignidade humana. Porém, é preciso balizas adequadas e o respeito ao conjunto de prescrições jurídicas derivadas por garantismo, que, inclusive, são aplicadas genericamente a todos os microssistemas jurídicos, sem exceção.

Ora, como deixou claro o constituinte de 1988 no art. 60, §4º, existem certas normas que o ordenamento jurídico brasileiro precisa estar em constante conexão, sendo absolutamente nula a possibilidade do afastamento delas casuisticamente. Como não existem palavras em vão na CF/1988, a colocação como cláusula pétrea e, ainda, como valor-fonte, defere ao garantismo a qualidade de uma dessas normas não passíveis sequer de mitigação/restrição. A ordem constitucional de 1988 não convive, de forma alguma (ratifique-se a força desta generalização), com nenhuma aplicação que suplante ou reduza a incidência dos direitos e garantias individuais e, por sucedâneo lógico, também não admite que assim se faça com qualquer norma jurídica garantista.

Uma aplicação das normas jurídicas conforme o garantismo não é favorecer a impunidade nem tampouco representa um privilégio ao ofensor, significa, em verdade, o respeito a um pressuposto/condição para legitimidade da própria proteção jurídica, interferindo diretamente no grau de eficiência da tutela prometida formalmente. O caminho para a proteção da moralidade pública sair da condição de prescrição formal para realizar-se materialmente passa, necessariamente, pela obediência de uma ritualística (interpretativa e procedimental) que respeite a dignidade humana. Qualquer outro modelo de aplicação da proteção jurídica da moralidade pública que não seja sujeito ao filtro do garantismo está fadado a uma reduzida eficiência da tutela pela carência de legitimidade.

A vinculação das normas jurídicas e dos microssistemas de tutela aos direitos individuais, portanto, representa uma reverência à origem do Estado enquanto gestor da vida coletiva, afinal o garantismo conduz à necessária lembrança de que a estrutura e a própria existência estatal voltam-se inexoravelmente ao indivíduo. O Direito, enquanto instrumento a serviço do Estado, encontra legitimidade, portanto, no respeito ao garantismo. O interesse público, na qualidade de objeto finalístico do Direito enquanto coerção institucionalizada, é atingido, portanto, quando há a conjugação equitativa da moralidade pública com o garantismo, sendo o desequilíbrio (maior ou menor) entre estas normas jurídicas vulnerador de ambas.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A moralidade pública, enquanto bem inquestionavelmente destinatário de tutela jurídica, tem convivido com normas que lhe conferem baixa efetividade protetiva, o que redundava, portanto, em um quadro de generalizadas violações à própria função do Estado de voltar-se para a satisfação do interesse coletivo. A qualidade de direito fundamental da moralidade pública é também incontestável, haja vista que diz respeito a uma das formas de garantir ao cidadão o acesso a um Estado nos moldes fixados constitucionalmente: que respeite as liberdades individuais e que crie condições para a implementação das demais prestações materiais. Neste sentido, a tutela jurídica da moralidade pública é proporcional e adequada na medida em que visa o desempenho das funções estatais voltado para a realização dos anseios sociais gerais, atuando como fator de repressão, tão somente, do indivíduo quando afronte o direito ao governo honesto.

A existência de inúmeras normas jurídicas que prometem a tutela da moralidade pública e a continuidade do aumento dos índices na infração deste bem jurídico denotam a existência de uma tutela fragmentária que, por tal razão, não entrega uma proteção jurídica capaz de arrefecer estas violações. Esta lógica de tutela fragmentária e setORIZADA demonstra que, na tutela da moralidade pública, ainda existe uma profunda relação com a noção de ordenamento jurídico anterior à introduzida pela Constituição Federal de 1988.

Ora, os constituintes de 1988 optaram claramente por um documento constitucional que, a fim de conciliar a pluralidade da sociedade brasileira, é formado por normas jurídicas de tipologia mais principiológica, permitindo sua constante atualização sem alterações textuais. Essa escolha foi relevante para garantir a perenidade do texto constitucional e, ao mesmo tempo, sua conexão com a realidade que regula, tributando em favor da efetividade de suas prescrições.

Ocorre que não houve o adequado balizamento no uso das normas principiológicas, que, em sua gênese, carregam a indeterminação de conceito e, por isso, demandam a atuação criativa da interpretação para serem possíveis de aplicação prática. Assim, foi criado um amplo vácuo normativo que é preenchido pelos intérpretes, o que, graças à inevitabilidade da interferência das pré-compreensões individuais na interpretação, redundava em ausência de previsibilidade aplicativa do Direito.

O Direito, entretanto, não convive com a ausência de previsibilidade, haja vista que sua tarefa sempre foi exatamente a concessão de razoável segurança quanto aos resultados prometidos pelas normas jurídicas. Ora, desde a elaboração das primeiras normas jurídicas, a Ciência Jurídica fornece (e existe para) dar previsibilidade à convivência coletiva, permitindo, assim, um controle sob o poder do Estado e atuando, por isso, como garantia do indivíduo.

A ausência de limites à atividade do intérprete gera, em verdade, o fenômeno oposto à promessa do Direito: insegurança jurídica. Isto porque o recurso excessivo ao principiologismo gera a patológica dependência da atividade judicante para a realização das normas jurídicas, o que, por óbvio, milita em vistas a um processo não emancipatório que vincula a efetivação do Direito à caneta do magistrado.

A Constituição Federal de 1988, no entanto, como deixa claro o escrutínio, ainda que superficial, dos seus diversos incisos do art. 5º, evidencia que, a despeito da metodologia equivocada de excessivo recurso ao principiologismo, a função das normas constitucionais é ser tributária da independência do indivíduo. Não por outra razão, o texto constitucional de 1988 é eminentemente voltado à plena realização do homem em todas as suas áreas, apresentando extenso rol de direitos e garantias em um mesmo patamar normativo, passando a clara mensagem de que a realização de um direito não isenta a do outro, havendo, em verdade, uma complementariedade constante entre todas as normas jurídicas.

É possível a correção deste patológico espaço criativo do intérprete (restaurando a legitimidade da atividade judicante) através de instrumentos já apresentados pela própria Constituição Cidadã. Ora, o texto constitucional de 1988, diferente dos anteriores, dada a completude e elevada carga valorativa expressas em suas prescrições determina que, em razão da supremacia do documento constitucional (passando este documento a ser o ápice normativo de todo ordenamento jurídico constitucionalista), exista uma ordenação sistêmica. Neste sentido, fornece diversos instrumentos tanto para uma coesão endógena (dentro da Constituição) quanto exógena (na sua relação com as normas infraconstitucionais e destas entre si), com destaque para os princípios hermenêuticos de interpretação conforme, unidade e máxima efetividade da Constituição, e, ainda, os princípios de conteúdo derivados do garantismo.

O garantismo, portanto, aparece, notadamente após a Constituição Federal de 1988, como um meio de auxiliar a criação desta necessária unidade sistêmica, atuando como vínculo

inderrogável a que as normas jurídicas, para estarem constitucionalizadas (e, portanto, válidas), devem se ater. Inserido na dúplici qualidade de cláusula pétreia (direitos e garantias individuais) e valor-fonte do Estado (dignidade humana), o garantismo é colocado na singular posição tanto de informar valor quanto de servir como parâmetro interpretativo das demais normas constitucionais e, por óbvio, também das infraconstitucionais.

É exatamente nessa ordenação sistêmica que a Constituição Federal tenta imprimir que está também a correção do amplo espaço interpretativo criado pelo “panprincipiologismo”. Essa ordem sistemática do ordenamento jurídico pós-CF/1988 deve ser compreendida não como um recurso enclausurador do Direito, mas, na verdade, como uma forma de amplificar a efetividade normativa das próprias normas jurídicas. Isto porque, com a conformação, afinal, de uma unidade sistêmica, será reconhecida socialmente maior legitimidade a todas as prescrições do ordenamento jurídico, haja vista o arrefecimento das contradições entre seus comandos, já que todos devem estar jungidos pelo mesmo conjunto de valores.

A concepção de ordem axiológica de Canaris e Larenz informa exatamente que a criação de uma unidade de ordenamento jurídico em torno de pressupostos axiológicos não resulta na fossilização do Direito, atuando, em verdade, como tributária de uma ordem jurídica menos conflituosa e, portanto, mais estável, o que conseqüentemente favorece a segurança jurídica. E é essa visão sistêmica do Direito que a Constituição Federal de 1988 adota, elegendo como elementos dessa ordenação axiológica os direitos e garantias individuais.

A conclusão desta dissertação é, portanto, no que diz respeito à tutela da moralidade pública, que, em que pese a multiplicidade de normas jurídicas voltadas a este bem jurídico, sua configuração como microsistema de tutela (e, portanto, também a ampliação da efetividade da proteção prometida) reside na exclusão completa da *práxis* de cindir o fenômeno fático em diversas tutelas. Ora, esta segmentação promove uma divisão inexistente no fato jurídico lesivo à moralidade pública, o que não só reduz a eficácia da tutela, mas também ocasiona uma redução da efetividade das garantias individuais.

A prática jurídica evidencia, exatamente, que a fragmentação da tutela significa também sua efetivação deficitária no combate ao fenômeno do uso privatista da coisa pública. Ademais, um fracionamento da prestação jurisdicional por áreas de tutela quando relacionadas ao mesmo fato significa também uma exigência maior (inclusive, financeira, o

que redundaria em redução no próprio patrimônio que seria objeto de constrição judicial) do próprio acusado no desempenho de sua defesa.

A existência de inúmeros processos para apuração de um mesmo fato relacionado à tutela da coisa pública (não bastasse a imediata configuração do nefasto *bis in idem*) redundaria em múltiplos prazos prescricionais e na necessidade de maior estrutura estatal (diversas instâncias apuradoras significa também necessidade de múltiplos recursos humanos e estruturais para dar seguimento a cada feito), mas, principalmente, demanda mais do próprio acusado na elaboração de sua defesa (afinal, múltiplos processos exigem múltiplas defesas). Neste sentido, uma tutela jurídica da moralidade pública que seja mais eficiente e também com mais legitimidade exige uma compreensão destas normas jurídicas protetivas voltadas para uma aplicação sistêmica da tutela da moralidade pública com vistas à satisfação da dignidade humana.

Como a lei processual não veda a aplicação conjunta de dispositivos penais e cíveis por um mesmo juízo, não se trata de exercício estranho à prática jurídica a aplicação, em um mesmo processo, de todos os dispositivos legislativos que versam sobre o fato objeto de apuração. A enorme quantidade de dispositivos e leis que tem a pretensão de tutelar a coisa pública demonstra que não seria necessária nenhuma alteração legislativa, trata-se-ia apenas de uma prática dos próprios aplicadores no sentido de buscar em um único processo tutelar o fato como um todo, e não parcialmente, através da aplicação conjunta dos dispositivos normativos adequados ao caso concreto.

A aplicação sistêmica e ordenadora do Direito e, por conseguinte, da moralidade pública, segundo os valores irradiados pelo garantismo constitucional é exigência inegociável trazida pela Constituição Federal de 1988. Não bastasse a força cogente da supremacia do documento constitucional, a unidade sistêmica é salutar e necessária para uma tutela jurídica eficaz e legítima da moralidade pública, não sendo interessante a majoração do já caótico imenso catálogo de normas jurídicas voltadas à proteção deste bem jurídico, nem tampouco a segmentação da sua tutela em múltiplas frentes processuais.

A compreensão jurídica de aplicação holística das normas voltadas aos fatos lesivos à moralidade pública é tributária, por conseguinte, de uma efetiva proteção do próprio Estado, garantindo que sua atuação materialize as inúmeras promessas formais de direitos individuais,

o que, assim, restaurará o sentimento de confiabilidade social em torno das instituições públicas para a tarefa a elas conferida de gerenciamento da vida social.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11 ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e potencialidades à luz da noção de moral cívica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6 ed. rev. atual. e ampl. 4 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CALLEGARI, André Luís; e SILVA, Fabrício Antônio da. **Política criminal e medo: os influxos das diferentes faces do risco**. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - AJURIS, v. 39, n. 126, p. 13-38, 2012. Disponível em:

<<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/775/469>>. Acesso em 31/03/2018.

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

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2 ed. Lisboa: Edição Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 1997.

CARBONELL, Miguel et al. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Org. Miguel Carbonell e Pedro Salazar Ugarte. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no brasil: o longo caminho**. 22 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico**.

Trad. Miguel Carbonell. In: Isonomía - Revista de Teoría y filosofía del derecho. N.16, p. 89-112, Abril 2002. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/>>. Acesso em: 08/03/2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Susana Henriques da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública, ação popular**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito**. In: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, v. 25, n. 28, p. 149-169, 2016. Disponível em:  
<<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/18274/12773>>. Acesso em: 20/03/2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías – la ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica e outros. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. Trad. André Karam Trindade. In: IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional – ABDconst., 9, 2011, Curitiba. Anais (on-line). Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais-do-ix-simposio>>. Acesso em: 23/03/2018.

\_\_\_\_\_. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Trad. Gerardo Pisarello e outros. 1ª reimpressão. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.



FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na constituição**. 1 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRACIA, Jaime Cárdenas. **La argumentación como derecho**. 1ª reimpressão. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 6 ed. Niterói: Impetus, 2012.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A., 1992.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. 6 ed. Lisboa: Edição Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LUHMAN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Trad. Antonio C. Luz Costa e outros. Petrópolis: Vozes, 2016.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito Penal – sistemas, códigos e microssistemas jurídicos**. 1ª ed. (ano 2004), 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. **Conceito material de culpabilidade** – o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade humana. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

\_\_\_\_\_. **Ensaio sobre o neoconstitucionalismo**. In: Revista Jurídica da Presidência, vol. 13, n. 101, p. 489-517, Out. 2011/Jan. 2012. Brasília: Editora da Presidência da República, 2012. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/147>>. Acesso em 10/02/2018.

MIR PUIG, Santiago. **Bases constitucionales del derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. **O espírito das leis**. Coleção a obra prima de cada autor, Série ouro. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **Constitucionalismo garantista y democracia**. In: Revista crítica jurídica. N. 22. p. 31-65, jul./dez. 2003.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio e RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. **Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo: Saraiva, 2014.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional**. In: Cuadernos de filosofía del derecho. N. 21, vol. II, p. 339-353, 1998. Trad. Josep M. Vilajosana Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0/>>. Acesso em: 08/03/2018.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ROSA, Alexandre de Moraes da et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Org. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SANCHIS, Luis Prieto. **Garantismo y derecho penal**. 1 ed. Madrid: Iustel, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional: anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Paulo Fernandes. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. 3 ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 11 rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. **Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia**. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - AJURIS, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/333>>. Acesso em: 19/03/2018.

\_\_\_\_\_. **Contra o neoconstitucionalismo**. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 4, p. 09-27, jan./jun. 2011. Disponível em: <[www.abdconst.com.br/revista/revista\\_final4.pdf](http://www.abdconst.com.br/revista/revista_final4.pdf)>. Acesso em: 19/03/2018.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; e TRINDADE, André Karam. **O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial**. In: Revista NEJ – Eletrônica, v. 18, n. 1, p. 05-22, jan./abr. 2013. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/4480/2473>>. Acesso em: 19/03/2018.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TRINDADE, Andre Karam. **Revisitando o garantismo de luigi ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política**. In: Revista Eletrônica da faculdade de direito de franca, v. 05, n. 01, p. 03-21, 2012. Disponível em: <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156>>. Acesso em: 31/03/2018.

\_\_\_\_\_; e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O ativismo judicial na debacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise**. In: Revista Eletrônica do curso de direito da UFSM, v. 11, n. 2, p. 751-772, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>>. Acesso em: 31/03/2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho penal: parte general**. 2 ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora – EDIAR, 2002.

\_\_\_\_\_. **A questão criminal**. Trad. Sérgio Lamarão. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.