

## O MICROSSISTEMA JURÍDICO DE TUTELA DA COISA PÚBLICA SOB OS INFLUXOS DO EFEITO ORDENADOR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE 1988

*THE LEGAL MICROSYSTEM FOR THE PROTECTION OF PUBLIC THINGS UNDER THE INFLUX OF THE ORDERING EFFECT OF THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION*

Sebastian Borges de Albuquerque Mello

Mestre e doutor em Direito, pela UFBA. Professor da Graduação, mestrado e doutorado da UFBA. Advogado-Sócio do Escritório Sebástian Mello, Marambaia e Lins Advogados Associados. Titular da Cadeira nº 18 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã, pela Georg-August Universität Göttingen, GAUG – Alemanha. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-3051-2966>.

Julia Lordelo dos Reis Travessa

Mestra em Direito Público, pela Universidade Federal da Bahia e defensora pública no estado do Amapá. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-2312-800X>.

### RESUMO

O presente artigo visa evidenciar que, desde a sua concepção enquanto ciência, o Direito e as normas jurídicas foram pensados como institutos da pedagogia sociopolítica refletida no documento jurídico fundamentador da própria ordem jurídica. Assim, no atual momento jurídico de neoconstitucionalismo, vive-se sob o influxo das normas constitucionais, que, no exercício de sua supremacia, imprimem valores e preceitos instrumentais sobre toda a ordem jurídica infraconstitucional. Como não há como negar que a Constituição Federal, de 1988, efetivamente determinou a incidência da eticidade como valor de conduta tanto nas relações entre particulares quanto naquelas que envolvem a coisa pública, recrudescer, até mesmo pelo atual momento sociopolítico, a discussão sobre a aplicabilidade das normas infraconstitucionais que tutelam este bem jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional. Eticidade. Aplicabilidade de Normas Infraconstitucionais.

### ABSTRACT

This article aims to evidence that, since the Law as a science begins to implement itself, the legal norms are social-political-pedagogical tools that reflects the juridical values that

supports the legal order. So, at the neoconstitucionalism, we all live under the influence of constitutional norms, that are the supreme juridical order and exprads moral values through all the other laws that composes the legal order. Therefore, we cannot deny that the Brazilian Constitution of 1988 plasces ethics as one of the values used in private and public relations. The current social situation in Brazil, wich involves a lot of policial operations that aims to persecute public officials accused of corruption, brings back the discussion about if exists in Brazil a juridical system of protection of the public good.

**KEYWORDS:** Constitutional Law. Ethics. Applicability of Infraconstitutional Norms.

## INTRODUÇÃO

O estado de efervescência sociopolítica em que o Brasil se encontra deixa evidente que há necessidade de reformulações e recriações de papéis institucionais. Com efeito, desde a Constituição, de 1988, foram criados novos mecanismos com vista a assegurar o funcionamento das instituições consoante um mínimo de parâmetros éticos que deve pautar a atividade administrativa, tudo isso, todavia, sem descurar dos parâmetros de legalidade e de segurança jurídica que devem pautar o exercício do poder num Estado democrático.

No entanto, tal crise jurídico-institucional terá solução não por uma reformulação do texto constitucional, nem por uma legislação inchada, mas, em verdade, com o resgate dos valores morais e éticos por meio de uma atuação que efetivamente vá salvaguardar não só a legitimidade do Estado perante toda a sociedade, para além do mero discurso de combate à "impunidade" (aqui, compreendida *lato sensu*, abrangendo como "punição" também a aplicação de medidas cíveis) daqueles que agem contra todo o sistema jurídico nacional que veda toda corrupção (ou agir que não seja conforme a eticidade) no âmbito do espaço público.

É, assim, essencial afirmar a existência de uma sistematização de normas jurídicas nacionais no trato da coisa pública, pois, a despeito dos avanços jurídicos no estímulo a um agir perante a coisa pública que seja conforme a eticidade, não se sabe se a adoção de um microsistema de tutela jurídica efetivamente encontra ressonância na consciência individual e coletiva.

Por conseguinte, diante de tal insegurança, é fundamental, portanto, a confirmação de tais valores éticos expressos na legislação para que haja a efetivação dos ditames da norma fundamental do ordenamento pátrio (a Constituição Federal, de 1988), aproveitando-se, enfim, o singular atual momento social brasileiro para fortalecer as instituições democráticas, e não para enfraquecer sua legitimidade.

## I A ESTRUTURAÇÃO DE UM ORDENAMENTO JURÍDICO EM TORNO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE 1988

O constitucionalismo representa um corolário das necessidades prementes de segurança jurídica, de um lado, e, doutro, do respeito a direitos fundamentais, vinculados ao conceito de dignidade da pessoa humana. Significa, dessa maneira, um veículo de garantias individuais. É tão evidente a função essencialmente garantidora dos primeiros documentos constitucionais que, segundo Ingo Sarlet (2017, p. 55), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, vaticinava, em seu artigo 16, que uma constituição de um Estado somente o seria se determinasse a separação de poderes e se assegurassem os direitos individuais.

Atualmente, para além de um constitucionalismo, fala-se em neoconstitucionalismo. Mais do que mera superação do constitucionalismo tradicional, o neoconstitucionalismo coloca a Constituição como o centro normativo de todo o ordenamento jurídico, só que desta vez não é pensada como um esquema homogêneo de uma classe dominante, mas sim um esquema heterogêneo de uma sociedade plural e democrática (GRACIA, 2006, p.41). Há uma posição em que os princípios passam a ser preponderantes, e os processos interpretativos passam a ser mais abertos, em que ponderações de princípios conferem uma função de primazia ao Poder Judiciário na efetivação dos direitos e das garantias fundamentais.

Essa mudança de perspectiva, quando se analisa a tutela da coisa pública, não surge sem conflitos, pois há quem sustente uma antinomia entre democracia e constitucionalismo. Canotilho (2003, p. 98) menciona o “cisma” norte-americano entre os “constitucionalistas” (vinculados ao Estado de Direito calcado nos limites negativos das liberdades individuais) e os “democratas” (defensores dos espaços que legitimam o exercício do poder). Todavia, sustenta o referido autor que o Estado Constitucional é mais do que mero Estado de Direito, e o elemento democrático surgiu não para travar o poder, mas sim para legitimá-lo. Nesse sentido, Ayres de Brito (2003, p. 185) assevera que a democracia termina possuindo a virtude de legitimar o poder por todos os ângulos.

Peña Freire (2003, p. 47) pondera, no entanto, que a democracia não deve ser confundida com a regra da maioria, considerando que numa democracia verdadeira a liberdade das minorias fica resguardada por uma Carta Escrita, que não pode ser modificada ao talante do parlamento para a realização de determinadas políticas.

Complementando tal posicionamento, Ferrajoli (2004, p. 23) aduz que a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais – típica do neoconstitucionalismo – serve para injetar uma dimensão substancial não apenas no direito, mas também na democracia. Nesse sentido, o garantismo sustenta que o constitucionalismo não é um elemento antitético da democracia, mas sim seu complemento substancial.

No âmbito da Constituição do Estado Liberal, os procedimentos hermenêuticos tradicionais funcionam como *interpretação de bloqueio*, sob o primado do princípio da legalidade, com vista à certeza e à segurança do direito. Porém, com o incremento do Estado Social, surgem exigências de legitimação procedimental em face da Constituição, isto é, uma *interpretação de legitimação* (FERRAZ JR., 1990, p. 12), favorecendo mais espaço para o intérprete, o que se justifica até para a própria realização constitucional. Isso contribui, na visão do autor, para uma concepção típica do pós-positivismo, em que a Constituição passa a ser concebida como um *sistema de valores*, cuja realização exige a mediação concretizadora do intérprete (MELLO, 2012).

Este novo modelo permite que o juiz decida contra a vontade formal da maioria, que é a lei presumivelmente soberana, pois a efetividade dos direitos constitucionais não se submete a critérios de oportunidade, discricionariedade ou submissão à vontade “do povo”, já que a preservação da Constituição por meio da atividade judicial não é eleição nem plebiscito. Invoca-se, nesse sentido, o conhecido pensamento de Alexis de Tocqueville (1977), criticando o que chama de tirania da maioria: *“quando sinto a mão do poder pesando em minha frente, pouco me importa saber quem me oprime, e não me sinto mais disposto a enfiar a cabeça debaixo do jugo porque um milhão de braços o oferecem a mim”*.

Passando do constitucionalismo clássico (moderador do exercício dos poderes pelo Estado e garantidor dos direitos individuais) ao constitucionalismo atual (situado como neoconstitucionalismo), o documento constitucional evoluiu para além da posição de centro normativo (ou melhor, ponto de concentração dos valores elementares de uma dada ordem moral juridicamente configurada com fins de atender a mais que mera condição de fundamento legitimador da atuação do Estado), passando a ditar valores e preceitos de atuação instauradores de noções éticas, permitindo atuar também para forjar um sentimento de ordem jurídica.

Exercendo uma força centrípeta (e ao mesmo tempo também centrífuga, ou como preferem muitos doutrinadores, irradiadora de valores por todo o conjunto de normas) sob o conjunto das normas jurídicas, o documento constitucional exerce, portanto, a função de núcleo jurídico basilar que ordena e hierarquiza as demais prescrições jurídicas, estabelecendo, então, um aglomerado organizado, que, ao se legitimar e fundamentar no mesmo centro que o subordina, acaba por promover um autoreforço dessa capacidade agregadora do núcleo.

Por conseguinte, quanto mais as demais leis e normas jurídicas encontrem tanto seu fundamento inicial quanto o final na Constituição, mais efetivo e agregador é o papel do documento constitucional enquanto ente ordenador do conjunto de normas jurídicas, e, então, mais coeso é ordenamento jurídico que dela parte e dela se embebe. Ora, segundo Ingo Sarlet (2017, p. 90), a constituição neoconstitucional, indo muito além de mero rol de expressão de direitos, além de ser o fundamento de validade e

eficácia de toda norma jurídica, limita o poder e funciona como ordem fundamental do Estado, haja vista que determina que a figura jurídico-política estatal deve se organizar via complexo institucional e, por normas infraconstitucionais, delimita/define também o seu modo de atuação.

O ordenamento das normas jurídicas seria, portanto, outro desdobramento da evolução/transformação da ferramenta do Direito enquanto instrumento estatal conformador de condutas, organização ordenada esta catalizada pelo fomento a uma cultura jurídica voltada a instrumentos jurídicos totalizantes (mas não fechados, como possa parecer àqueles que formulam rápida leitura), como as Constituições.

Ora, o código, porém em nível infraconstitucional, busca sempre sob o influxo dos valores constitucionais (que, como assentado, é a norma jurídica fundamental), sistematizado e ordenado de normas jurídicas de um ramo especializado, permitindo mais segurança jurídica naquela área especializada da vida humana. Assim, o código, tal qual a Constituição (também uma codificação, porém de normas primevas que devem ser obedecidas por todos os códigos gerais de cada ramo específico do Direito), exerce, exatamente dentro do ramo especializado (e, por óbvio, submetendo-se aos ditames constitucionais), esta função de ser pressuposto de válida exigência de cumprimento da norma jurídica e, também, de válida violência sob o indivíduo descumpridor.

É dessa previsibilidade escrita 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, sem riscos, e é exatamente este o significado constitucional dos códigos, que personificam a filosofia por trás da revolução burguesa, de modo que, se por um lado, os documentos constitucionais garantem as liberdades políticas dos indivíduos, os códigos, por outro, não permitem que o poder político violento a vida privada dos indivíduos.

As normas jurídicas, como já dito, quando organizadas tal um conjunto ordenado, passam a ter um reforço da sua própria coercibilidade, haja vista que seu fundamento de validade e legitimidade não só deriva do próprio contrato social, mas também de outras normas jurídicas. Gunther Teubner (1989, p. 38) diz que é essa circularidade, a que ele chama de autopoiese, que permite que essa unidade se relacione consigo mesma, de modo que se baste em si para ser o mais suficientemente completa, já que de sua inicial relação de autorreferência desenvolve outras inúmeras relações e sistemáticas operacionais com o mesmo cunho circular.

Assim, é formado um singular vínculo entre aquelas normas jurídicas que se encontram em um conjunto organizado, seja quanto a uma codificação de ramo específica, seja quanto ao conjunto do ordenamento jurídico, neste último caso sob o influxo da Constituição. Nesse sentido, como diz Mello (2011, p. 12), a teoria geral do sistema é uma grande aliada na compreensão de como se dá a funcionalidade singular que existe em um conjunto de normas jurídicas que se retroalimentam, característica esta

geralmente encontrada em ordenamentos jurídicos que se pressupõem efetivamente “ordenados”, até porque é assim que se permite a constante atualização de normas formuladas em um tempo passado para regular relações futuras.

A “sistematização” das normas jurídicas, ou seja, a ordenação do seu conjunto segundo parâmetros moral-valorativos permite compreender qual a matriz de valores é primordial para dada sociedade, o que possibilita, portanto, a própria verificação daquilo que é tido como essencial para a existência individual naquele Estado. A partir do conjunto de regras éticas que cada grupamento humano elege como destinatário da tutela do maquinário jurídico do Estado é possível compreender quais valores e bens são primordiais para aqueles indivíduos.

Até porque as normas jurídicas, desde os fundamentos assentados por Hans Kelsen (qualificado de estudo da “dinâmica” do Direito), não podem ser compreendidas apenas enquanto prescrição isolada, mas devem sê-lo também em relação ao conjunto que integram, haja vista haver uma relação circular de autofundamentação entre o conjunto de normas jurídicas e cada uma delas individualmente. Bobbio (2010, p. 185) diz que as normas jurídicas nunca estão sozinhas, mas sempre em conjunto, e que desse conjunto chamado ordenamento jurídico surgem novas relações específicas.

A Constituição Federal, de 1988, trouxe esse preceito organizador tanto sob um viés intraconstitucional (princípio da unidade da Constituição) quanto sob uma eficácia extraconstitucional (princípios da força normativa e da supremacia da Constituição, com a previsão de ações judiciais de controle de constitucionalidade). Ora, esse efeito organizador da Constituição Federal, de 1988, advém da sua legitimidade e legitimação, atribuições que Ingo Sarlet (2017, p. 91) chama de funções, dizendo que esses dois atributos existem nas normas constitucionais por duas razões: o 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 restante do ordenamento), e, segundo, pelo teor de elas estarem em consonância com a ideia de direito e com os valores substantivos do povo naquele momento histórico em que produzida.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico vai muito além de mera organização de normas, assumindo também a qualificação de sistema, afinal, como dito, desenvolve-se não só uma relação de autofundamentação, mas principalmente uma circularidade de autoreferenciamento (“bebe-se” nas mesmas fontes normativas e de valores). Quanto à função diretiva das ideias/princípios expressos na Constituição Federal, de 1988, Karl Larenz (2012, p. 621) chama a atenção para o fato de que tal vinculação/relação se processa em nível interpretativo, de modo que todo o ordenamento jurídico deve obediência às pautas gerais de valoração feitas pelo documento constitucional, haja vista que são tais conexões de sentido que permitem à constituição funcionar como justificativa para a condição jurídica de cada norma, unificando os valores primordiais gerais

e excluindo eventuais possíveis contradições de valores que apareçam, expondo/aplicando as normas jurídicas de modo ordenado e, ao mesmo tempo, sistematizado.

A importância disso não diz respeito apenas à possibilidade de autoextirpar aquelas normas novas produzidas em contrariedade com o conjunto das já vigentes (permitindo, portanto, a unidade valorativa), mas principalmente porque um conjunto de normas jurídicas ordenadamente reunidas não é lacunoso, já que é capaz de, ainda que com uso de procedimentos específicos, constantemente atualizar-se sem perder a sua unidade cognitiva, já que o faz sob os *auspicious* de uma norma suprema. A unidade valorativa, como diz Natalino Irti (1992, p. 135), diferente do conjunto de procedimentos de produção (que pode ser uniformizado e estabelecido a qualquer momento, é exatamente aquilo que permite a formação de um ordenamento), a igualdade de pauta de valores é o fator para dizer se este ou aquele conjunto de normas compõe, ou não, um sistema; o que, por conseguinte, como continua este autor, leva a concluir que os critérios de fundação de sistema e de ordenamento são distintos, pois, enquanto no primeiro interessa o conteúdo (critério material), no segundo, por sua vez, importa o modo de produção (critério formal).

Portanto, sistema e ordenamento, ainda que sejam categorias conceituais distintas *a priori*, a equivalência/similitude entre eles é necessária em se tratando de normas jurídicas regidas sob os influxos de um documento constitucional moderno. Ora, um conjunto ordenado de normas jurídico-constitucionais deve necessariamente portar-se como um sistema, não só pela própria jurisdição das normas ali trazidas, mas principalmente pela subordinação a uma única norma suprema, o documento constitucional. Desse modo, as normas ali reunidas, ou sejam, as prescrições jurídicas, 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, quando 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).

Ora, sendo o sistema jurídico ordenado mais que um conjunto organizado em divisões estruturadas, 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.

Este é o caso do ordenamento jurídico pós Constituição Federal, de 1988, que forneceu não só um norte valorativo, mas principalmente mecanismos juridicamente estruturados de manutenção dessa unidade orgânica de normas jurídicas, seja com a determinação de submissão direta e imediata de toda norma jurídica com

o documento constitucional, seja com a escolha epistemológica de que as normas constitucionais jamais podem conflitar entre si (por mais plúrimo que seja seu conjunto de valores). Ambas as premissas, além de permitirem um reforço constante da legitimidade da própria ordem jurídica, também servem de ferramentas para dimensionar como se dará a autocircular que permite capilaridade do ordenamento, o que lhe garante constante atualização ante os novos acontecimentos sociais (impedindo sua fossilização, tão combatida por Savigny). Atualização esta essencial para o próprio reforço à legitimidade da ordem jurídica em sua função pedagógica de conformação de condutas, sem, no entanto, perder a unidade valorativa que é seu fundamento primevo, pois, como diz Teubner (1989, p. 140), o sistema jurídico são atos comunicativos que, pela especialização valorativa dos ramos (sistematização), cria realidades jurídicas a par do mundo fático, garantido essa capilaridade seletiva do ordenamento jurídico sistematizado apenas a título informativo sem interferir na sua lógica funcional/formal.

É fundamental essa sistematicidade, não só por permitir compreensão e autosustentação, mas principalmente por conferir ao ordenamento jurídico a possibilidade de irradiar segurança (ou melhor, a previsibilidade normativa), garantindo a aplicabilidade do Direito apenas segundo o “justo”, sendo, neste ponto, então, 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 “injusta” (na acepção do Direito Natural, e todo o Direito deriva, precipuamente, dos axiomas dos direitos naturais). Portanto, 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 se estiver destituído de uma organização sistemática, essencial, assim, para que não seja a Constituição, como diz Konrad Hesse (1991, p. 11), alijada de sua função de reitoria de uma ordem jurídica justa, restringindo-se apenas à condição de justificar as relações de poder dominantes.

Essa característica de se organizar em prescrições sistemáticas sob os influxos valorativo-normativos da Constituição Federal, de 1988, é ainda maior (e mais necessária) quando se envolve a possibilidade de encarceramento do indivíduo (modalidade sancionatória deveras comum no Direito Penal).

Ora, a esfera jurídica da *ultima ratio* não pode jamais se furtar aos influxos garantistas (notadamente, das garantias e direitos individuais, que são insuscetíveis de abolição pelo constituinte derivado nos termos do art. 60, § 4º, Constituição Federal, de 1988), haja vista que, sendo o braço mais incisivo do Estado sob o indivíduo, a sua sistematização (e no atual ordenamento jurídico esta somente pode ser feita sob os valores constitucionais) atinge contexto também de garantia fundamental, pois garante a previsibilidade de que a mão da *ultima ratio* somente incidirá sob a esfera individual do ser humano em certas condições/condutas e de definido modo/forma.



## 2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE 1988, COMO ESTRUTURADORA DE UM CONJUNTO ORDENADO E SISTEMATIZADO DE NORMAS JURÍDICAS DE TUTELA DA COISA PÚBLICA

A sistematicidade do atual ordenamento jurídico-constitucional, notadamente pelos valores éticos espalhados em todo o texto republicano da Constituição Federal, de 1988, traz legitimidade para ser ferramenta a resguardar o maior bem da sociedade: a coisa pública, que deve ser revertida em favor da coletividade, não para o privado. Comparatto (2006, p. 635), fazendo uma analogia com o significado etimológico das palavras, diz que o fundamento da existência de um governo republicano (tal qual aquele escolhido expressamente pela Constituição Federal, de 1988) é que o poder seja primordialmente exercido em benefício da realização do bem público.

A coisa pública é expressamente, nos termos do art. 37 da Constituição Federal, de 1988, um valor de status constitucional, que, nos termos do princípio da unidade da Constituição, dialoga com os demais, não se sobrepondo a nenhum outro lá expresso, dentre eles os direitos e garantias individuais. Fica, então, evidente a existência, em todo ordenamento jurídico que subsidia um sistema republicano, do *direito fundamental ao governo honesto*, que, segundo Silva Neto (2016, p. 67), apesar do seu status evidentemente constitucional (notadamente diante da cláusula de abertura do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, de 1988), ainda não foi devidamente estudado no Brasil.

A ética (ou moralidade, como preferem alguns) não é valor jurídico novo no ordenamento pátrio, pois há preceitos legais que tutelam taxativamente o bem jurídico do agir segundo a probidade e a boa-fé (ambos preceitos éticos): diversos tipos penais no Código Penal Brasileiro, e uma série de leis infraconstitucionais, como a Lei de Ação Popular (4.717, de 1965), a Lei de Ação Civil Pública (7.347, de 1985), a Lei de Improbidade Administrativa (8.429, de 1992), o Decreto-Lei nº 201, de 1967 (crimes de responsabilidade praticados por prefeitos municipais), a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101, de 2000) e a Lei de Licitações (Lei nº 14.133, de 2021).

Porém, a despeito de ser um valor expresso na norma suprema, a moralidade administrativa (ou eticidade no trato com a coisa pública), a despeito das inúmeras prescrições legais, tem reduzida eficácia no sentido de inibir futuras condutas violadoras da coisa pública. Evidencia-se, portanto, a necessidade de correção dos instrumentos de aplicabilidade de tais normas jurídicas à luz da importância constitucional a que foi erigida eticidade, a fim de atualizar o ordenamento jurídico infraconstitucional à nova realidade constitucional, conferindo, assim, mais legitimidade às condutas repressoras de tais comportamentos lesivos. Para que haja eficácia e vigência às determinações éticas, como diz Comparatto (2006, p. 514), ou o sistema oficial de poder conferir-lhes a força para se imponham sob as consciências individuais (em um processo de coerção que vai de fora para dentro), ou espera-se até que tais valores éticos brotem espontaneamente (de dentro para fora, portanto), e, no último caso, deve-se, ainda, considerar se haverá contraposição ao sistema ético oficial.

Os preceitos éticos imprescindíveis estão aí desde 1988, porém a legislação infra-constitucional não soube tutelar com a devida adequação nem fazer a devida harmonização entre o valor constitucional da eticidade no trato com a coisa pública e qualquer outro igualmente constitucional que eventualmente com ele conflitue no caso prático (notadamente, como já dito, quando se tratar de tutela que possa redundar em privação da liberdade, dada sua gravosidade). Ora, não há como haver tutela legítima do valor probidade na coisa pública se não houver também a dos demais bens jurídicos constitucionalmente tutelados, pois a Constituição Federal, de 1988, exige esse diálogo com todos os preceitos éticos existentes, sob pena de vulnerar todo o conjunto, já que macularia a vontade constituinte originária e o próprio mecanismo de autolegitimação mútua intra e extraconstitucional.

Então, notadamente no atual contexto nacional de “limpeza” moral, é necessário consolidar a legitimidade da tutela jurídica da eticidade/moralidade não só como mais que um valor ou bem jurídico tutelado (já o é no Brasil desde o advento da Ação Popular, portanto muito antes da própria Constituição Federal, de 1988, não sendo estranho à ordem jurídica nacional tutelá-lo), mas também, e desta vez sob os parâmetros éticos da ordem constitucional única da Constituição Federal, de 1988, na qualidade de um princípio. Conferir essa qualificação de princípio é, no atual regime jurídico-constitucional brasileiro, dar, pois, à eticidade a condição de paradigma interpretativo fundamental para as normas cuja *ratio* seja tutelar à coisa pública, o que, entretanto, não significa necessariamente criminalizar toda conduta lesiva ao bem público.

Karl Larenz (2012, p. 599), dissertando sobre as singulares dos princípios ético-jurídicos, diz que estes têm a funcionalidade de diretivas orientadoras da normatividade jurídica e, também, graças à sua força como ferramenta de convencimento, a de servirem como fundamentos de justificativa para decisões judiciais. Ademais, como diz Karl Larenz (2012, p. 599), essa função de servir como régua diretiva da interpretação jurídica coloca os princípios, portanto, na qualidade de “critérios teleológicos-objectivos, 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”.

Para os estudiosos da gênese etimológica da moral, a ética sempre foi, desde sempre, inquestionavelmente uma categoria normativa jurídica, uma vez que o Direito expressa princípios éticos conferindo-lhes a jurisdição. A eticidade está na Constituição Federal, de 1988, dentre os princípios a serem seguidos na elaboração de uma norma jurídica, sob a possibilidade de ser sancionada com a pecha da inconstitucionalidade acaso descumprir os preceitos de como deve ser a produção de normas no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, um ordenamento jurídico (e um agir estatal) que se pretende jurídico-constitucional deve guiar-se segundo um código de condutas pré-estabelecido, uma

ética prévia. E inculcir um agir ético nas normas jurídicas infraconstitucionais dar-se-á com a atribuição da funcionalidade aos preceitos éticos de determinarem a submissão aos valores expressos na Constituição Federal, de 1988, haja vista que o conjunto de valores lá inseridos congrega exatamente o modelo de conduta moral e ética que o constituinte originário elegeu como o mais adequado ao cumprimento das finalidades sociais. Ora, como diz Comparatto (2006, p. 320), os cidadãos firmam uma relação única e diferenciada com seus entes estatais, singulares no sentido de não serem regidas pelas normas gerais da vida privada, mas, em verdade, por uma ética superior, a qual remonta ao nascimento contratual do Estado.

### 3 O MICROSSISTEMA DE TUTELA DA COISA PÚBLICA SOB OS INFLUXOS SISTEMATIZADORES, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE 1988

Hoje, após mais de três décadas sobre o influxo dos valores agregadores da Constituição Federal, de 1988, as disposições jurídicas que tratam sobre a coisa pública têm aplicabilidade fragmentada e demasiadamente setorizada, o que em muito enfraquece a eficácia desses preceitos legais em conferir a tutela jurídica prometida pelo legislador constituinte. A instauração de uma ação processual para cada uma das leis permite que a setorização fragmente a tutela jurídica, impedindo que, em um só processo, sejam tratados de uma vez todos os desdobramentos (cíveis e penais) de um mesmo evento lesivo à coisa pública. Ora, já está provado, ainda que em um breve vislumbre, que a realidade judiciária brasileira, diante do imenso número de ações propostas e do reduzido quantitativo de mão de obra, que é inviável considerar que maior número de ações judiciais se traduza também em uma eficiente tutela jurídica; em verdade, as estatísticas dos Tribunais Estaduais e dos Superiores demonstram que a produtividade do magistrado brasileiro, em muitos casos está aquém da esperada; ainda que fosse sobre-humana, não conseguiria dar vazão nem aos processos que diariamente são propostos em todo o País.

Na contramão da busca de novos meios de resolução de conflitos que não a esfera judicial, o que se vê, no campo da tutela da coisa pública, são leis infraconstitucionais que, ignorando o comando constitucional de diálogo de fontes e de máxima proteção aos bens constitucionalmente tutelados, partimentarizam o fato lesivo à coisa pública, fragmentando também a eficácia de seus institutos e suas tutelas jurídicas, o que, por conseguinte, redundará em um quadro de baixa eficácia. Assim, uma aplicação concentrada dos diversos dispositivos cíveis e penais que tratam da coisa pública para cada evento, dentro dos preceitos de sistematização ordenada das normas jurídicas, é a que melhor permite tanto alcançar ao máximo os diversos desdobramentos do fenômeno quanto a concentração das forças jurídicas em um único feito, aumentando, portanto, as chances de uma resposta jurídica mais eficiente.

Nesse sentido, as disposições jurídicas de tutela da coisa pública (sejam cíveis, sejam penais) devem estar em permanente diálogo, haja vista tutelarem o mesmo bem jurídico (a coisa pública), empregarem institutos de tutela similares (quando não idênticos) e serem fundadas sob as mesmas premissas principiológicas de agir estatal somente segundo as prescrições legais e em favor da melhor gestão possível ao conjunto de bens do coletivo.

Além disso, devem levar em conta o princípio da intervenção mínima. Ainda que haja relevância no bem jurídico da tutela da coisa pública, o Direito Penal só poderá intervir em casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, sendo que as perturbações mais leves da ordem jurídica devem ser objeto dos outros ramos do Direito (MUÑOZ CONDE, 2007, p. 107).

Assim o Direito Penal, como instrumento vulnerador da dignidade, não deve atuar quando houver um meio extrapenal igualmente eficaz para a proteção do bem jurídico, e, se houver a necessidade de intervenção penal, ela deve ser a mais suave possível. E a superposição de instrumentos destinados à tutela da coisa pública deve levar em conta que, sendo um dos instrumentos extrapenais suficientes para a resolução da eventual ofensa, o Direito Penal deve ser preservado como *ultima ratio*.

A tutela penal, como medida extrema, não deve incidir em toda ou qualquer lesão de bem jurídico, e não se pode colocar toda lesão ao regular funcionamento da Administração Pública num mesmo patamar. Segundo Assis Toledo, o Direito Penal tutela bens jurídicos que requerem uma proteção especial por se revelarem insuficientes às garantias extrapenais oferecidas pelo ordenamento jurídico, mas não se deve supor que toda forma de agressão a qualquer bem jurídico possa suscitar a intervenção penal. A vida em comunidade pressupõe riscos, e não é missão do Direito Penal afastar todos os riscos e todas as possibilidades de violação do Direito – missão que, por si só, resultaria impossível (TOLEDO, 1991, p. 17).

Diante de inúmeras ofensas aos mais variados tipos de bem jurídico, apenas uma parcela dessas afrontas demanda uma proteção jurídico-penal. Assim, conforme já explicitado, apenas as mais graves lesões aos bens jurídicos mais importantes, com dimensão e nível constitucional, exigem a intervenção do sistema penal. Como demonstrado nos capítulos anteriores, diante da unidade valorativa e da ausência de óbices à aplicação conjunta, os influxos da Constituição Federal, de 1988, permitem a afirmação de que a tutela jurídica da coisa pública será mais qualificada e eficiente se tomarmos todas as prescrições jurídicas que tutelam este bem jurídico como um conjunto sistematizado e ordenado.

Ora, a identidade de princípios e de mecanismos de combate, a seleção similar de sujeitos para legitimidade ativa e de objetos de tutela (todos podem ser reunidos sob o signo da eticidade no trato da coisa pública), e o diálogo (ainda que incipiente, porém aperfeiçoado com a Lei Anticorrupção) entre as ferramentas de execução, são

elementos identitários existentes entre as legislações penais e cíveis acima pontuadas que demonstram que, sob a regência da Constituição Federal, de 1988, há sim a formação de um microsistema jurídico de tutela da coisa pública. Ademais, é exatamente a reunião das prescrições normativas acima elencadas que permitem conferir um tratamento holístico à tutela da eticidade perante a coisa pública, o que, portanto, nos tempos atuais de crise de legitimidade das instituições estatais, demanda uma abordagem interpretativa em favor dessa unidade de trato normativo (tão evidente), a fim de serem fortalecidas individualmente cada uma dessas normas em sua aplicabilidade, favorecendo, por conseguinte, o combate a tais práticas extremamente danosas ao Estado e à coletividade.

Então, a fim de restaurar a confiança na legitimidade das instituições públicas (afinal, significa demonstrar confiabilidade no próprio Estado enquanto cumpridor da função justificadora de sua própria existência, qual seja, a de gestor da coisa pública), é preciso uma aplicabilidade conjunta de todos esses dispositivos jurídicos pontuados no trato das condutas lesivas à eticidade no trato da coisa pública, porque o fazendo, estar-se-á promovendo um reforço mútuo entre as diversas prescrições legais hoje esparsas que tratam da temática, aumentando, portanto, a legitimidade e a aplicabilidade de suas prescrições, de modo que, nessa autofundamentação, estar-se-á evidenciado serem emanações diretas de um espírito presente em todo o ordenamento jurídico nacional: os artigos da Constituição Federal, de 1988, que constitucionalmente tutelam a coisa pública, bem jurídico constitucional de elevada estirpe, pois valor/razão da formação do próprio Estado Democrático de Direito brasileiro.

O papel do Direito na qualidade de conjunto ordenado e sistemático de normas prescritoras de condutas humanas é exatamente servir como ferramenta da melhor gestão possível do viver em coletividade, e é isso que está em crise. Nesse sentido, no próximo capítulo, é desenvolvido estudo sobre a importância dessa função do Direito, notadamente dada a capacidade de se traduzir enquanto conjunto sistêmico de normas que se retrolegitimam mutuamente, garantindo que cada uma delas, ao ser aplicada, reforce não só a si mesma, mas também ao conjunto das normas jurídicas.

## CONCLUSÃO

Sem o propósito de eleger uma solução para a atual crise de legitimidade do Estado brasileiro, buscou-se demonstrar que grande parte da crise atual no trato da coisa pública reside exatamente no descalbro de interpretar a ordem judicial nacional dissociada da Constituição Federal, de 1988. Também se demonstrou o efeito deletério de se tratar os diversos mecanismos de tutela da coisa pública de maneira assistemática, recorrendo-se ao direito penal amiúde como *prima ratio* para resolução de conflitos. O descrédito nas instituições políticas e jurídicas existe não apenas pela descoberta de práticas que atentam contra a Administração Pública, mas também pela reiterada não

submissão aos valores constitucionalmente assegurados, que são vinculantes para todo o ordenamento jurídico pós Constituição Federal, de 1988.

Enquanto existe o manejo do Direito Penal, e de qualquer outro ramo jurídico infraconstitucional, dissociado dos parâmetros constitucionais, haverá crise de legitimidade do aparelho institucional instituído pela norma jurídica fundamental, a Constituição, afinal é neste documento jurídico que estão delineados os valores primordiais e os poderes que exercitam tais valores.

É preciso um diálogo crescente (e tal organicidade é deveras estimulada pela nova ordem constitucional) entre as diversas prescrições jurídicas nacionais (sejam cíveis, sejam penais) que estimulam a eticidade na gestão daquilo que é público, pois o recurso desmesurado à esfera penal, na forma como se tem processado no Brasil nas últimas décadas, não garantirá mais eficácia no combate às condutas que lesam a coisa pública, mas, em verdade, coloca em risco inúmeras garantias penais caras a todo ordenamento jurídico nacional.

A criminalização, por si só, não é a resposta mais eficiente, nem mesmo nos moldes clássicos, ou seja, nem mesmo agora para os bens jurídicos supraindividuais. Nem mesmo os clássicos pensadores do Direito Penal acreditam em um Direito Penal de excessos, de modo que a “fuga” para o Direito Penal seria, como a própria locução verbal infere, um agir irracional, pois fundado na falácia da excelência do Direito Penal em “resgatar” a segurança.

## REFERENCIAIS

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1<sup>a</sup> edição, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2003.

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

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

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

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

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio, *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 1990.

GRACIA, Jaime Cárdenas. *La Argumentación como Derecho*. México: Universidad Autónoma de México, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

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

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

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

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **Ensaio sobre o neoconstitucionalismo**. Revista Jurídica da Presidência, Vol. 13, n. 101, out. 2011/jan. 2012. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, 2012. Disponível em: . Acesso em: 5 jul. 2021

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.

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.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª Ed., Buenos Aires, Editorial B de F, 2007.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *Constitucionalismo Garantista Y Democracia*. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p. 31-65, jul./dez. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

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

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América.* 3. Ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia/Edusp, 1977.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal,* 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

Recebido em: 21/01/2022

Aprovado em: 06/02/2022