



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento
Programa de Mestrado em Direito

EDUARDO LOURENÇO GREGÓRIO JÚNIOR

**CONTROLE DA MORALIDADE APLICÁVEL À LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA**

BRASÍLIA
2019

EDUARDO LOURENÇO GREGÓRIO JÚNIOR

**CONTROLE DA MORALIDADE APLICÁVEL À LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA**

Dissertação apresentada como requisito parcial à conclusão do Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, na linha de Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Ayres Britto

Coorientador: Prof. Dr. Saul Tourinho Leal

BRASÍLIA
2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Eduardo Lourenço Gregório Júnior

Título: **Controle da moralidade aplicável à legislação brasileira**

Dissertação apresentada como requisito parcial à conclusão do Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, na linha de Direito Constitucional.

Brasília/DF, 1º de julho de 2019

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Ayres Britto
Orientador

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Prof. Dr. Saul Tourinho Leal

Prof. Dr. Eduardo Maneira
Examinador Externo

Aos meus pais, que não apenas são a base de tudo, mas fizeram – e fazem – de tudo por mim.

Ao Joaquim, que é a minha aspiração e esperança por um Brasil cada vez melhor.

AGRADECIMENTO

Os agradecimentos são muitos.

Principiam por onde, normalmente, devem começar, pela família. Inobstante possível acusações de clichê, sem a minha família não sou nada. Então, devo agradecimentos especiais aos meus pais, que estão sempre prontos para me ajudar e me apoiar. Eles que abdicaram de muitas coisas para que eu conseguisse ter uma educação de qualidade. Que me ensinaram a diferença do certo para o errado. Que me ensinaram a seguir o caminho do bem, me forjando a pessoa com caráter que diariamente busco ser. À minha mãe, que me mostrou que não devemos abaixar a cabeça diante das mais diversas dificuldades que enfrentamos, o meu muito obrigado. Também não devo deixar de agradecer especificamente ao meu pai, que, além de me instigar nos debates diários, me fez refletir sobre este trabalho nas mais diversas vezes em que argumentava “sim, pode ser legal, mas é imoral”. O amor dos pais faz o homem chegar onde ele quiser, sempre de cabeça aberta e com o coração para o bem. Às minhas avós, o agradecimento é pelo carinho e afeto de sempre. Aos meus avôs (*in memoriam*), o agradecimento é pelo reconhecimento que tenho de todas as dificuldades que eles enfrentaram ao lado das minhas avós e, mesmo assim, conseguiram formar uma belíssima família, alcançando tudo que almejavam, sempre, mais uma vez, sendo pessoas de bem. Também sou grato à minha irmã Glauciene, que se tornou uma excelente advogada e exemplo para mim ao ter se formado quando entrei na faculdade, e à minha tia Lucília, exemplo de dedicação aos estudos.

Aos professores de ontem, de hoje e de amanhã, o meu agradecimento é pouco para demonstrar a importância na minha formação pessoal e profissional. Ao Professor e orientador Dr. Carlos Ayres Britto, o meu muito obrigado pelas prazerosas aulas, que nos fazem entender e interpretar o mundo e o constitucionalismo pelas palavras de um poeta. Ao Professor e, principalmente, amigo, Dr. Saul Tourinho Leal, o meu muito obrigado pelas conversas quase que

diárias e pelos constantes estímulos intelectuais e pessoais, que nos fazem ser pessoas melhores e mais *felizes*.

Aos amigos de escritório, que diariamente me instigam intelectualmente, o meu muito obrigado, especialmente ao Eduardo Maneira, Rosara Maneira, Luis Eduardo, Donovan Mazza, Marcos Maia, Pedro Henrique, Daniel Lima e Daniel Lannes. O meu muito obrigado também aos estagiários do escritório, que estão sempre dispostos a ajudar, especialmente os que já compuseram e compõe o Núcleo de Pesquisa Maneira, Victor Monteiro, Gabriela Rosa e David Corrêa.

Igualmente sou grato aos amigos de mestrado, Arthur Lachter, Vanessa Cavallazzi e Ronivon de Aragão, com os quais as angústias e preocupações eram compartilhadas e suavizadas diariamente.

Agradeço, ainda, aos amigos, que são a nossa família escolhida e me ajudam a ser uma pessoa melhor. Aqui, deixo o meu muito obrigado especial e específico aos que me auxiliaram neste trabalho, sempre disponíveis a ajudar e debater, Fabio Ferreira, Filipe Bianchini, Saulo Mesquita, Felipe Camargo, Bruno Damas, Luis Otávio, Guilherme Souza, Fernando Lima, Daniel Moura, Pedro Henrique Macedo, Gustavo Carneiro, Luis Otavio, Rodrigo Hugueney, Tiago Santana, Pedro Henrique Macêdo e Paulo Henrique Abreu.

À Ana Gesing, que esteve ao meu lado nestes últimos meses e, em momento algum, criticou a minha ausência enquanto elaborava o trabalho. Muito obrigado por neste pequeno tempo já ser tão importante e muito ajudar.

Agradeço a todos e, ao mesmo tempo, peço escusas pelos momentos que estava ausente na elaboração deste estudo, especialmente ao Joaquim, aos meus pais e à Ana. Especificamente ao Joaquim quero agradecer a paciência de um garoto que, dos dois aos quatro anos e meio, vem acompanhando o seu pai na elaboração do trabalho, tendo aceito a abdicação de alguns momentos. A família é, para tudo que eu faço na vida, a minha inspiração.

*não há maior poder de atração que a atração
do poder.*

Carlos Ayres Britto

RESUMO

O trabalho analisa a viabilidade do controle judicial da legislação com base no princípio da moralidade. São apresentados alguns pressupostos teóricos para que se crie a linha de raciocínio que venha a confirmar a possibilidade de aferição da constitucionalidade de uma lei com base na moralidade. O primeiro é o que reflete a legitimidade do Poder Legislativo, momento no qual é determinado que o Estado-Legislator transcende ao conceito limitado de Poder Legislativo e que não há soberania do Congresso, a qual passa a ser do texto Constitucional com a evolução do constitucionalismo. O segundo pressuposto é a averiguação da abrangência do princípio da moralidade no sistema jurídico brasileiro, destacando as vertentes do mencionado princípio, especialmente a leitura que deve ser feita a partir do momento histórico e, igualmente, ressaltando o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Com base nesses dois antecedentes – Estado-Legislator e princípio da moralidade no ordenamento jurídico – é que se propõe a aplicabilidade deste à produção efetivada por aquele, sendo necessário, ao final, destacar qual é o limite do controle judicial do processo legislativo. O trabalho é concluído no sentido de confirmar a possibilidade de aferição da constitucionalidade da norma com base no princípio da moralidade. Igualmente é constatado, nas hipóteses em que, além dos demais pressupostos constitucionais, o princípio da moralidade igualmente foi atendido, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (interventiva, portanto) pressupõe maior ônus argumentativo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Moralidade. Legislação. Controle judicial.

ABSTRACT

This work aims to analyze the viability of judicial control of legislation based on the principle of morality. Theoretical postulates are to be presented, which will settle the rational ground to confirm that hypothesis. The first postulate reflects upon the legitimacy of Legislative Power, in which moment the Brazilian State determined that the Legislator State transcends the limited concept of Legislative Power, which lacks autonomy and sovereignty in congress, for that power has been transferred to the constitutional text itself as constitutionalism evolved. Another theoretical postulate is the study of the comprehensiveness of the principle of morality in Brazilian justice, highlighting the different strands of the mentioned principle, especially regarding that specific historical context, as well as the opinions delivered by the Brazilian Supreme Court. With grounds on the Legislator State and the principle of morality in justice order, we propose the application of the latter to the production consolidated by the former, which made it necessary to define the scope of judicial control in the legislative process. The reached conclusion is for the possibility of gauging the constitutionality of norms based on the principle of morality. Additionally, in such hypothesis when not only the regular constitutional prerequisites were attended, but equally the morality principle, the Brazilian Supreme Court may still declare the unconstitutionality of said norm (with an interventional posture), while in that case the opinion must bear a bigger argumentative onus.

KEY WORDS: Constitucional Law. Morality. Legislation. Judicial control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 LEGITIMIDADE DO LEGISLATIVO – DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO COMO CONCRETIZAÇÃO DA REPRESENTATIVIDADE ..	26
1.1 Legislativo transcendente ao Poder Legislativo	33
1.2 Processo legislativo na democracia	38
1.3 Devido processo legislativo no século XXI.....	47
1.3.1 Soberania do Congresso.....	52
1.3.2 Soberania da Constituição	58
1.3.2.1 A democracia não se restringe ao voto.....	63
1.3.2.2 Inexistência de soberania dos poderes individualmente identificados – crítica à ideia de soberania do Poder Legislativo	67
1.4 A análise pelo viés do princípio do devido processo legal substantivo	69
CAPÍTULO 2 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	73
2.1 Moralidade e Fisiologia.....	76
2.2 O princípio da moralidade	86
2.2.1 Princípio da moralidade não é regra.....	95
2.2.2 Como valor quanto ao seu conteúdo.....	102
2.2.3 Como estado ideal quanto à sua forma	106
2.3 Necessidade de diálogo entre o direito e a moral	108
2.4 Moralidade em suas facetas	110
2.4.1 Moralidade privada	111
2.4.2 Moralidade pública.....	121
2.5 A leitura da moral pelo momento histórico – ausência de limitação pela legalidade	125
2.6 A leitura do princípio da moralidade pelo Supremo Tribunal Federal.	126
2.7 Críticas/elogios aos conceitos.	140

CAPÍTULO 3	A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE AO LEGISLADOR E À NORMA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	144
3.1	A moralidade transcendente à administração pública	145
3.2	Interpretação do princípio da moralidade	149
3.3	A moralidade aplicada ao legislador	156
3.4	A moralidade aplicada à norma	159
3.5	Método proposto para aferição da moralidade – motivos determinantes	161
CAPÍTULO 4	CONTROLE JUDICIAL DO PROCESSO LEGISLATIVO NO PROCEDIMENTO E NA ESSÊNCIA DA NORMA	169
4.1	O papel das instituições independentes	171
4.2	Legitimidade do judicial review	177
4.3	Controle do processo legislativo no Brasil	185
4.3.1	A submissão ao judicial review das normas com base na moralidade pela motivação	188
4.3.2	Controle judicial das razões do legislador	192
4.3.3	Controle do abuso parlamentar	195
4.4	Maior ônus argumentativo para a declaração de inconstitucionalidade quando atendida a moralidade	196
CONCLUSÃO		198
BIBLIOGRAFIA		209

INTRODUÇÃO

O princípio da moralidade está primordialmente insculpido no artigo 37 na Constituição da República¹, sendo a determinação de que deve ser respeitado pela “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Todavia, a exigência de deferência à moralidade não se limita a este dispositivo constitucional e, neste sentir, não pode ser tida como algo apartado da completude do texto magno. Tanto é assim que igualmente encontra guarida em outras disposições expressas ou implícitas², p.ex., (i) quanto à legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular que fira este princípio (art. 5º, LXXIII³); (ii) necessidade de possuir idoneidade moral para ser considerado brasileiro nato (art. 12, II, a⁴); (iii) a necessidade de proteção da moralidade para o exercício de

¹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

² Diga-se previsões implícitas, porquanto, por vezes, não se refere à “moralidade”, mas são utilizadas outras expressões, tais como “reputação ilibada” e “idoneidade moral”, mas, sem sombra de dúvidas, a intenção e objetivo do texto são convergentes.

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

⁴ “Art. 12. São brasileiros:

(...)

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;”

Ibidem.

mandato eletivo (art. 14, §9^{o5}); (iv) idoneidade moral para nomeação como ministro do TCU (art. 73, II⁶), ministro do TSE (art. 119, II⁷) e desembargador dos TREs (art. 120, §1^o, III⁸).

O que se depreende, desde logo, é a grande importância que a moralidade, em toda a sua generalidade, possui na Carta Constitucional de 1988. Por outro lado, ao mesmo tempo é perceptível que não é dada a devida atenção a este princípio em determinados momentos republicanos, notadamente quando do processo legislativo e, com mais preocupação, quando da hermenêutica jurídica que visa justamente a análise e controle do produto final decorrente da atividade legislativa.

E é justamente por isto que surge a inquietação que mostrou relevante e justificou o presente trabalho. É pretendido, portanto, analisar se o Estado-Legislator deve respeitar o princípio da moralidade quando exerce a sua atividade

⁵ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 9^o Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)”

BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

⁶ “Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

§ 1^o Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

(...)

II - idoneidade moral e reputação ilibada;” (Ibidem).

⁷ “Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:

(...)

II - por nomeação do Presidente da República, dois juizes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.”

Ibidem.

⁸ “Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal.

§ 1^o - Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

(...)

III - por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juizes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.”

Ibidem.

precípua de legislar em busca da formação de pessoas honestas e felizes⁹. Em outras palavras, será objeto de estudo a existência, ou não, de limites na produção legal, notadamente para que se responda se o legislador pode, em decorrência da sua característica de representante do povo, mas sempre limitado ao texto constitucional, produzir lei imoral.

Este estudo se mostra relevante especialmente em decorrência do momento histórico pelo qual o Brasil passa, qual seja, de total desconfiança da população com os representantes eleitos, acarretado em verdadeira crise de representatividade¹⁰. A doutrina política ensina que o termo confiança, neste campo, “se refere às expectativas que as pessoas alimentam a respeito do comportamento dos outros com quem convivem e interagem; e diz respeito à ação desses outros quanto aos seus interesses, aspirações ou preferências”¹¹. Está intrinsicamente ligado a própria legitimação do regime de governo, em especial quando se trata da democracia. Isso porque, neste regime, mais do que nos demais tipos de governo, são necessários diversos pressupostos ligados à confiança que “se referem aos dilemas que envolvem a confiança política e a relação dos cidadãos com o regime democrático”¹². O primeiro (1) pressuposto constatado decorre do fato de que, por ter origem em delegação voluntária, a democracia acaba por exigir maior confiança da população. Ademais, (2) a observância das regras democráticas, notadamente quanto à alternância no poder, se mostra proeminente para majorar a confiança, sendo (3) importante a presença da confiança de que toda a população estará

⁹ “Como é a própria virtude que, em nosso sistema, faz o bom cidadão, o bom magistrado e o homem de bem, e como é preciso começar obedecendo antes de comandar, **o legislador deve cuidar principalmente de formar pessoas honestas, procurar saber por quais exercícios tornará honestos os cidadãos e sobretudo conhecer bem qual é o ponto capital da vida feliz.**” ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 55.

¹⁰ “Outrora os representados aceitavam a representação porque os representantes eram representativos. Nos dias de hoje não é assim: a comunhão de representantes e representados desapareceu. Deixaram de querer pela Nação e deixaram de ter o mandato representativo.” CANOTILHO, J. J. GOMES. A crise da representação democrática: Abdicação de paradigma normativo no direito constitucional? In: *A Constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições*. Organizador Marcos Vinivius Furtado Coelho. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 341-342.

¹¹ MOISÉS, J. Á., & MENGUELLO, R. *A Desconfiança Política e os seus Impactos na Qualidade da Democracia*. São Paulo: Edusp, 2013. p. 13-14.

¹² *Ibidem*, p. 16.

disposta ao cumprimento das regras e legislações (impostos, serviço militar, leis penais, etc). Apesar (4) de não garantir muita segurança, a democracia, com base nos seus instrumentos institucionais, tem a capacidade de efetivar as promessas de liberdade e igualdade. Por fim (5), são os núcleos da confiança os princípios de liberdade e igualdade, bem como os fatos decorrentes para a própria formatação da cidadania.

Como se pode notar, a questão da confiança é algo que está intrinsecamente ligado ao regime democrático e à sua legitimação, bem como a dos próprios poderes constitucionais. Entretanto, não é algo que aparece apenas hodiernamente. Tanto é assim que a discussão de fundo enfrentada neste trabalho não se limita ao atual período de desconfiança, sendo um debate que já se iniciou no passado, especialmente quando, há alguns anos, o Supremo Tribunal Federal aventou a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela inobservância ao princípio da moralidade. Esta análise, que se deu quando do julgamento da ADI nº 2.306, está ligada à própria questão da legitimidade do Estado-Legislador e, portanto, da democracia em decorrência da confiança que lhe garante legitimidade.

Naquela oportunidade foi avaliada a legislação que concedeu anistia por crimes eleitorais (Lei nº 9.996/2000¹³). Esta lei, de apenas três artigos, perdoou débitos de multas “aplicadas aos eleitores que deixaram de votar nas eleições realizadas nos dias 3 de outubro e 15 de novembro de 1996 e nas eleições dos dias 4 e 25 de outubro de 1998” (artigo 1º, primeira parte) e “aos membros de mesas receptoras que não atenderam à convocação da Justiça Eleitoral, inclusive os alcançados com base no art. 344 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965” (artigo 1º, segunda parte), bem como anistiou “os débitos resultantes das multas aplicadas pela Justiça Eleitoral, a qualquer título, em decorrência de infrações praticadas nos anos eleitorais de 1996 e 1998” (artigo 2º). O artigo 3º apenas dispôs acerca da vigência imediata com a publicação da lei. Como é perceptível, o ponto de discórdia se

¹³ BRASIL. Lei nº 9.996/2000, de 14 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9996.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

instaurou em decorrência do mencionado artigo 2º, ainda na última fase do processo legislativo.

Isso porque, encaminhado o projeto de lei à sanção, o Ministério da Justiça se manifestou pelo veto integral¹⁴. Quanto ao artigo 1º, apesar de reconhecer que outras legislações anteriores concederam a mesma anistia, mencionou que a reiteração de perdões poderia criar uma “falsa idéia de impunidade, desestimulando o cidadão a cumprir seu dever constitucional de votar e de, se convocado, atender ao chamado do Poder Judiciário”. E, quanto ao ponto de interesse, notadamente o artigo 2º, mencionou que seriam anistiadas “todas as penas de multa cominadas pela prática de crime eleitorais também serão anistiadas, sejam elas aplicadas alternativamente à pena privativa de liberdade ou cumulativamente com aquela”.

Todavia, apesar do veto presidencial estar devidamente justificado, o Congresso Nacional, em sessão de 09/08/2000 rejeitou o veto por 44 votos de Senadores e 285 de Deputados. A lei foi promulgada pelo então presidente do Senado Federal, Senador Antonio Carlos Magalhães¹⁵.

Entretendo, inquieto com a abrangência da anistia dada, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a já citada ação questionando a sua constitucionalidade da norma. Em inicial¹⁶ estruturada em doze laudas, algo raro de se ver nos dias atuais, restaram explicadas as violações ao texto constitucional de 1988, que foram desde violações ao Estado de Direito (artigo 1º, CF), passando pela inobservância de que todo poder emana do povo (parágrafo único, artigo 1º, CF), ofendendo o princípio da isonomia (artigo 5º, CF), além de violações específicas às regras de anistia (artigos 21, XVII e 48, VIII, CF), bem como o princípio da segurança jurídica, da coisa julgada e da divisão de Poderes (artigo 2º, CF). Ademais – e

¹⁴ BRASIL. Mensagem nº 1.990, de 21 de dezembro de 1999. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/VETO_TOTAL/1998_1999/vet1990-99.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

¹⁵ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 81, de 1999. Disponível em < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1275>>. Acesso em: 15, set. 2018.

¹⁶ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Inicial da ADI 2306. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=186543&prclID=1844282#>>>.

importante para o presente trabalho –, recebeu atenção especial a violação ao artigo 37 da Constituição, notadamente quanto ao desrespeito à moralidade.

Devidamente processada, o julgamento da ação teve início no Plenário da Suprema Corte para a análise do pedido cautelar em 27/09/2000. Apesar de ter sido deferida com base em argumento distinto ao que se analisa (os valores das multas anistiadas seriam, supostamente, de terceiros), discussões sobre a aplicação ou não do princípio da moralidade surgiram. Tanto foi assim que o Ministro Nelson Jobim ressaltou que o autor da ação de controle concentrado pretendia o controle do voto, o que seria extremamente complicado no Estado Democrático de Direito. Já o Ministro Marco Aurélio destacou que a lei questionada buscava ser uma Ação Rescisória Legislativa e deferiu o pedido liminar “nessa quadra em que se busca uma correção de rumos no Brasil”¹⁷. Destaque-se que, como já citado, essa ideia do Ministro Marco Aurélio vai muito ao encontro do que ensina ARISTÓTELES acerca da função do legislador, que “deve cuidar principalmente de formar pessoas honestas, procurar saber por quais exercícios tornará honestos os cidadãos e sobretudo conhecer bem qual é o ponto capital da vida feliz”¹⁸.

Retornando ao julgamento, o Ministro Sepúlveda Pertence destacou que houve, em verdade, ferimento ao devido processo legal substantivo. Por seu turno, e muito importante para a análise aqui proposta, Ministro Moreira Alves deixou expressamente assinalada a sua posição de que o princípio da moralidade “se dirige à Administração Pública e não ao Estado-legislador”¹⁹.

Acesso em 15, set. 2018.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 2306 MC. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, 27, de setembro de 2000. p. 422. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347535>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

¹⁸ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 55.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 2306 MC. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, 27, de setembro de 2000. p. 422. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347535>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

Na sequência, instaurou-se um debate interessante que merece transcrição, *in verbis*:

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRRA: - Esse princípio hoje é constitucional, cujo conteúdo caberá ao Supremo Tribunal Federal defini-lo, dentro do nosso sistema constitucional.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Mas é um princípio constitucional para a Administração Pública e não para o Estado-legislador. A não ser assim, poder-se-ia até considerar que a anistia de crime seria imoral.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Indulto também?

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Seria.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (PRESIDENTE) – Depende do tipo de anistia. O ato há de ser razoável.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Mas anistiar todas as pessoas que cometeram crimes e foram apenadas de tantos a tantos anos pode ser considerado imoral. O problema é delicado se levarmos o princípio da moralidade para o Estado-legislador.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (PRESIDENTE) – Ao se anistiar, por exemplo, filhos de parlamentares que tenham praticado crimes, ou os próprios parlamentares, ter-se-á praticado ato não condizente com a moralidade administrativa. Ter-se-á, com um ato assim, violado o princípio constitucional da moralidade administrativa.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Aqui a questão se resolveria sem apelo ao princípio da moralidade, mas sim com base no devido processo legal em sentido material.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Realmente, anistiar todas as infrações em função do tempo de sua prática em dois anos em nada houve de especial, dois nos rotineiros da Justiça Eleitoral...

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Mas isso poderia ser pelo princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, mas não com relação ao problema da simples moralidade²⁰.

É perceptível, portanto, a discordância com o fato de o Estado-Legislator estar ou não submetido ao princípio da moralidade. E é justamente este o objeto do presente estudo.

Vale mencionar, ainda, que, quando do julgamento do mérito, já em 21/03/2002, o processo passou, tendo em vista a aposentadoria do Ministro Octavio Gallotti, para a relatoria da Ministra Ellen Gracie. A nova relatora afastou o então argumento utilizado para o deferimento da cautelar (anistia de multa que seria de propriedade de terceiros), bem como os demais fundamentos que poderiam levar à declaração de inconstitucionalidade. No que se refere à moralidade, a Ministra referendou o quanto defendido pelo Ministro Moreira Alves no sentido de que o princípio da moralidade se destina apenas e tão somente à Administração Pública²¹.

²⁰ Ibidem, p. 430-432.

²¹ “Quanto à afirmação de ofensa ao princípio da moralidade, o Sr. Procurador Federal da República buscou subsídio em Diógenes Gasparini o qual, com apoio em doutrina nacional e estrangeira, preleciona que “o princípio da moralidade extrai-se do conjunto de regras de conduta que regulam o agir da Administração Pública”. Por isso, a alegação de maltrato ao princípio da moralidade não procede. Isso mesmo foi o que asseverou o Min. Moreira Alves em seu voto, quando da apreciação do pedido liminar: (o princípio da moralidade) “é um princípio constitucional para a Administração Pública e não para o Estado-legislador”. E, dentro da lógica desse raciocínio, adiantou S.Exa.: “A não ser assim, poder-se-ia até considerar que a anistia de crime seria imoral.

Por seu turno, os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Néri da Silveira referendaram a ofensa ao *princípio o devido processo legal substantivo*. Ou seja, ainda que não se falasse em princípio da moralidade, a atitude do legislador encontraria limitações outras. Em dado momento de debates, o seguinte foi dito:

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA – É um juízo de enfraquecimento do processo eleitoral, o que não contribui em nada para a sua moralização.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Não levo a esse radicalismo, porque o problema, aqui, é o de se saber se o princípio da moralidade se aplica, ou não, ao Poder Legislativo. Pela nossa Constituição, não...

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Pode até mudar de nome, mas há abuso do Poder Legislativo.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Não há abuso do Poder Legislativo²²

(...)

Lembrou, com adequação, o Sr. Advogado-Geral da União que, ademais, “qualquer consideração nesse aspecto haverá de ser feita com base no princípio da proporcionalidade e suas máximas – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito – e não em face do princípio da moralidade, sob o risco de agora sim, violar-se o princípio da separação dos poderes, com uma indevida interferência do Poder Judiciário na atuação do Poder Legislativo. Não é à toa, portanto, o alerta efetuado pelo Ministro Nelson Jobim de que ‘Parece que a inicial está procurando algo complicado no Estado democrático, que é exatamente tentar controlar o voto no Congresso Nacional. Ou seja, o voto parlamentar do Congresso Nacional estaria sujeito a controles, elo juízo da inicial’”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 2306 MC. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, 27, de setembro de 2000. p. 100-101. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347535>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

²² Ibidem. p. 116-117.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio destacou veementemente que o “princípio da moralidade, conjugado, no artigo 37 da Carta da República, com o princípio da eficiência do próprio Estado em atuação de maior importância, porque, repito, está ligada àqueles que dirigirão os destinos do Estado”²³. Esta posição, sem fazer qualquer antecipação da conclusão, nos parece ser muito adequada, notadamente pela concretude que assegure o Bloco de Constitucionalidade para a manutenção da identidade da Carta Republicana²⁴.

Ocorre que, apesar disso, por maioria de votos, a ação foi julgada improcedente²⁵, não se aplicando o princípio da moralidade ao Estado-Legislator. As considerações iniciais sobre este julgamento servirão de guia para o presente trabalho, notadamente por algumas questões que serão analisadas.

Deste modo, com base no que foi até aqui aventado, surgem as indagações que o presente trabalho pretende responder, especialmente porque os estudos que se conhece acerca do princípio da moralidade não analisam, com profundidade e salvo melhor juízo, a aplicação deste ao Estado-legislador. Assim sendo, a primeira e grande inquietação, como já antecipado, é saber se o Princípio da Moralidade se aplica ao Estado-legislador ou se o comando de agir conforme a moral se dirige

²³ *Ibidem*.

²⁴ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO. A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSIÇÕES DOUTRINARIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO. O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS. (. . .).

A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. (...).”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 595 MC. Autor: Governador do Estado do Espírito Santo. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30, de outubro de 1991. ementa. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346486>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

²⁵ Votaram neste sentido a relatora, Ministra Ellen Gracie, e os Ministros Moreira Alves, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Restaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Marco Aurélio (presidente).

apenas à Administração Pública. Na sequência, a pergunta que surge é saber se haveria abuso do Poder Legislativo ao agir de forma a produzir norma imoral. Para ambas as indagações, contudo, terá que ser analisado se o Princípio da Moralidade, expressamente previsto no artigo 37, CF, é o único motivo apto a exigir uma ação moralmente correta do legislador.

Além disso, mesmo que o Princípio da Moralidade, expressamente previsto no artigo 37, não seja aplicável diretamente ao Legislador, a análise permeará a verificação de se o Estado-Legislator está autorizado a agir sem respeito a uma moralidade mínima, especialmente com base na unidade e unicidade da Constituição e em respeito ao Devido Processo Legal Substantivo.

Aliás, sobre este assunto, é de nota o aparte feito pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do abrandamento das normas morais, pelo que o interprete deve, quando da sua aplicabilidade, sempre tender para a opção que melhor atender a esse importante princípio²⁶. De tal assertiva pode ser extraído que existem normas imorais, as quais, como se sabe, não podem ser afastadas prontamente pelo administrador, atraindo ainda mais a necessidade da possibilidade do controle jurisdicional. Ou, então, teremos um paradoxo onde é possível lei imoral e, ao mesmo tempo, é vedado o administrador agir imoralmente quando da aplicação da norma.

Após, concluindo pela viabilidade do controle com base na moralidade ou mesmo no devido processo legislativo substantivo, surge a necessidade de averiguar se o Poder Judiciário tem legitimidade para fazer o controle. Conforme assinalado pelo Ministro Néri da Silveira no julgamento indicado anteriormente, o princípio da moralidade é constitucional e cabe ao Supremo Tribunal defini-lo. A

²⁶ “Donde, supô-las inclusas neste mesmo abrandamento equivale a concluir que a emenda constitucional pretende escancarar-lhes facilidades gravosas à moralidade administrativa. Ora, entre alternativas hermenêuticas possíveis, o intérprete não pode jamais propender para aquela que desnecessariamente inculca à norma interpretada um sentido conflitante com outra, maiormente se estotra for veiculadora de um princípio – e, no caso, do mais subido relevo: o da moralidade administrativa”.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 199.

questão é saber qual o limite. Deste modo é que há a importância dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, e suas máximas (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), as quais surgem para o presente trabalho, tudo como forma de afastar qualquer ofensa à separação dos poderes, momento no qual serão importantes os ensinamentos de Robert Alexy acerca da ponderação.

Destaque-se que a análise não envolve eventual imoralidade no processo legislativo ou qualquer vício de vontade do legislador, mas sim a verificação da possibilidade de controle do próprio mérito da legislação utilizando como parâmetro o princípio da moralidade. Em outras palavras, o que se propõe é saber se está o Estado-legislador – seja o Poder Executivo (Medidas Provisórias, Decretos e proposições legislativas genéricas), seja o Poder Legislativo (leis ordinárias e complementares, Emendas à Constituição, Decretos Legislativos e Resoluções), ou até mesmo o Poder Judiciário quando exerce, dentro da sua abrangência, a edição de normas (regimentos internos, por exemplo) –, submetido ao princípio da moralidade quanto ao mérito da normatização proposta.

Para tanto, a linha de argumentação do presente trabalho seguirá a estrutura necessária para a formação do raciocínio defendido. Deste modo é que mostra relevante primeiramente fixar e delimitar questões importantes sobre o Estado-legislador, especificamente acerca do Poder Legislativo, explicando as suas facetas, competências e limitações, demonstrando que não é absoluto, ainda que tenha origem no voto da maioria. Neste momento, também são demonstrados alguns aspectos importantes sobre a relevância do processo legislativo para a democracia, bem como a forma pela qual o processo legislativo foi alterado pela forma de pensar e agir com a evolução da soberania do parlamento para a soberania do texto constitucional. É justamente este o assunto, portanto, do primeiro capítulo do estudo apresentado.

Na sequência, no capítulo segundo será analisado o pressuposto acerca do princípio da moralidade, explicitando, especialmente, a eficácia no sistema jurídico pátrio. Neste momento, reputa-se relevante acentuar um conceito mínimo acerca da

moralidade, uma vez que é importante ter um parâmetro pelo qual se pretende sugerir a aferição de constitucionalidade da norma. Em outras palavras, com base no padrão de comparação – se existente – é que será possível controlar eventual norma imoral. Assim, há de se ter um conceito de moralidade para que se possa dizer que algo é imoral. Para tanto, é importante analisar o que a doutrina ensina sobre este conceito e, especialmente, sobre a leitura que o Supremo Tribunal Federal já fez sobre o que se pode ter como moralidade.

Posteriormente, com base nessa premissa segunda, há de ser – e aqui é o ponto principal do trabalho – analisada a abrangência da moralidade no sistema jurídico brasileiro. Em outras palavras, tendo o conceito de moralidade, há de ser verificado o que a legislação, especialmente a Constituição Federal, reputa como relevante nesse aspecto para fins de controle de constitucionalidade do produto advindo do Estado-legislador, destacando, neste momento, a forma de interpretação que leve à unicidade do texto constitucional.

Deste modo, fixadas as três premissas, chega-se à necessidade de serem aplicadas as duas últimas (conceito de moralidade e sua inteligência no sistema jurídico brasileiro) como parâmetro e limite da primeira (legitimidade do Poder Legislativo), sugerindo o modo pelo qual isso pode ser feito. Para tanto, é importante ressaltar como o Poder Judiciário pode fazer o controle da essência da legislação com base apenas na moralidade. Aqui é que será importante analisar todos os aspectos do *judicial review* no sistema jurídico brasileiro, notadamente quanto à sua legitimidade para intervenção e declaração de inconstitucionalidade das normas.

Assim, com base na linha de raciocínio proposta é que será indicada a possibilidade, ou não, de ser feito o controle da legislação tendo como base a moralidade, concluindo pela exposição da opinião condizente ou não com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal outrora.

Quanto à metodologia, será utilizada o método explicativo. Por este será feito não apenas a observação e registro das questões importantes ao trabalho, mas igualmente serão analisados e correlacionados os fatos para que se possam

identificar os fenômenos preponderantes da sociedade quanto à moralidade e ao controle judicial das normas utilizando o já citado princípio como parâmetro. Justamente por esta necessidade de observação e análise inicial é importante a apreciação dos principais doutrinadores acerca dos conceitos básicos de democracia, separação dos poderes, moralidade e possibilidade de controle jurisdicional. Dentre os autores que serão analisados neste estudo devem ser mencionados aqui Alexander Hamilton, Aristóteles, Carlos Ayres Britto, Clèmerson Merlin Clève, Dworkin, Ferdinand Lassalle, Gustavo Zafrebelsky, Hans Kelsen, Herbert L.A. Hart, Inocêncio Coelho, J. J. Gomes Canotilho, James Madison, Jay John, Jean-Jacques Rosseau, Jorge Miranda, José Afonso da Silva, Juergen Haberman, Konmrad Hesse, Konrad Hesse, Luc J. Wintgens, Luigi Ferrajoli, Luís Roberto Barroso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Marcelo Figueiredo, Michael Sandel, Montesquieu, Nicolal Maquiavel, Noberto Bobbio, Paulo Bonavides, Perter Häberle e Robert Alexy.

A escolha da doutrina buscou abranger de melhor forma os temas envolvidos, conforme será perceptível em cada tópico.

CAPÍTULO 1 LEGITIMIDADE DO LEGISLATIVO – DEVIDO PROCESSO LEGALISLATIVO COMO CONCRETIZAÇÃO DA REPRESENTATIVIDADE

O poder de legislar é missão precípua do Parlamento que, até mesmo etimologicamente, fala em nome do povo.

Todavia, a complexidade da organização social levou a que o Executivo – colegislador pela iniciativa privada de certas leis e pela prática da sanção o do veto – alcançasse participação na criação do direito positivo²⁷.

O exame da submissão da legislação ao controle de constitucionalidade tendo como parâmetro a moralidade passa, primeiramente, pela própria conceitualização do que é Estado-legislador, ressaltando, por oportuno, a sua extensão. Isto também se mostra relevante para que se confirme a própria legitimidade daqueles que são indicados como legisladores. Aliás, a ideia de limitação do Poder Legislativo é interessante para que igualmente se justifique a legitimidade do controle externo. Ninguém pode tudo. Deste modo, neste capítulo são tratados os assuntos que abordam a (i) abrangência do conceito de Estado-legislador; (ii) o processo legislativo na democracia, com especial enfoque para a importância deste regime para o processo de formação das leis; (iii) o devido processo legislativo no século XXI, com a alteração da ideia de soberania do parlamento para a prevalência da Constituição, assegurando os direitos de todos, notadamente os direitos fundamentais e individuais, demonstrando que democracia não se restringe ao voto e a inexistência da soberania dos poderes individualmente identificados; (iv) para

finalizar propondo a análise pelo viés do princípio do devido processo legal substantivo.

Não obstante, é necessário iniciar com aparte acerca da separação dos poderes²⁸ e a competência de cada um deles na organização e manutenção do Estado. A separação dos poderes, como é possível verificar do quanto será abaixo esclarecido, funciona como um vetor de manutenção das liberdades individuais dos cidadãos ao limitar os poderes individualmente reconhecidos, ao mesmo passo em que um poder exerce o controle, ainda que limitado, do outro.

Destarte, há de se ressaltado que a mais remota ideia de separação dos poderes tem base na obra “A Política”. ARISTÓTELES relata a necessidade e a importância da separação em diversas passagens, mas há capítulo especial, nomeado “Dos três poderes existentes em todo Governo”²⁹. A divisão de poderes é muito clara: o primeiro cuida dos negócios do estado, o segundo são os poderes constituídos (necessários para que o Estado possa agir) e o terceiro é o poder da jurisdição³⁰. Aloca, nesse sentir, como uma das aptidões do “Poder Deliberativo” a de “fazer as leis e suprimi-las”, indicando que esta atividade seria da competência de todos os cidadãos, ou dos seus representantes³¹. Claro que, apesar da existência da divisão dos poderes, a ideia de independência, ou mesmo interdependência, se

²⁷ TÁCIO, Caio. *Constituições Brasileira*, Volume VII, 1988. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 34.

²⁸ A questão da separação dos poderes é, há muito tempo, importante, conforme será visto. Aliás, Ruy Barbosa bem elucida:

“A divisão do poder publico nos tres ramos legislativo, executivo e judiciário sem a qual não pode estar segura a liberdade e antes corre os maiores perigos – bem como a faculdade de emendar e de reformar a Constituição adoptada entram como elemento fundamental em toda a organização politica tendente a estabelecer um governo liberal e democratico – são garantias supremas cuja ausencia fraudaria o regimen estatuído. E pois devem considerar-se como clausulas indeclináveis das constituições estaduais”.

BARBOSA, Ruy. Constituição Brasileira. Principios fundametaes. In: *Direito Constitucional: Teoria Geral da Constituição*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 734.

²⁹ ARISTÓTELES. *A Política*. 1.ed. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 113.

³⁰ “O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado.

O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las.

O terceiro abrange os cargos de jurisdição”.

Ibidem.

³¹ Idem.

mostrava ausente, da mesma forma que a limitação do conceito de “cidadão” para fins de participação na decisão dos rumos da sociedade, afetando diretamente a própria legitimidade do legislador.

Esta última advertência – no que se refere ao conceito limitado de cidadão – é relevante porque ARISTÓTELES entende que haverá democracia quando todos fizerem parte da deliberação, quando “o povo ostenta a igualdade em tudo”, ainda que participem das deliberações de diversas maneiras³². Mas a grande questão é saber o que é esse “povo” e, ao ser analisado o trabalho do filósofo, nota-se que, apesar de ser na democracia o momento no qual há a maior abrangência do conceito, são excluídas diversas pessoas do termo “cidadão”, tais como os estrangeiros, os escravos, as crianças, os idosos e, também, as mulheres³³. É algo inaceitável nos dias de hoje. O que se quer dizer com isso é que a separação dos poderes se mostrava limitada pela ausência da própria legitimidade dos poderes, porquanto não representavam devidamente todo o povo, ou mesmo não asseguravam os direitos da totalidade dos que deveriam ser sujeitos de direitos (e não apenas e tão somente ao conceito restritivo de cidadão). Ainda que não tivesse direito a voto, dentre de uma razoabilidade (tal como previsto na Constituição de 1988³⁴), não ser considerado “cidadão” é algo muito grave.

Prosseguindo, todavia sem pretender fazer comparações, especialmente pelo risco de não serem levados os fatos e momentos históricos existentes, servindo apenas como forma de demonstrar certa evolução na concepção de separação de poderes, Nicolau MAQUIAVEL desenvolveu a sua ideia no século XVI. Claro que outros diversos pensadores entre ARISTÓTELES e MAQUIAVEL bem analisaram a questão, mas este trabalho não pretende fazer um estudo amplamente descritivo, mas, por outro lado, busca focar nos pontos relevantes e, por isto, pede-se licença para fazer o salto entre os anos.

³² ARISTÓTELES. *A Política*. 1.ed. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 114.

³³ *Ibidem*, p. 35-36.

³⁴ O artigo 14, §§1º e 2º, afasta o direito a voto dos menores de 16 anos e os estrangeiros, bem como os conscritos durante o período do serviço militar.

Assim seguindo, MAQUIAVEL, ainda de forma primitiva e rudimentar, introduziu a separação de poderes como uma forma de legitimidade do príncipe tendo como base o controle externo necessário. Este controle *externa corporis* funcionaria como freio e, igualmente, serviria como forma de defesa do próprio príncipe, porquanto poderia ser utilizado como argumento para o não atendimento de interesses de uma ou outra classe. É exemplo a situação da França³⁵.

Já no século XVIII³⁶, MONTESQUIEU expôs, com mais concretude e similaridade com a atual concepção, a teoria da repartição dos poderes no seu livro “O Espírito das Leis”. Este pensador deixou clara a existência dos “três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil”. O primeiro é o responsável pela criação e extinção das leis, o segundo funciona como forma de administrar e, por fim, o último é responsável pelo julgamento de crimes e relações entre particulares. É merecedor de nota a importância da divisão indicada como uma forma de garantir, como antecipado, a segurança e a liberdade dos indivíduos entre si, servindo também para garantir o controle e autonomia dos demais poderes. Em outras palavras, a liberdade somente existe numa situação em que os poderes

³⁵ “Em nossa época, entre os reinos bem organizados e governados, deve-se citar o de França. Há nele muitas boas instituições, das quais dependem a liberdade e a segurança do rei. A primeira é o Parlamento e a autoridade que este possui, pois o homem que organizou aquele reino, conhecendo, de um lado, a ambição e a insolência dos grandes, e considerando necessário pôr-lhes um freio, para corrigi-los, e, de outro lado, sabendo do ódio que o povo nutre contra os poderosos, provocado pelo medo, e querendo protegê-los, não deixou que permanecesse essa tarefa sob a responsabilidade do rei, para eximi-lo da acusação dos grandes quando favorecesse o povo, e da acusação do povo quando favorecesse os grandes. Desse modo, instituiu um terceiro juízo que fosse aquele que, apartado da responsabilidade do rei, rebaixasse os grandes e beneficiasse os menores. Essa organização não haveria de ser melhor nem mais prudente, nem se poderá negar ser ela a melhor causa de segurança do rei e do reino.”

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. In: *Os Pensadores* (Maquiavel). São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 116.

³⁶ Um pouco antes, no final do século XVII, John Locke teve muita influência. Não por outro motivo que o “pensamento jurídico universal se abriu definitivamente para a compreensão de que não há liberdades políticas, nem governos moderados, nem respeito aos direitos naturais da pessoa humana, se as funções básicas do Estado não estão distribuídas entre diferentes órgãos públicos, a cada um deles correspondendo uma daquelas funções”.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição Brasileira. In: *Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 40.

tenham independência³⁷. Decorrente desta ideia, BARROSO coloca que um poder servirá, portanto, de controle do outro, “de modo a proteger os indivíduo contra o abuso potencial de um poder absoluto”, sendo vedada a existência, de tal modo, de “instâncias hegemônicas”³⁸.

Justamente por isto que essa questão da separação dos poderes é ligada à liberdade dos indivíduos, sendo comprovada e tida como importante também nos momentos históricos seguintes. Aliás, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão afirma a ínfima ligação entre a ideia de repartição dos poderes e a própria existência de constituição, estando assente, em seu art. 16, que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem constituição”³⁹ e ⁴⁰. Só haveria constituição, nesse sentir, quando houvesse separação dos poderes.

FERRAJOLI igualmente leciona que a ideia da separação dos poderes e direitos fundamentais são princípios que devem ser respeitados por todos no Estado de Direito, especialmente pelo Legislativo⁴¹.

³⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166-179.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 208.

³⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 10 setembro 2018.

⁴⁰ “O Estado só é Estado racionalmente constituído, para os doutrinários e políticos do constitucionalismo liberal, desde que os indivíduos usufruam de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos. Ou, relendo art. 16.º da Declaração de 1789, ‘Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição’”.

MIRANDA, Jorge. *Constituição e Democracia*. In: *A Constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições*. Organizador Marcos Vinivius Furtado Coelho. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p.309.

⁴¹ “En este significado más restringido, que es el predominante en el uso italiano, son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales”.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 13-14.

Ademais, a inexistência de instâncias hegemônicas, citadas por BARROSO, guarda íntima relação com a doutrina dos Federalistas. Nesta obra fica clara a crítica à possibilidade de uma divisão total de competências, mas essa ideia é justamente o que se justifica e confere margem à existência do *checks and balances*⁴², instituto nitidamente necessário em um Estado Constitucional como uma das formas de limitação do poder⁴³.

Ora, a inexistência de separação total dos poderes é o que confere a possibilidade de um poder controlar o outro, claro que com sutileza, com a única finalidade de impedir a existência de um poder hegemônico, o que levaria ao ferimento de liberdades, colocando por terra toda a proteção que a criação da divisão dos poderes pretende assegurar.

Justamente com base nesse rápido pressuposto histórico de formação e organização do Estado Democrático que há, na Constituição Federal do Brasil de 1988, a repartição dos poderes⁴⁴. Ela está expressa no Título IV da Constituição, sendo dividida em quatro Capítulos. Os três primeiros definem a conhecida separação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O último capítulo, ao final, define as funções essenciais à Justiça (Ministério Público, Advocacia Pública, Advocacia e Defensoria Pública). Interessa, deste modo, analisar não apenas o

⁴² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Hitomar Martins Oliveira, Belo Horizonte. Ed. Líder, 2003. p. 298-322.

⁴³ “Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que não de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (*checks and balances*). Por fim, há as limitações processuais: os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade). Na maior parte dos Estados ocidentais instituíram-se, ainda, mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 29-30.

⁴⁴ Conforme leciona Paulo Bonavides, desde a Constituição Republicana de 1891, passando pela de 1934, 1964 e 1967, até chegar na de 1988, há clara simetria nas estipulações das formas de organização dos poderes.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 154-155.

primeiro poder indicado, notadamente porque os demais poderes possuem competência legislar, ainda que limitada. Esse ponto da capacidade legislativa é interessante haja vista a existência não apenas da possibilidade de controle, mas de competência concorrential para o exercício de alguns poderes.

Portanto, ressaltando-se o quanto já dito alhures, conclui-se que é muito importante ter a ideia de que a separação de poderes tem como sua própria justificativa dois vetores. Primeiramente, é uma forma de limitar o poder⁴⁵. É a forma de garantir os direitos individuais dos cidadãos. Em segundo lugar, e sendo a justificativa e o modo de limitação, um poder tem a capacidade de controlar o exercício abusivo do outro. Por isto que não se pode ter a coincidência de pessoas (ou pessoa) no exercício de poderes distintos.

Deve-se, a todo custo, repelir o poder absoluto, pois “não há maior poder de atração que a atração do poder”⁴⁶. E é justamente por isto que se mostra relevante demonstrar, no tópico subsequente, que o legislativo não é apenas o Poder Legislativo, sendo que, ao serem dividir as competências, igualmente é dividido o poder, afastando a capacidade de, eventualmente, ser exercício de forma arbitrária. Porém, na sequência, é, no ditado popular, via de mão dupla, porquanto, do outro

⁴⁵ Em artigo originalmente publicado na Revista de Direito Público do segundo semestre de 1980, Carlos Ayres Britto introduziu o assunto tratado fazendo um breve aparte acerca da separação dos poderes, o que sintetiza o quanto já dito até agora e, mais ainda, confirma. É de se ver:

“1.3 Essa cristalização de idéias e ideais decorre da comprovação histórica de que a divisão equilibrada dos Poderes estatais é a primeira e mais efetiva garantia de respeito aos direitos imprescritíveis, inalienáveis e impostergáveis da pessoa humana; pois que, sem ela, não haveria desconcentração da autoridade, respeito dos governantes à ordem legal preconstituída, nem, muito menos, vivência das camadas liberdades políticas.

1.4 Não convém, dizia o filósofo inglês John Locke, que o poder legislativo e o poder executivo se concentrem em um mesmo órgão, porque ‘seria provocar uma tentação muito forte para a fragilidade humana, sujeita à ambição’ (‘Direito Constitucional’, vol. I, p. 234, Forense, do emérito publicista português Marcelo Caetano). E Montesquieu, pensador francês que melhor sintetizou a teoria da separação, provavelmente convencido, como nós outros, de que não há maior poder de atração que a atração do poder, acrescentava que as atribuições do Estado deveriam ser rateadas entre seus três Poderes Orgânicos, de maneira que nenhum deles pudesse usurpar as funções dos outros e cada qual tivesse força suficiente para conter os demais nos rigorosos limites da própria esfera de ação. É a chamada contenção do poder pelo poder, que a doutrina norte-americana nominou de ‘freios e contrapesos’ (‘checks and balances’).”

BRITTO. Carlos Ayres. A Supremacia do Poder Executivo da União na Partilha Constitucional de Competências. In: *Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 448.

lado, a divisão de poderes também serve como autonomia do próprio poder. Portanto, além de garantir os direitos individuais e limitar o poder, serve como forma de sua própria autonomia.

1.1 Legislativo transcendente ao Poder Legislativo

Seguindo o raciocínio, notadamente na análise da situação brasileira, é interessante dar atenção à questão relativa às competências concorrentes para se legislar. Isso porque, apesar da atividade de criação da legislação ser de incumbência precípua do Poder Legislativo, este também exerce as funções de julgador (conforme artigo 52, incisos I e II⁴⁷, o Senado Federal tem competência para “processar e julgar” diversas autoridades quando do cometimento de crimes específicos) e de administrador (atua dentro de sua competência administrativa para o regular funcionamento das atividades fim). Da mesma forma, os outros dois Poderes desempenham a atividade de legislar. O Poder Executivo tem a competência de, além de participar ativamente do processo legislativo conforme disciplina do artigo 84, III, IV e V⁴⁸, “dispor, mediante decreto, sobre:” e “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;”

BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

⁴⁸ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;”

BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

Nacional”, nos termos, respectivamente, dos incisos VI e VIII do mesmo artigo. Porém, com muito mais importância o Poder Executivo exerce a sua atividade legislativa na essência quando, já no inciso XXVI, “editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62”⁴⁹.

O Poder Judiciário, da mesma forma, não se esquivava da regra posta ao Executivo de também ter, dentre as suas competências, a de legislar e de administrar. Além de igualmente participar do processo legislativo – possui capacidade originária para propor o texto da Lei Complementar que dispõe sobre o Estatuto da Magistratura⁵⁰ –, tem o poder de “*elaborar seus regimentos internos*”⁵¹. Como já antecipado, esta configuração na organização do Estado funciona para que não exista nenhum poder hegemônico, assegurando, deste modo, as liberdades dos indivíduos quando confere a um poder a possibilidade de limitar o exercício do outro.

Ademais, todos igualmente participam do processo de formação das legislações, seja na fase de proposição, seja na fase de debates e votação, seja na parte de sanção e promulgação ou, até mesmo, quando realizam o controle de constitucionalidade repressivo ou preventivo⁵².

Interessante notar que a possibilidade de a legislação ser produzida por mais de um poder, não apenas o Poder Legislativo, também se presta para garantir que não exista poder hegemônico, que é o que pretende a separação dos poderes para

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:” (Ibidem).

⁵¹ “Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;” (Ibidem).

⁵² Parte da doutrina entende que não se trata de controle preventivo de constitucionalidade, mas sim “controle judicial repressivo, mediante mandado de segurança. A norma constitucional que veda a apresentação da emenda impede o andamento do processo legislativo. Há inconstitucionalidade muito antes de se chegar à deliberação: o processo é, por si, inconstitucional. Existe distinção entre afirmar violação de norma constitucional que impede o andamento de processo legislativo e asseverar inconstitucionalidade decorrente de lei que será editada.”

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.1378.

Vale, ainda, ressaltar que o legislativo também controla a constitucionalidade de forma preliminar.

garantia das liberdades individuais. Ou seja, a transcendência da capacidade, da competência, legislativa a todos os três poderes serve não apenas como forma de assegurar as necessidades momentâneas (urgentes) e advindas do crescente intervencionismo do Estado nas relações econômicas e sociais⁵³, mas igualmente se presta como forma de impedir que um poder tenha exclusivamente toda a capacidade de legislar, o que levaria a sua prevalência sobre os demais, ainda que passível de controles externos.

Portanto, uma das formas de se limitar que um poder atue de maneira a se sobrepor aos demais é, também, dividir o poder. E esta afirmativa é comprovada da análise da evolução do constitucionalismo brasileiro.

Sob este aspecto histórico, apenas as constituições de 1934 e 1946 limitaram a delegação de poderes legislativos ao Executivo, justamente por causa dos regimes anteriores em que o Poder Legislativo foi anulado. Ou seja, exclusivamente em decorrência de regime de exceção foi que se mostrou necessário, no momento histórico seguinte, realizar uma completa divisão de poderes sem a possibilidade de delegação da capacidade de legislar. Entretanto, é um pêndulo a encontrar o seu equilíbrio. Não por outro motivo que nos demais textos estava presente o instituto, advindo da Constituição de Weimar e consolidado no direito italiano (*decreto-legge*), do Decreto-Lei, que passava pelo controle do Parlamento (ainda que tácito). De toda forma, no âmbito da Carta de 1967 teve o seu excessivo, o que levou a uma certa inquietude da Assembleia⁵⁴, mas mantido nos textos constitucionais subsequentes.

A conservação desse instituto ocorreu tendo em vista que “a realidade política e social não comporta o retorno ao monopólio da função legislativa pelo Congresso, conforme a posição clássica da rígida separação dos poderes”⁵⁵. Justamente por isto que, no atual modelo, surgem, para o que se presta, o instituto da Medida

⁵³ “A partir sobretudo da segunda década do século, quando se acentuou a intervenção do Estado no domínio econômico e social, em dois modelos se exprime a exacerbação da presença do Executivo na criação primária da lei material”.

TÁCIO, Caio. *Constituições Brasileira*, Volume VII, 1988. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 34.

⁵⁴ *Ibidem*. p. 35.

⁵⁵ *Idem*.

Provisória, igualmente passível de controle do Congresso Nacional e do Judiciário. Houve apenas a substituição de um instituto pelo outro.

Logo, a ideia de Estado-legislador transcende a ideia de que apenas o Poder Legislativo tem a competência de legislar, notadamente porque os outros participantes – Judiciário e Executivo – também exercem a atividade de criação de normas, as quais, portanto, devem receber o mesmo tratamento. Todos os poderes também participam da criação. Em outras palavras, todos os atos que visem inovar no ordenamento jurídico, possuindo, destarte, característica de norma, sendo indiferente a origem ou nomenclatura, estão submissos às conclusões que o estudo propõe ao final. Este corte é importante para que se tenha a ideia de que a análise se restringirá à apreciação da aplicabilidade da moralidade às normas, ao controle de constitucionalidade baseado na moralidade quanto ao mérito legislativo, não sendo objeto de estudo os atos administrativos e judicantes dos três poderes.

Mencione-se, finalizando, que não há de ser adentrada na imensa discussão sobre o conceito de lei⁵⁶, tampouco na distinção formal e material, inclusive porque para tanto há estudo aprofundado neste sentido⁵⁷. Mesmo assim, merece destacar-se que não se devem afastar quaisquer análises de constitucionalidade de Emendas Constitucionais. Primeiramente, porque são espécies normativas⁵⁸, ainda que em

⁵⁶ Geraldo Ataliba, em artigo escrito em 1981, portanto, sob a égide de outra Constituição Brasileira, ressaltou, acerca do conceito de lei:

“No nosso direito, a lei não é simplesmente o ato inaugural e primeiro, inovador da ordem jurídica, emanado do Poder Legislativo, órgão vertical do Estado e titular da representação popular por excelência (cf. Oswaldo A. Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, p. 98).

É mais que isso: a lei é, no direito constitucional brasileiro, necessariamente genérica, abstrata e irretroativa. Tal como prevista nos nossos sucessivos Textos Constitucionais, ela é sempre ‘necessária’, como a qualificou Cirne Lima, com isso querendo significar que nenhuma outra manifestação estatal, judiciária ou administrativa lhe pode suprir a ausência, seja nos casos constitucionalmente explícitos, que se requer, seja para criar obrigação, dever, encargo ou ônus para os súditos do estado (Ruy Cirne Lima, *Princípios de direito administrativo*, 4.ª ed., p.37)”.

ATALIBA, Geraldo. Poder Regulamentar do Executivo. In: *Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 461.

⁵⁷ SILVA, José Afonso. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

⁵⁸ “Todas as espécies normativas trazidas pelo art. 59 da Constituição Federal podem ser alvos de declaração de inconstitucionalidade pela via difusa.

(...)

sentido material, uma vez que “é certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade estatal”⁵⁹. Em segundo lugar porque o próprio Supremo Tribunal Federal assim reconheceu, em acórdão da lavra do então Ministro Carlos Ayres Britto, que as “normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas”⁶⁰.

Disso tudo é de se concluir que não apenas o produto advindo do Poder Legislativo deve ser objeto da análise proposta por este trabalho, mas também toda e qualquer legislação, independentemente de origens. Deste modo, se o ato advém de qualquer um dos três poderes, possuindo qualquer forma de inovar, reger ou regulamentar o ordenamento já existente, é passível de controle pela moralidade. Inclusive, aliás, as Emendas à Constituição.

Contudo, antes de passar ao próximo capítulo e analisar o princípio da moralidade, que é vetor e parâmetro de controle, são importantes algumas constatações prévias, notadamente acerca do processo legislativo (na democracia e no século XXI), a evolução da concepção da soberania do Parlamento para a ideia de prevalência da Constituição e, após, finalizar destacando que a democracia não se restringe ao voto, porquanto também não há soberania de nenhum dos poderes individualmente identificados.

As propostas de emenda à Constituição podem ser alvo de controle de constitucionalidade pela via difusa por parte do STF quando tenderem a abolir cláusulas pétreas”.

LEAL, Saul Tourinho. *Controle de Constitucionalidade Moderno*. 2 ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 166.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 757.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 2356 MC. Autor: Confederação Nacional da Indústria. Interessado: Congresso Nacional. Relator para acórdão: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 25, de novembro de 2010. p. 1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623127>>. Acesso em: 13 setembro 2018.

1.2 Processo legislativo na democracia

O ponto primordial que neste momento se pretende demonstrar envolve a constatação de que o processo legislativo é importante, preponderante e essencial à própria democracia. Contudo, para tanto, é importante destacar o que é democracia para saber qual o valor que o processo legislativo tem e desempenha para a sua consolidação.

ZAGREBELSKY finaliza a sua obra “A Crucificação e a Democracia” tratando do questionamento “Pilatos, o democrático?”⁶¹. E responde afirmando que o real democrático, no aspecto crítico, a partir do processo contra Jesus, não é o seu julgador, Pôncio Pilatos, mas sim o próprio réu. Isso porque, ao contrário das atitudes do “povo” (multidão, na verdade), que pedia a crucificação e no que foi atendido por Pilatos, Jesus “em silêncio ‘até o fim’, ele convida ao diálogo e à reflexão; porque fica calado, aguardando ‘até o fim’. Um modelo perene”⁶². Todavia, como bem destaca o autor, não podemos computar com a remota, talvez nula, possibilidade de ressuscitar e, deste modo, “a democracia da possibilidade e da busca, a democracia crítica, deve mobilizar-se contra quem recusa o diálogo, nega a tolerância, busca somente o poder, crê ter sempre razão”. Justamente por isto que não há de ser negada a importância de se manifestar sobre os assuntos postos na atualidade brasileira, até porque “a mansidão, para não parecer imbecilidade, deve ser uma virtude recíproca. Se assim não for, a certa altura, ‘antes do fim’, é preciso quebrar o silêncio e agir para não tolerar mais”⁶³.

E é seguindo esta linha que não se deve furtar ao debate, notadamente quando envolve discussões para a manutenção do texto constitucional em sua integralidade. Trata-se, aqui, de direitos fundamentais e características basilares para a Constituição, tais como a separação dos poderes, democracia e, ao final, aplicação da moralidade aos atos legislativos.

⁶¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *A Crucificação e a Democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 151-152.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Idem*.

A Constituição é democrática, busca a democracia e tem essa como sua essência. Está, em seu preâmbulo⁶⁴, a instituição do “Estado Democrático”. No artigo 1º fica expresso que “[a] República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos” e, na sequência, no parágrafo único elencou-se que “[t]odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Dos dois excertos transcritos algumas observações são necessárias. Primeiramente quanto à imperiosidade de democracia, seguida da afirmação de que o poder emana do povo, que pode exercê-lo diretamente ou por representantes eleitos. O ideal seria que o povo pudesse decidir tudo diretamente, tal como na *Ágora grega*⁶⁵. Entretanto, este procedimento se torna impossível na atual configuração da sociedade. Deste modo, a forma de exercer o poder, via de regra, é por intermédio de representantes, que não são os titulares do poder. O poder é do povo, soberano. Porém, não soberano em tudo, como será visto mais a frente

⁶⁴ Sabe-se que o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o Preâmbulo a Constituição não possui força normativa por não constituir norma central, ou seja, norma que constitui a Constituição. Portanto, o Preâmbulo não criaria direitos ou deveres, e não há inconstitucionalidade por violação a ele (ADI 2.076, rel. Ministro Carlos Velloso, julgado em 15/08/2002, publicado em 08/08/2003). Entretanto, o que se pretende evidenciar, conforme o espírito da Constituição, é que o Preâmbulo reflete a “posição ideológica do constituinte” (expressão utilizada pelo Ministro Carlos Velloso na ADI citada).

Tanto é assim que, assumindo a linha defendida por Saul Tourinho Leal, o preâmbulo da Constituição “merece maior atenção da doutrina brasileira, uma vez que a nova hermenêutica constitucional assume relevo construindo e reconstruindo o sentido da Constituição se valendo cada vez mais dos princípios. O preâmbulo, espécie de cartão de visita, de porta de entrada da Constituição, esboça o ambiente no qual se dera a nossa constituinte e, mais do que isso, marca a transição do modelo constitucional pretérito rumo a um novo horizonte do Estado brasileiro. Para muitos, o preâmbulo não está no campo do direito, mas no da política. Também se diz que ele não tem um caráter jurídico, mas ideológico. Por fim, ainda se fala que não exerce força cogente, ou seja, não seria possível exigir do Estado a sua fiel observância. Essa ideia, contudo, precisa sofrer uma gradual reformulação. É que o preâmbulo da Constituição simplesmente anuncia a essência da qual se reveste vários outros dispositivos constitucionais, de modo que a sua eficácia não pode ser desconsiderada, principalmente se levarmos em consideração que o Supremo Tribunal Federal tem conferido plena aplicabilidade a princípios constitucionais não escritos. Ora, se os princípios constitucionais não escritos têm ganhado plena eficácia em razão da atuação criativa do nosso STF, não há razão para relegar a um patamar inferior algo que está devidamente escrito na nossa Constituição, especialmente se levarmos em consideração que na nossa história constitucional jamais tivemos uma Constituição sem preâmbulo”. LEAL, Saul Tourinho. *Controle de Constitucionalidade Moderno*. 2 ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 60-61.

⁶⁵ Claro que com a participação de todos, sem qualquer tipo de limitação daqueles que decidiriam os

quando tratarmos da democracia como forma de garantia das liberdades individuais, o que se aproxima muito da ideia de separação dos poderes.

Retornando à ideia de democracia representativa, os representantes devem exercer a sua atividade para entender a vontade popular e decidir os rumos da sociedade. Ocorre que, para que se chegue à real vontade popular, os representantes devem seguir os procedimentos elencados nas regras procedimentais. Isto para que se evite qualquer desvirtuamento do processo de tomada de decisão. A vontade popular deve ser entendida como “uma vontade comunitária qualificada pelo interesse público”⁶⁶. Que fique claro, há diferença entre “vontade geral” e “vontade de todos”, sendo esta apenas e tão somente a junção das vontades individuais e aquela primeira, a vontade geral, o que a comunidade entende como melhor opção com base no bem comum, por meio da qual a soberania do povo se manifesta da melhor forma possível⁶⁷. FERREIRA FILHO fala em “espírito cívico”⁶⁸ e MIRANDA em “vontade do povo”⁶⁹, mas há de ser entendido como o mesmo fator com nomenclatura diversa, buscando sempre ser o “critério de ação dos governantes”⁷⁰.

Não obstante essa discussão da abrangência da vontade do povo, o que importa, na democracia brasileira e nos termos da Carta Constitucional de 1988, é a soberania popular. É o povo exercendo o poder, seja diretamente, ou por intermédio de representantes.

rumos das decisões da pólis.

⁶⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p. 46.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ “Em face das lições expostas, só cabe falar de democracia a fim de qualificar a elite que governa. Há democracia quando esta elite é democrática. A elite é democrática sempre que nela predomina o espírito cívico. Sempre que vocacionada para o interesse geral.”

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A revisão da doutrina democrática. In: *Direito Constitucional: Teoria Geral da Constituição*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1124.

⁶⁹ MIRANDA, Jorge. Constituição e Democracia. In: *A Constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições*. Organizador Marcos Vinivius Furtado Coelho. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 314.

⁷⁰ *Ibidem*.

A soberania é tão importante que o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade de norma que pretendeu retroagir para alterar a legislação eleitoral possibilitando que vereadores suplentes fossem alçados ao cargo eletivo após encerrado o pleito eleitoral. Os ministros da corte constitucional utilizaram como fundamento para a decisão de inconstitucionalidade a ofensa ao princípio democrático da soberania popular⁷¹. Em outras palavras, a nova legislação faria com que pessoas fossem indicadas ao posto de representantes do povo, sem que este tivesse escolhido tais pessoas. Não há ofensa maior à soberania do povo do que impor-lhes representantes sem o devido processo constitucional de escolha, no caso, a eleição.

Ao mesmo tempo, andando ao lado da soberania popular e sendo a sua melhor forma de concretização, igualmente se nota que a democracia é o limite para a atividade legislativa. É, assim, porquanto externa a forma de representação do povo, este, mais uma vez, real “proprietário” do poder, que apenas e tão somente delega ao Estado-legislador a competência para legislar nos limites constitucionais: os legisladores podem exercer a atividade nos limites e procedimentos devidamente

⁷¹ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 58/2009. ALTERAÇÃO NA COMPOSIÇÃO DOS LIMITES MÁXIMOS DAS CÂMARAS MUNICIPAIS. INC. IV DO ART. 29 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RETROAÇÃO DE EFEITOS À ELEIÇÃO DE 2008 (ART. 3º, INC. I). POSSE DE NOVOS VEREADORES: IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DO RESULTADO DE PROCESSO ELEITORAL ENCERRADO: INCONSTITUCIONALIDADE. CONTRARIEDADE AO ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. Cabimento de ação direta de inconstitucionalidade para questionar norma de Emenda Constitucional. Precedentes. 2. Norma que determina a retroação dos efeitos de regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais em pleito ocorrido e encerrado: afronta à garantia do exercício da cidadania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14 da Constituição) e a segurança jurídica. 3. Os eleitos foram diplomados pela Justiça Eleitoral até 18.12.2009 e tomaram posse em 2009. Posse de suplentes para legislatura em curso, em relação a eleição finda e acabada, descumpra o princípio democrático da soberania popular. 4. Impossibilidade de compatibilizar a posse do suplente: não eleito pelo sufrágio secreto e universal. Voto: instrumento da democracia construída pelo cidadão; impossibilidade de afronta a essa liberdade de manifestação. 5. A aplicação da regra questionada significaria vereadores com mandatos diferentes: afronta ao processo político juridicamente perfeito. 6. Na Constituição da República não há referência a suplente de vereador. Suplente de Deputado ou de Senador: convocação apenas para substituição definitiva; inviável criação de mandato por aumento da representação. 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 4307. Autor: Procurador-Geral da República. Interessado: Congresso Nacional. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Brasília, 11, de abril de 2013. p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=4597944>>. Acesso em: 13

previstos na Constituição. Pode-se concluir, portanto, que a democracia é a melhor forma de expressão e garantia da vontade do povo, que é detentor do poder. E que este poder pode ser exercício por representantes devidamente escolhidos e nos limites procedimentais.

Sendo a democracia o limite para o exercício do legislador, deve este produzir normas que estejam condizentes com o real proprietário do poder e, também, nos termos da Constituição. Até porque, conforme leciona BOBBIO, “[d]emocracia é definida como um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”⁷². É, por ser “conjunto de regras de procedimento”, uma forma de limitação. Se existem regras, não se pode agir ao arrepio destas. E, desde modo, é uma limitação ao poder. Tudo está intrinsecamente ligado: democracia, soberania popular, poder, direitos individuais e separação dos poderes.

Por outro lado, há quem defenda que a democracia não tem relação direta – ou preocupação – com as limitações do poder do estado. Dentre eles, SOUZA defende que a democracia está ligada à “participação dos cidadãos no processo de tomada das decisões políticas”⁷³. Entretanto, como já destacado alhures, as questões não apenas se confundem, como também se completam e se justificam. A democracia funciona como forma de garantir a participação de todos no processo legislativo, mas este somente será possível e se justificará quando da efetiva separação dos poderes, que é uma das formas de garantir as liberdades individuais por intermédio da limitação do poder.

Quanto à Constituição brasileira de 1988, BRITTO destaca que há um valor principal na Constituição que baliza e garante os demais princípios e valores. É a justificativa material para os demais valores. Há uma relação de inerência entre esse

setembro 2018.

⁷² BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 12.

⁷³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p. 40.

valor primário – princípio basilar – com a própria Constituição. Se retirado, não haverá mais essência na Constituição, o que resultará na sua própria inexistência. Este valor principal é, como já se pode antever, o Princípio da Democracia, que é fundamento da República, sendo a resultante da saída do povo da condição de expectador para a condição de participe das decisões coletivas de caráter imperativo. É, na visão do doutrinador, princípio majoritário. BRITTO ainda defende que o princípio da Democracia tem o condão de, formalmente, conferir legitimidade ao processo de formação de outras normas jurídicas e, materialmente (substancialmente), possibilita a incorporação da positividade da vertente popular⁷⁴.

A democracia, por essas suas duas formas de concreção, acaba por legitimar o Poder. Assim, funciona como movimento ascendente do Poder, atuando, ao mesmo tempo, “a) nas bases do corpo social e das próprias instituições públicas e privadas, para valorizá-las; b) nas cúpulas do poder estatal e até mesmo das instituições privadas, para limitá-las perante as respectivas bases”⁷⁵. A democracia faz com que exista uma tríplice centralidade. Primeiramente a democracia ao centro dos princípios constitucionais, estando estes princípios constitucionais no centro da Constituição e, por fim, esta Constituição no núcleo do sistema jurídico. Tudo isto apenas reafirma o quanto antecipado acerca da inseparável ligação entre os institutos até aqui analisados (separação dos poderes, soberania popular, vontade popular e democracia).

Ponto que será mais detalhado no momento adequado, mas sendo relevante de destaque já agora, é o fato que BRITTO elucida no sentido de que o conflito entre duas normas deve ser analisado conforme aquela que mais tem a capacidade de corroborar os valores basilares da Democracia. Em outras palavras, na interpretação de duas ou mais normas conflitantes, deve ser validada aquela que mais se aproxima do “ser da Constituição (e tal ser é a Democracia)”⁷⁶. Com isso quer-se agora demonstrar que a Democracia é muito importante para a legitimação do

⁷⁴ Ibidem. p. 186.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

controle de constitucionalidade das normas, pois é, ao mesmo tempo, legitimador e parâmetro interpretativo. A democracia é essencial e permeia todas as análises constitucionais propostas.

Ademais, é justamente na linha de limitação do poder que há, na Carta Magna de 1988, a ideia de federação, que nada mais é do que a funcionalidade que a Democracia tem em dividir de forma espacial o poder político. Da mesma forma que é necessária a distribuição territorial do poder, é indispensável a distribuição dele de forma *orgânica*. É o que deve acontecer para que não se exista a ditadura do Poder preponderante. Deve haver harmonia, conforme já indicado acerca da impossibilidade de existir poder hegemônico. A divisão de poder deve ser feita entre pessoas (tripartição) e competências (esferas municipais, estaduais, distritais e federais).

Assim, o povo, que é proprietário da coisa pública e que tem a titularidade, é quem pode escolher, de forma eleitoral, quem será o seu representante, que deverá, obrigatoriamente, exercer o cargo por período limitado e nos termos das regras constitucionais, que envolvem justamente o processo legislativo. Não é demais afirmar, por tudo quando aqui já mencionado e construído, que o desrespeito às normas procedimentais do processo legislativo leva, por ofensa ao princípio democrático, à declaração de inconstitucionalidade.

Ademais, BRITTO também reconhece, corroborando o quanto até aqui proposto, que há uma ligação umbilical entre direitos e garantias individuais e a Democracia, pois aqueles são a concretização deste. A Democracia é, destarte, a defesa e garantia dos direitos individuais pelo fato de que estes estão ligados ao todo, inclusive na sua individualidade, sendo concretização da dignidade da pessoa. LEWANDOWSKI vai na mesma linha e afirma que este conceito ainda permanece vivo nos dias atuais⁷⁷. Por fim, BRITTO explica que o texto constitucional segundo o

⁷⁷ “O conceito que surgiu na Grécia Antiga – onde significa essencialmente a arte de tomar decisões coletivas, depois de discutidas publicamente, como condição necessária para a vida da polis –, passou por múltiplas transformações desde então, sobretudo no concernente à sua colocação em prática.

qual se prevê “o voto direto, secreto, universal e periódico” possui uma imensa importância, uma vez que a Constituição quis deixar cristalina a adjetivação e características do voto: direto, secreto, universal e periódico, uma vez que o direito ao voto em si já está embutido na definição de soberania (art. 1º, I⁷⁸). Da mesma forma é o previsto no inciso IV, §4º, art. 60⁷⁹ (os direitos e garantias individuais), pois estes já são abrigados pela Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III⁸⁰).

Logo, não há de ser negado que democracia e processo legislativo estão intrinsecamente ligados: inexistindo este, não há como ter democracia. Ausente a democracia, não há como se ter um devido processo legislativo e, na sequência, não poderá ser exercido adequadamente o poder, o qual emana do povo e deve ter a sua vontade respeitada pelos seus representantes. Seria a concretização da desordem. Nessa hipótese, o tempo estaria andando para trás, o que não se pode aceitar enquanto jurista e, mais ainda, enquanto cidadão.

Ainda atual um excerto da palestra de CLÈVE no XVII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, publicada na Revista de Direito Constitucional e Internacional do primeiro trimestre de 1997. Diz o professor, lembrando um escrito de Gilberto Amado intitulado “Eleição e Representação”, “que o nosso país, em determinado momento, possuía eleições falseadas e uma representação verdadeira.

Atualmente, em pleno século XXI, a ideia de democracia ainda se encontra de certo modo presa a concepções do século XVIII, que focava na garantia dos direitos individuais e na concepção do poder político. Mesmo aqueles que hoje ousam – mesmo timidamente – ultrapassar os lindes doutrinários estabelecidos há mais de 200 anos, limitam-se, como regra, a sugerir formas alternativas para o exercício da governança.”

LEWANDOWSKI, Ricardo. A ideia de Democracia no mundo contemporâneo. In: *A Constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições*. Organizador Marcos Vinivius Furtado Coelho. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p.101.

⁷⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;”

⁷⁹ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.”

⁸⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;”

Talvez fosse o caso de dizermos hoje que temos eleições verdadeiras e representação falseada”⁸¹. Quando das comemorações dos 20 anos da Constituição de 1988 BARROSO afirmou o quanto aqui defendido:

O país vive, no vigésimo aniversário da Constituição, um momento delicado, em que a atividade política passa por uma situação de preocupante desprestígio. Uma grave crise no sistema representativo compromete a legitimidade democrática das instituições legislativas. Nesse cenário, não é possível negar a falta de sintonia entre a sociedade civil e os órgãos de representação popular, em decorrência de um modelo político que deixou de servir adequadamente ao país. Por essa razão, tornou-se imprescindível a realização de uma Reforma Política, já de há muito adiada, capaz de fomentar a legitimidade democrática, a governabilidade e as virtudes republicanas.⁸²

Importante, agora, analisar o devido processo legal no século XXI, notadamente no âmbito do constitucionalismo brasileiro, uma vez que, como demonstrado, há íntima ligação com o conceito de democracia por ser a sua forma de concretização. Por derradeiro: o povo é detentor do poder, que o repassa, de forma desmembrada, para exercício por intermédio dos representantes e estes exercem a sua competência, no caso do Estado-legislador, em atenção ao devido processo legislativo.

⁸¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Poder Legislativo no Brasil Contemporâneo. In: *Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 167.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da constituição Brasileira de 1988: O Estado a que chegamos. In: *A CONSTITUIÇÃO de 1988 na visão dos ministros do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013. p. 53.

1.3 Devido processo legislativo no século XXI

Conforme leciona SILVA⁸³, a formação histórica do Poder Legislativo e, portanto, do processo legislativo, tem origem no sistema português, notadamente em decorrência da narrativa do processo de colonização. No Brasil-Colônia existiam as Câmaras Municipais, com características aristocráticas, compostas por juízes pedâneos, presidentes natos e vereadores eleitos (por homens bons da terra). Além das atividades de edição das normas, estas ainda sujeitas de controle dos “provedores”, possuíam competência jurisdicional para apreciar causas de injúrias. Também existiam as Juntas-Gerais, “convocadas em casos graves, nas quais se deliberava à pluralidade de votos da Nobreza, da Milícia e do Clero”⁸⁴. Com a declaração da Independência, o regime constitucional brasileiro passou a vigorar com a fixação da separação dos poderes em quatro (Legislativo, Executivo, Moderador e Judicial), conforme regia o artigo 10 da Constituição de 1824⁸⁵. No que se referiria ao Poder Legislativo, era bicameral, com a delegação à Assembleia Geral com a sanção do Imperador⁸⁶.

Cabia à Assembleia Geral, com base no texto constitucional então vigente, dentre outras competências, “*Fazer Leis interpretal-as, suspendel-as, e revogal-as*” (art. 15, VIII). Após a distribuição das competências entre a “Camara dos Deputados” e do “Senado”, respectivamente os capítulos II e III do Título 4º, estava estipulado, no capítulo IV, a forma de proposição, discussão, sanção e promulgação das leis. Com a República, Constituição de 1891, o processo legislativo evolui ainda mais, se aproximando ao que temos atualmente. Além de ser mantido o bicameralismo e de ter o chefe do Poder Executivo o poder de sanção e de veto, o Congresso Nacional

⁸³ SILVA, José Afonso. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 68-72.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ “Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.”

⁸⁶ “Art. 13. O Poder Legislativo é delegado á Assembléa Geral com a Sancção do Imperador.

Art. 14. A Assembléa Geral compõe-se de duas Camaras: Camara de Deputados, e Camara de Senadores, ou Senado.”

poderia manter o texto aprovado com o aceite do quórum qualificado. SILVA bem resume os momentos históricos que se sucederam:

Os mesmos princípios perduraram na Reforma de 1926, dando-se contornos mais preciosos ao instituto do veto. Mas a Revolução de 1930 trouxe alterações profundas, inicialmente. Instituiu-se um Governo Provisório, a que coube exercer discricionariamente em toda sua plenitude as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita, a Assembleia Constituinte, estabelecesse a reorganização constitucional do País – o que só ocorreu em 1934. Até então a função legislativa se fez por decretos-leis promulgados pelo Presidente da República⁸⁷.

Com a Constituição de 1934, o bicameralismo foi alterado, apesar de mantidas as duas casas, uma vez que o Senado passou a ser mero colaborador⁸⁸. Em 1937 foi criado o Parlamento Nacional, que estava incumbido de exercer o Poder Legislativo por intermédio das duas Câmaras: dos Deputados e o Conselheiro Federal⁸⁹. Ocorre que foi também criado o Conselho da Economia Nacional, o qual passou, ao lado do Presidente, a ter diversos poderes, notadamente legislativos⁹⁰. Após este período de turbulência, houve a redemocratização:

⁸⁷ SILVA, José Afonso. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 70.

⁸⁸ O artigo 22 da Constituição de 1934 é expresso ao prever:
“Art 22 - O Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal.”

⁸⁹ “Art 38 - O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição.

§ 1º - O Parlamento nacional compõe-se de duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal.”

⁹⁰ “podia expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da Administração

Redemocratizado o País, a Constituinte dotou-se da Constituição de 1946, que foi um documento de compromissos. Voltou-se, no que tange às instituições legislativas, aos princípios de 1891, 1926 e 1934: em representação classista; Congresso Nacional bicameral; Câmara dos Deputados, composta de representantes do povo, eleitos por sufrágio direto, secreto e universal; abandonou-se o princípio da representação majoritária, para acolher o de representação proporcional, já inscrito também na Carta de 1934, o que tem influência na feitura das leis, pela interferência de correntes ideológicas minoritárias⁹¹.

Na sequência, apesar de ter durado pouco tempo, a Constituição de 1967, reincorporando as boas evoluções pré-constituição de 1937, conferiu uma maior importância ao processo legislativo, destacando uma seção inteira para tanto (Seção V, capítulo VI, composta de 14 artigos).

Decorrendo de toda essa evolução não apenas do constitucionalismo, que será visto com mais detalhamento quando for analisada a soberania do Congresso e da Constituição, mas com muito mais importância do processo legislativo, a Constituição de 1988 passou a cuidar deste tema com especial atenção, agora na Seção VIII, com três subseções (disposição geral, da Emenda à Constituição e das Leis) compondo o Capítulo I (Do Poder Legislativo) do Título IV (Da organização dos Poderes).

Federal, o comando supremo e a organização das Forças Armadas (art. 14), assim como, no recesso do Parlamento ou na dissolução da Câmara dos Deputados, podia, se o exigissem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa, exceto: modificações à Constituição, legislação eleitoral, orçamento, impostos, instituição de monopólios, moeda, empréstimos públicos, alienação e oneração de bens imóveis da União.”

SILVA, José Afonso. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 71

⁹¹ Ibidem.

O artigo 59⁹² cuida da abrangência do processo legislativo, nele estando incluídas as espécies de normas (I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções). Dada a sua importância, as emendas à Constituição são tratadas em subseção própria e, na sequência, as leis em sentido amplo. Acertadamente, SILVA considera que processo legislativo é “o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção, veto) realizados pelos órgãos legislativos visando a formação das leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos”⁹³.

É interessante notar as vertentes acerca do processo legislativo. O conceito acima trazido abrange a questão jurídica. Agora, sob o aspecto sociológico, “podemos defini-lo [o processo legislativo] como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas.”⁹⁴ Sob o mesmo aspecto, sociológico, GONÇALVES afirma que “pode ser definido como um conjunto de fatores políticos e ideológicos que condicionam a elaboração das leis em nosso ordenamento”, retornando à “clássica ideia das fontes de direito e, no caso específico, da fonte material do direito”⁹⁵. É, apesar de um distanciamento da questão jurídica, a convergência para confirmar que o poder é exercido pelo povo por intermédio de seus representantes de acordo com um procedimento para que se tenha a concretização da democracia.

⁹² “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

⁹³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 528.

⁹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9 Ed. São Paulo, Atlas: 2001. p. 509.

⁹⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9 Ed. Salvador: JusPDIUM, 2017. p. 1053.

De mais a mais, ainda há de ser destacada a visão política do processo legislativo, referendando o que foi argumentado no parágrafo anterior. BONAVIDES bem ressalta que há influência externa de grupos de pressão na edição das leis⁹⁶. Não há como negar tal fato. Entretanto, há de ser reconhecido que a existência do devido processo legislativo é uma forma de controlar a interferência externa excessiva. BONAVIDES coloca, sobre a limitação dessa interferência externa, a necessidade de que o “sistema partidário [seja] forte e os partidos [disponham] de uma técnica de controle sobre o procedimento de seus parlamentares”⁹⁷. Sob este aspecto, por conseguinte, o processo legislativo, além de justificar a democracia nos termos que foi demonstrado no tópico anterior, funciona, na prática, como limitação a interferências externas à atividade legislativa. É a forma de concretização, deste modo, da real vontade popular.

Em escrito⁹⁸ originalmente publicado no início dos anos de 1970, TELLES JÚNIOR principia afirmando que o Brasil precisa de uma democracia de verdade. Que democracia é “o regime político que procura assegurar a permanente penetração da vontade dos governados nas decisões legislativas dos governantes”⁹⁹. É de uma clareza sem dúvida. A atividade legislativa, destaca, é a mais importante “de todas as funções do Poder Público, a que requer mais gravidade e equilíbrio, mais argúcia e sabedoria”¹⁰⁰.

Portanto, não há dúvidas quanto à importância da democracia para a Constituição brasileira de 1988, sendo um dos principais vetores de legitimação,

⁹⁶ “Quanto ao poder legislativo, os métodos de pressão se exercem sobre ele talvez com mais facilidade, sobretudo nas comissões parlamentares. Com efeito são as comissões órgãos por excelência que têm merecido a preferência dos grupos. Ali podem eles concentrar todo o peso de sua influência sobre deputados em número bastante reduzido, pois as comissões sempre são pouco numerosas e com a vantagem que a função daqueles deputados constitui a chave do processo legislativo. a sorte das leis, onde o parlamento ainda legisla, se decide menos no plenário do que nas comissões técnicas de cada câmara”.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 468.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ TELLES JÚNIOR, Goffredo. Um Poder Legislativo Autêntico. In: *Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 223.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Idem*. p. 232.

tendo origem na própria soberania popular, a qual será somente devidamente respeitada nos limites do próprio processo legislativo. Deste modo, há uma imensa ligação entre democracia e processo legislativo. Essa ligação se torna ainda mais importante quando é verificada a evolução que elevou a Constituição a centralidade do ordenamento jurídico, conforme será demonstrado nos tópicos subsequentes.

1.3.1 Soberania do Congresso

Indicada a importância do processo legislativo, bem como constatado que o Estado-legislador é muito mais do que o conceito de “Poder Legislativo”, há de ser tratado, neste momento, de algumas questões que envolvem a soberania do Congresso. A doutrina fala em “Soberania do Parlamento”, até por decorrência de uma questão histórica do surgimento deste poder no modelo francês. Entretanto, no Brasil, notadamente na Constituição Federal de 1988, que deve ser o parâmetro adotado, há “Congresso Nacional” e, por isso, indica-se “Soberania do Congresso” neste tópico, o qual é importante para demonstrar a evolução do constitucionalismo. É, nesse sentido, substrato necessário para que se faça a análise acerca do limite dos poderes dos legisladores. E, no próximo tópico, tratar-se-á da soberania do texto Constitucional.

Em suma, a evolução para o constitucionalismo passa primeiro pelo Estado pré-moderno, na sequência, pelo estado legislativo de direito e, ao final, chega ao constitucionalismo. Introduzindo o assunto, BARROSO indica que é “possível identificar, assim, ao longo dos últimos quinhentos anos, três modelos institucionais diversos: o Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito”¹⁰¹. O Estado pré-moderno se caracterizava pela ausência de legislação, é anterior à “consagração da legalidade”¹⁰², onde, em suma, a criação

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. p. 277.

¹⁰² *Ibidem*.

do direito tinha origem na vontade de poucos e com o objetivo de apenas e tão somente atender os interesses individuais dos tiranos, igreja, corporações, etc.

Neste aspecto, a análise que pretende demonstrar a evolução do Estado pré-moderno ao Estado Legislativo de direito permeia a verificação histórica da evolução social. Justamente por isto que abaixo são feitas algumas considerações sobre momentos históricos importantes para toda a sociedade ocidental. Isto porque são episódios que levaram à retirada dos poderes das mãos de tiranos para que se passasse a ter um mínimo de procedimento na elaboração das normas, assegurando, neste aspecto, direitos mínimos da população. De forma genérica, é a criação da repartição de poderes colocando os Parlamentos (aqui adotando-se a nomenclatura geral) como importantes e soberanos na garantia de direitos.

Mesmo não sendo questões que envolvem a análise proposta neste trabalho, é interessante notar que as revoluções que permitiram o enriquecimento de direitos individuais e coletivos tiveram como estopim questões fiscais. Tanto é assim que a importante Revolta dos Barões Ingleses (1215), que deu origem à Magna Carta (ou, no original, *Great Charter*), tem como fator preponderante a cobrança de tributos. Não por outro motivo que este texto estabeleceu limitações à tributação, notadamente que o Rei não poderia criar tributação sem o “*consentimento comum do reino*”. Destaque-se, ainda, que este consentimento seria dado com base em uma assembleia de barões. A origem dessa revolta se manifestou pela imposição autoritária do Rei, que tomava ações sem consultar os barões e a nobreza¹⁰³. É, sem sombra de dúvidas, o início da afirmação do Estado de Direito, afastando a imposição e a vontade por um tirano. Ainda na Inglaterra, a Revolução Gloriosa (1688), que acarretou na Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) de 1689, não foge do quanto antecipado, tendo igualmente pretendendo restringir os poderes autoritários, limitando a possibilidade de arbitrariedades do monarca. Acabou por incrementar o poder do Parlamento, notadamente quanto à necessidade de submeter a este a

¹⁰³ BURKE, Peter; PALLARES-BURKE, Maria Lúcia Garcia. *Os Ingleses*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 346-347.

criação de tributos. Era uma das principais exigências da burguesia. Foi aqui que se conferiu grande importância à propriedade particular¹⁰⁴.

Mais adiante, agora na América do Norte, a revolta dos colonos contra as absurdas taxas impostas pela Coroa Inglesa foi um dos pontos de incremento que levou à Revolução Americana de 1776. Apesar de se assumir que houve diferentes consequências para as colônias do Norte e do Sul, é inegável que o fator econômico foi preponderante e atingiu a todas, podendo ser considerado, além de outras questões, o estopim revolucionário. Sob o enfoque fiscal, destacou-se o *Molasses Act* (1733), pelo qual o Parlamento britânico aprovava a incidência de tributos quando da comercialização de produtos entre a Nova Inglaterra e demais colônias não britânicas. Apesar de ter sido veementemente desrespeitado, deu origem ao *Sugar Act* (1764), este criado com o mesmo escopo, porém, com o objetivo preponderante de tornar a tributação efetiva, inclusive com a apreensão de navios que desrespeitassem a nova legislação. Mais adiante, em 1773, houve o *Tea Act* e, em 1774, se destacou o aumento pelo dobro (de 2,5% para 5%) na tributação sobre a exportação de mercadorias do velho continente embarcadas da Grã-Bretanha com destino às colônias. E, também, o *Stamp Act* (1765), uma taxa sobre a impressão de jornais, documentos legais e outros¹⁰⁵. Igualmente há de ser lembrada a obrigatoriedade criada aos colonos de manterem (ao custo de, aproximadamente, 360 mil libras por ano, mais subsídios *in natura*) os dez mil soldados britânicos enviados à América do Norte para servirem como proteção aos índios rebeldes do Oeste.

Além das já citadas, e sendo considerada a Revolução mais importante para fins de limitações ao poder do Estado e definições de direitos sociais, a Francesa (1789) não foi o ponto fora da curva das que lhe precederam. Isso porque a tributação excessiva e restrita apenas à uma parcela da sociedade foi o fator preponderante para a sua ocorrência. Relembre-se que a tributação recaía apenas

¹⁰⁴ MARQUES, Adhemar Martins; BERUTTI, Flávio; FARIA, Ricardo. *História Contemporânea através de textos*. 12 ed. São Paulo: Contexto, 2012. p. 13-14.

¹⁰⁵ NEVINS, Allan; COMMAGER, Henry Steele. *Breve História dos Estados Unidos*. Tradução de Luiz

àqueles conhecidos como Terceiro Estado, que não eram agraciados com uma das exceções e benesses comumente concedidas ao clero e à nobreza. Tanto é assim que há o ditado “O clero serve ao Rei com a prece, a nobreza com a espada, e o Terceiro Estado, com seus bens”. Ocorre que, com o fim do reinado do seu antecessor, que deixara a França em enorme dificuldade econômica, Luís XVI não conseguiu implementar reformas pretendidas, aumentando ainda mais o estado caótico das contas públicas. Uma das tentativas frustradas foi a *Assemblée de Notáveis* (1787), quando membros da nobreza tentaram reformar o sistema fiscal para instituir uma pequena tributação sobre a nobreza e o alto clero. Com grande inquietação dessa parcela da sociedade, o Rei convocou os *Estados Gerais*, sendo que cada um dos três estados (nobreza, clero e Terceiro Estado) indicaria representantes para participação do processo de reforma. Ocorre que, a forma de votação foi muito questionada, pois privilegiaria o acordo entre nobres e clero. Com algumas pressões, inclusive da população, Luís XVI dissolveu os *Estados Gerais* e, por coação de deputados do Terceiro Estado, convocou a Assembleia Nacional. Com o Rei ainda tentando acabar com a já eminente revolução, foi criada uma milícia armada – a Guarda Nacional – para proteger a recém constituída Assembleia das tropas leais ao monarca. Posteriormente, manifestações ocorreram tendo em vista a insatisfação com a crise econômica e, em 14 de julho de 1789, os manifestantes conseguiram invadir a prisão da Bastilha e liberar prisioneiros que lá estavam por serem contrários à nobreza. Este é considerado o início da Revolução Francesa¹⁰⁶.

Já no Brasil, foi criado, no final do ano de 1879, o *imposto do vintém*, para funcionar, a partir de 1880, como taxa de transporte nos bondes na cidade do Rio de Janeiro. Era cobrado objetivamente de cada passageiro, sem possibilidade de alteração por qualquer que fosse a condição de quem deveria pagar. A ideia foi introduzida pelo então Ministro da Fazenda, Afonso Celso – futuro Visconde de Ouro Preto – buscando apenas e tão somente melhora nas contas públicas. Somando-se

Roberto de Godoi Vidal. 17^a ed. Editora Alfa-Omega: São Paulo, 1986. p. 84-91.

¹⁰⁶ FEITOSA, Santana. *Da Revolução Francesa até nossos dias: um olhar histórico*. Curitiba: InterSaber, 2012. p. 25-29.

à nova cobrança, o Decreto nº 7.565, de dezembro 1879, imputou à polícia o auxílio na cobrança e, ainda, que o pagamento seria feito com bilhetes. Insatisfeitos com a cobrança, a população se reuniu desordenadamente em frente da Quinta da Boavista. Com a recusa do então Imperador, D. Pedro II, de recebê-los, tendo em vista a desorganização, os manifestantes se dirigiram diretamente ao centro da cidade. Passaram pela Rua do Ouvidor e pela Rua Uruguaiana, durando até o final da tarde, quando a infantaria do exercício utilizou de *baioneta e tiro* para dispersar. Mortos e feridos. D. Pedro II reprovou a forma com que a manifestação foi tratada e, mais adiante, suspendeu a cobrança do imposto¹⁰⁷.

Ainda no Brasil, há de ser lembrado os primórdios da Inconfidência Mineira, que desaguou na execução de Tiradentes. Os livros de história relatam que a capitania de Minas Gerais tinha assumido patamar de grande relevância, especialmente pela riqueza advinda do ouro transferida para a Metrópole Portuguesa. A parte da Coroa, denominada de *quinto*, tinha de ser paga no valor mínimo de 100 arrobas por ano. A partir de 1751, o pagamento foi se mostrando cada vez mais difícil e, somado a isso, estavam os Impostos de Entradas, calculados sobre o peso do produto, independentemente se seria ferro, ferramentas, roupa, joias, etc. Na mesma linha foi o Imposto de Passagem (cobrado sobre pessoa ou animal que atravessasse o posto de cobrança instalado) e a proibição de instalação de indústria e a importação de máquinas. Com as exações fiscais e limitações impostas, adicionadas à crise econômica instalada por volta de 1780, a arrecadação e transferência da riqueza para a Coroa Portuguesa foi sendo cada vez menor. Entretanto, os governantes e burocratas entendiam que a diminuição decorria apenas dos descaminhos e contrabandos, fazendo surgir, com isso, a derrama. Esta nada mais era do que a cobrança coercitiva dos impostos atrasados, afetando, inclusive, aqueles que não tinham ligação com a atividade mineradora. Em 1788, o visconde de Barbacena chegou à capitania de Minas Gerais com ordens de cobrar 324 arrobas de ouro devidas entre os anos de 1774 a 1785. Nestas circunstâncias, e

¹⁰⁷ CALMON, Pedro. *Segredos e revelações da história do Brasil*, tomo III. Brasília: Senado Federal, Conselho Editoria, 2013. p. 316-320.

inquietação com a truculência, algumas pessoas passaram a planejar, dizendo-se inspirados pelo Iluminismo, a independência. Delações de traidores levaram o Visconde de Barbacena a determinar a suspensão da derrama com receio de dar início à revolução já planejada. Ao mesmo tempo, passou a perseguir os tidos por conspiradores. Único condenado à morte, Tiradentes foi enforcado em 1792¹⁰⁸. Relembre-se que antes, em 1720, já houve descontentamento quanto à taxaço sobre a exploraço do ouro, levando à Revolta de Vila Rica. Ambas, apesar de infrutíferas num primeiro momento, demonstram que o desagrado com a desarrazoada vontade arrecadatória não é recente, sendo necessário a existêcia de alguma forma de limitaço da vontade daquele poder unitário.

Destes momentos históricos surgiram revoluçoes, que ora alteram a forma de organizaço de governo, ora impuseram limites, ou algumas vezes levaram à instituiço de parlamentos e, também, de constituiçoes. Entretanto, a premissa era sempre da preponderância da vontade do parlamento como forma de dividir o poder e tentar, ainda que superficialmente, garantir direitos. Da vontade daqueles escolhidos como contrapeso à vontade do tirano. Estes momentos, não há de se negar que principiados pela Revoluço Francesa¹⁰⁹, tornaram factível o Estado de direito. Passou-se do Estado pré-moderno para o Estado legislativo de direito¹¹⁰.

¹⁰⁸ MESGRAVIS, Laima. História do Brasil colônia. São Paulo: Contexto, 2015. p. 129-136.

¹⁰⁹ “A França, durante a expansão napoleônica, comunicara à Itália os princípios da Revoluço. Eram os princípios de uma sociedade política fundada sobre o contrato social, de uma ordem jurídica apoiada na razão humana, de um Estado que se curvava à liberdade individual. Cunhou-se, portanto, ao norte da Península, batido pelas invasões francesas, o termo *diritto costituzionale*, filho de ideia francesas, criação dileta das ideologias antiabsolutistas”.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 35.

¹¹⁰ “O Estado pré-moderno, anterior à consagraço da legalidade, caracterizava-se pela pluralidade de fontes normativas, pela tradiço romanística de produço jurídica e pela natureza jusnaturalista de sua fundamentaço. Doutrina, e jurisprudência desempenhavam um papel criativo do Direito e, como consequência, também normativo³. O Estado legislativo de direito, por sua vez, assentou-se sobre o monopólio estatal da produço jurídica e sobre o princípio da legalidade. A norma legislada converte-se em fator de unidade e estabilidade do Direito, cuja justificaço passa a ser de natureza positivista. A partir daí, a doutrina irá desempenhar um papel predominantemente descritivo das normas em vigor. E a jurisprudência se torna, antes e acima de tudo, uma função técnica de conhecimento, e não de produço do Direito.”

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construço do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. p. 278.

Tratando da soberania do parlamento, FERRAJOLI¹¹¹ explica que calhou a sua necessidade para a correta formação do Direito, o qual, antes, não era legislativo, seguindo a vontade de diversas instituições e corporação: Impérios, Igreja, Príncipe, feudos, municípios. Era a fórmula *veritas, non auctoritas facit legem*¹¹². Era o Estado pré-moderno. Com o advento das revoluções citadas alhures, passou-se ao “monopólio estatal da produção jurídica se sobre o princípio da legalidade”¹¹³. Já na sequência, como antecipado, há o Estado Constitucional de Direito, com a soberania da Constituição. Essa transformação será melhor adentrada nos três subseqüentes tópicos, momentos nos quais serão demonstradas a impossibilidade de se ter uma soberania do parlamento, especialmente porque democracia não se restringe ao voto, não havendo prevalência total de um poder sobre o outro.

1.3.2 Soberania da Constituição

Agora, já sob a égide de um novo constitucionalismo, onde há a soberania da Constituição, surge importante verificar quais são os limites do Poder Legislativo com base no texto da Carta Magna. Onde surgiu e onde vai a soberania da Constituição é essencial para o trabalho para que se tenha conhecimento de que há limites no exercício dos poderes constitucionais. Além disso, dentro deste tópico, tornam-se importante constatar dois aspectos acerca da Soberania da Constituição. O primeiro quanto ao fato de que a Democracia não se limita unicamente ao voto e o

¹¹¹ “En el Derecho premoderno, de formación de las normas jurídicas, sino jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes – el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones – ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica. El Derecho <común> por tanto estaba, así, asegurado por el desarrollo y la actualización de la vieja tradición romanística, es decir, por las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales cuya validez dependía, obviamente, no ya de la forma de su producción, sino de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos”.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 15.

¹¹² “É a autoridade, não a verdade, que faz a lei”.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. p.278.

segundo quanto ao ponto de que inexistente poder individual, especialmente na federação, quando é necessária a interligação e convivência harmoniosa de todos os Poderes Republicanos e dos demais atores.

Nesse sentido, deve ser mencionado que o advento da força normativa da Constituição, ao lado da expansão da jurisdição constitucional e da reelaboração doutrinária da interpretação constitucional, é a grande transformação que levou o direito constitucional ao atual patamar, especialmente de aplicabilidade autônoma¹¹⁴. Isto é, a Constituição foi adquirindo especial importância com o passar dos tempos, chegando à centralidade do ordenamento jurídico. BRITTO¹¹⁵ tratou do tema em sua obra *Teoria da Constituição*. Menciona que a mudança de paradigma – quando a Constituição passou a ter a máxima capacidade de aplicabilidade por si mesma – tem especial dívida pelas insistentes doutrinas de Konrad Hesse e Robert Alexy. Aliás, e para formalizar essa aplicabilidade, um dos pontos importantes é a consecução de maior segurança para a sua materialidade, o que advém da própria centralidade da Constituição no ordenamento jurídico. A evolução pode ser resumida da seguinte forma: a ausência de princípios nas constituições fez com que estas tivessem pouca eficácia, mas o caráter principiológico levou a uma base de supereficácia, acarretando na caracterização dos princípios como verdadeiras supernormas de Direito Positivo. Há que se reconhecer que a Constituição tem como realizar a sua aplicabilidade de modo autônomo¹¹⁶.

¹¹⁴ “O novo direito constitucional, fruto das transformações narradas neste capítulo, tem sido referido, por diversos autores, pela designação de neoconstitucionalismo. O termo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica. Dentro dessas balizas gerais, existem múltiplas vertentes neoconstitucionalistas. Há quem questione a efetiva novidade dessas ideias, assim como seus postulados teóricos e ideológicos. Mas a verdade é que, independentemente dos rótulos, não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, que já não se assenta apenas em um modelo de regras e de subsunção, nem na tentativa de ocultar o papel criativo de juízes e tribunais. Tão intenso foi o ímpeto das transformações que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções”.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 300-301.

¹¹⁵ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Capítulos 5 e 6.

¹¹⁶ “Todos sabemos que a Constituição, na história dos povos, é fruto de uma elaboração que leva em

Resumidamente, como ressalta BARROSO¹¹⁷, existem três marcos que explicam e consagram a evolução ao constitucionalismo. São eles o histórico, o filosófico e o teórico. Todos convergem para que se chegue, ao final, a um Estado constitucional de direito que possua como “característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida”¹¹⁸. E não apenas isso, é necessário que se note que a Constituição começa a ser o parâmetro de elaboração das leis, de atuação dos poderes e, também, de legitimação do controle de um sobre o outro, o que justifica a intervenção judicial em atos legislativos que descumpram as regras.

O marco histórico da evolução do constitucionalismo, para que se comece a ter a ideia de soberania da Constituição, tem como circunvizinhança o pós-guerra no âmbito europeu¹¹⁹ e, no Brasil, o advento da Carta Constitucional de 1988¹²⁰. O Marco filosófico é o pós-positivismo, que “se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com de desimportância as demandas do Direito por clareza e objetividade, mas não concebe

conta a necessidade de fortalecer a conquista das liberdades individuais frente ao poder do Estado. Nesta direção, as declarações de direitos são o berço da construção política da constitucionalização dos Estados. Elas contêm uma enumeração dos direitos fundamentais, com o propósito de inserir positivamente um sistema de direitos individuais que autoriza o primado do direito nas relações entre o indivíduo e o Estado”.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Tendências do Direito Constitucional Brasileiro. in: *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. Org. Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 160.

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 279.

¹¹⁸ Ibidem. p. 278.

¹¹⁹ “A Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha faz parte das Constituições daqueles Estados nos quais, desde o fim da segunda guerra mundial, um regime autoritário encontrou o seu fim e cedeu à democracia liberal.”

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 7.

¹²⁰ “Deve-se no entanto, reconhecer que a Constituição por ele produzida constitui um texto razoavelmente avançado. É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral.

...

É a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve a ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 91-92.

desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política”¹²¹. Por fim, no campo teórico, são destacáveis, como já antecipado de certa maneira, o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova forma de interpretação das normas constitucionais.

SILVA, ao concluir sua obra sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, afirma que estas “sem distinção, são dotadas, enfim, de uma eficácia superior a todas as demais normas que compõem a ordem jurídica nacional. Trata-se de uma eficácia ab-rogativa das normas inferiores incompatíveis e construtiva da ordem jurídica sucessiva”¹²². Tudo o quanto aqui colocado tem razão de existir para que seja mantida a unidade do texto constitucional, assegurando a identidade e o espírito do texto, pois “*littera enim occidit, spiritus autem vivificat*”¹²³. Deste modo, o texto da carta magna não pode ser caracterizado como amontoado de papel, especialmente porque é suficiente para a resolução de todos os conflitos que surgem das relações sociais. Não se pode negar à Constituição a sua força de norma e centralidade no ordenamento jurídico¹²⁴.

Não apenas a doutrina atesta a força normativa da Constituição, como também o próprio Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, é interessante notar julgamento em que se reconheceu a violação à força normativa da Constituição na hipótese de não aceitar ação rescisória ajuizada com base na alteração do entendimento do julgamento de mérito pela Corte Constitucional. Vale a transcrição de excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes, *in verbis*:

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 282.

¹²² SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 261.

¹²³ Advertência de São Paulo, na Epístola II aos Coríntios, a tradução livre é “a letra mata; o espírito vivifica”.

¹²⁴ “Se recusarmos à Constituição esse caráter deontológico e essa força normativa, reduzindo-a a um simples reflexo dos chamados fatores reais de poder, lhe retiraremos, também, por via de consequência, a dimensão reformadora que indiscutivelmente possui, enquanto elemento de transformação social.”

COELHO. Inocência Mártires. Konrad Hesse: Uma nova crença na Constituição. In: *Direito Constitucional: Teoria Geral da Constituição*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V.

Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definido absoluto outorgado à sua decisão. Não estou afastando, obviamente, o prazo das rescisórias, que deverá ser observado. Há um limite, portanto, associado à segurança jurídica.

Mas não parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões com a manutenção de decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada. Assim, se somente por meio do controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelo Tribunais ordinários, é que o Supremo Tribunal Federal veio a apreciá-las, é a ação rescisória, com fundamento em violação literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação de decisão divergente.

Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última interprete do texto constitucional, uma fragilização da força normativa da Constituição.¹²⁵

Por fim, em soma ao quanto tido em relação à necessidade do processo legislativo para a democracia (e vice-versa), HESSE faz uma explanação que muito

I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 93.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário. RE 328.812 ED. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Maria Auxiliadora Santos Cabral dos Anjos. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 06, de março de 2008. p. 17. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524429>>.

interessa e se amolda ao assunto¹²⁶. Explica que força normativa da Constituição advém muito quando este documento “*impõe tarefas*”. Por certo que uma dessas tarefas é a que incumbe ao Estado-legislador criar as normas, mas sempre em atenção ao processo legislativo, o qual define as regras, tarefas, competências, limites e poderes. Por estas explicações, não há como negar a imensa importância que a Constituição tem em todos os aspectos jurídicos e sociais da sociedade brasileira, notadamente no que se refere ao processo legislativo como forma de legitimação das normas.

Apresentadas tais questões, é de se verificar que a democracia, apesar de ser o governo da maioria, não pode ser pautada simplesmente pelo *princípio majoritário*, porquanto existem regras mínimas que advém da própria ideia de soberania da Constituição.

1.3.2.1 A democracia não se restringe ao voto

Por todas as questões já postas, é importante demonstrar, neste momento, que democracia não se restringe ao voto. Isto é importante sob diversos aspectos, inclusive para legitimar a interferência do Poder Judiciário, a qual será defendida em tópico específico no capítulo 4. A grande questão é ressaltar que a democracia não é apenas o princípio majoritário, sendo que ela se demonstra com a análise de outras vertentes, justificando, deste modo, interferências externas, afastando qualquer

Acesso em: 16 setembro 2018.

¹²⁶ “Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).”

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 19-20.

argumento de que os representantes do povo eleitos pelo voto podem tudo a qualquer preço e a qualquer momento.

Pois bem, democracia é o modo de garantir a participação de todos no processo legislativo, mas este somente será possível e se justificará quando da efetiva separação dos poderes, que serve para garantir as liberdades individuais por intermédio da limitação do poder. Deste modo e como visto neste capítulo, a democracia – independente da sua forma, se direta ou representativa – é a vontade comunitária qualificada pelo interesse público (que FERREIRA FILHO fala em “espírito cívico”¹²⁷, SOUZA NETO chama de “vontade geral”¹²⁸ e MIRANDA “vontade do povo”¹²⁹), utilizando os instrumentos corretos do processo legislativo, se materializa com a elaboração de normas condizentes consigo próprio. Contudo, esta mesma vontade geral qualificada pelo interesse público possui limites. Ou seja, não pode tudo. É ultrapassada, portanto, a ideia de HART de que “não há quaisquer limites jurídicos”¹³⁰ ao poder legislativo, porquanto advindo do Soberano, estando presentes os limites de ordem moral e social. Claro que as observações feitas por HART estão corretas para o momento histórico em que se inserem e justamente por isto que estão ultrapassadas, e não equivocadas.

Democracia não é sinônimo de absolutismo da maioria¹³¹. Relembrando, a democracia é o principal valor da Constituição, com a saída do povo da condição de

¹²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A revisão da doutrina democrática. In: *Direito Constitucional: Teoria Geral da Constituição*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1124.

¹²⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p. 46.

¹²⁹ MIRANDA, Jorge. Constituição e Democracia. In: *A Constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições*. Organizador Marcos Vinivius Furtado Coelho. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 314.

¹³⁰ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 6. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa, 2011. p. 75-78.

¹³¹ “A democracia não pode ser confundida com um ‘absolutismo’ da maioria. Não são raros na história exemplos de decisões majoritárias que tendem à própria degeneração da democracia, ao erodir as bases sociais e institucionais que permitem ao povo continuar decidindo. É o que ocorre quando a maioria resolve entregar seu poder de decidir a um ditador, ou quando decide calar, reprimir ou eliminar a minoria. Esta também é parte do povo, tem direito de ser igualmente reconhecida como tal e, quando estão em pauta questões que dizem respeito a toda comunidade, de participar do processo decisório público alentando razoavelmente a expectativa de se converter em maioria. Por

expectador para a posição de participante na tomada de decisões. Mas não é só isso. Democracia também é respeito e garantia às liberdades e aos direitos individuais, conforme foi amplamente demonstrado no tópico 1.2. Deste modo, um encontra limite no outro, sendo a democracia a garantia de direitos individuais.

MIRANDA elucida uma questão interessante sob a impossibilidade de se ter uma “democracia absoluta”, ilimitada. O constitucionalista português explica que a Revolução Francesa trouxe as expressões “soberania do povo” e “soberania nacional”, que funcionariam como uma manutenção da própria ideia de “soberania do príncipe absolutista, mas com a alteração de quem seria detentor do poder, manifestado por intermédio das leis para externar a sua vontade”. Em outras palavras, passou-se da soberania do príncipe, absolutista e soberano, para a ideia de que o povo seria esse novo soberano. Esclarece, na sequência, que é falsa a ideia dos teóricos do absolutismo do século XVI e XVII no sentido de que não existiram limites jurídicos à soberania do príncipe e, que, portanto, transmitir essa ideia de ausência de limitação jurídica do povo tendo em vista a sua soberania é demasiadamente equivocado. Portanto, “não pode entender-se, apesar da apontada transposição, que a soberania do povo deva ser ilimitada, sob pena de se abrir a porta à democracia absolutista”¹³². Cita, como exemplo, o que aconteceu com as situações jacobina, cesarista e soviética, as quais “encontra-se nos antípodas dos princípios enformadores da democracia representativa por se tão negadora como a monarquia absoluta das liberdades individuais e institucionais e tão contrária como ela aos processos jurídicos de limitação do poder político que o constitucionalismo se esforçou por instituir”¹³³.

A ideia que defendemos vai no sentido de que nenhum dos poderes é soberano. Nem mesmo é soberano o poder do povo, apesar da sua soberania.

isso, diversas restrições ao princípio majoritário podem ser justificadas sob o *prima democrático*.”
SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p. 47-48.

¹³² MIRANDA, Jorge. Constituição e Democracia. In: *A Constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições*. Organizador Marcos Vinivius Furtado Coelho. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 316-317.

Soberania pode quase tudo, quase, principalmente no âmbito da democracia, que é, ressalte-se mais uma vez, a forma de manutenção da garantia dos direitos individuais pela limitação ao poder. Esta limitação, agora, é exercida pela delegação separadamente à três (ou mais, dependendo da característica) poderes individualmente identificados.

Neste diapasão, a simples constatação de que a democracia é mais do que apenas o conceito ultrapassado de vontade da maioria, se materializando e sendo relevante para a defesa e garantia dos direitos individuais, há de se ressaltar que o Estado-legislador deve encontrar neste ponto o seu limite. Com isso, quer-se dizer que, ainda que a maioria da população deseje “algo”, se este “algo” violar direitos e garantias individuais, direitos fundamentais, deve-se afastar a vontade da maioria. Não se pode esquecer que “legitimidade democrática corresponde a legitimidade do controle jurisdicional como legitimidade das minorias frente à maioria”¹³⁴.

Esta constatação é relevante para o presente trabalho para que se compreenda que não há soberania, no caso brasileiro, do Congresso Nacional, muito menos quando é utilizado o argumento de que há “soberania do voto por retratar a vontade do povo”. Democracia está ligada à votos sim, mas encontra seu limite nas regras constitucionais e uma delas é justamente o respeito às minorias e aos direitos individuais e coletivos. Portanto, o Congresso não pode tudo, mesmo sob a ótica de que exerce o poder do soberano que o delegou aos seus representantes. Há de serem respeitados os direitos mínimos de acordo com o texto constitucional e com base no devido processo legal, tudo como forma de efetivamente legitimar e adequadamente exercer o poder.

¹³³ Ibidem. p. 317.

¹³⁴ Idem. p. 334.

1.3.2.2 Inexistência de soberania dos poderes individualmente identificados – crítica à ideia de soberania do Poder Legislativo

No mundo jurídico, os três poderes têm a mesma altura; no mundo fático, é mais alto o que mais merece, ou o que se conservou onde devia estar, enquanto os outros baixaram de nível¹³⁵.

Seguindo a lógica tratada no início deste capítulo e desenvolvida nos tópicos anteriores, agora há de ser apenas esclarecido que o Poder Legislativo, até mesmo o Estado-legislador, não pode ser detentor de soberania, sob pena de ter-se uma *tiranía da maioria*. Esta questão está intimamente ligada ao tópico anterior, quando foi trazido e elucidado o fato de que a democracia não se restringe ao voto e, portanto, a democracia não pode ser utilizada como argumento para ferir direitos individuais, até porque ela tem como função, na verdade, a defesa destes.

SILVA elucida que a Constituição de 1988 é, como se sabe, rígida. E isto traz sua centralidade para o Estado brasileiro, sendo conferidas as competências de cada ente e poder. Assim, nem “o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Direito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos”¹³⁶.

Apesar dessa constatação ser feita no âmbito da divisão entre os entes que compõe a federação, fato é que se aplicam também à divisão de poderes entre

¹³⁵ MIRANDA, Pontes. Independência e harmonia dos poderes. In: *Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 66.

¹³⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 48.

Legislativo, Executivo e Judiciário. Isto porque eles estão divididos, como visto no início do capítulo, entre competências individuais. Deste modo, cada um tem o seu espaço de atuação, que funciona como limitação para garantia da inexistência de instâncias hegemônicas, conforme amplamente debatido.

Retomando todas as ideias expostas nos tópicos deste capítulo primeiro, há de se concluir com o que se segue.

Primeiramente, a separação de poderes é algo extremamente relevante para a democracia. Isto porque ambos os institutos servem para assegurar a liberdade e os direitos individuais. A separação dos poderes funciona como limitadora ao poder ao garantir os direitos e liberdades e, ao mesmo tempo, permite que um poder controle a atuação do outro que extrapolar na sua competência constitucional. A democracia não foge a esta observação, também se materializando ao permitir que a vontade popular, quando qualificada pelo interesse público, seja alcançada, porém, sempre respeitando direitos e garantias individuais. Não há poder absoluto, nem mesmo a soberania popular.

Ademais, os dois institutos – separação dos poderes e democracia – também servem para que seja repelido o poder absoluto. Como visto, a separação dos poderes afasta a possibilidade do controle uno ao permitir a divisão de poderes e competências e ao permitir o controle de um poder pelo outro. Já a democracia, por não ser apenas o voto absoluto, por não ser a vontade absoluta de um determinado grupo majoritário, devendo respeitar os direitos e liberdades das minorias, igualmente afasta o poder absoluto individualmente identificado.

Mais uma vez e por fim, está tudo intimamente ligado: separação dos poderes, democracia, processo legislativo, chegando à conclusão de que os direitos individuais e liberdades serão sempre mantidos e garantidas quando esses institutos forem adequadamente respeitados. E, para que se tenha o respeito aos dois institutos tratados (separação dos poderes e democracia), há de ser respeitado, de forma concreta, o devido processo legislativo.

1.4 A análise pelo viés do princípio do devido processo legal substantivo

Já foi trazida a necessidade de atenção ao devido processo legislativo, especialmente porque ele funciona como forma de concretizar a separação dos poderes e a democracia, esses dois importantíssimos institutos para a manutenção dos direitos e garantias da população. Ocorre que, como retratado na introdução deste trabalho, no julgamento da ADI 2306 o Ministro Sepúlveda Pertence destacou que houve ferimento ao devido processo legal substantivo quando os congressistas aprovaram lei ofensiva à moralidade.

Conforme ensina DIDIER, o devido processo legal em seu âmbito substantivo é aquele em que é respeitado não apenas a dimensão formal exigida pela legislação, mas também o acerto quanto ao seu substrato, pois “devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas”¹³⁷. No âmbito brasileiro, o doutrinador traz o seguinte:

A experiência jurídica brasileira assimilou a dimensão substancial do devido processo legal de um modo bem peculiar, considerando-lhe o fundamento constitucional das máximas da proporcionalidade (postulado, princípio ou regra da proporcionalidade, conforme seja o pensamento doutrinário que se adotar) e da razoabilidade.¹³⁸

Portanto, o que se vê é a íntima ligação existente entre o devido processo legal substantivo e os preceitos da proporcionalidade e da razoabilidade. Não há que

¹³⁷ “Nos EUA, desenvolveu-se a dimensão substancial do devido processo legal. Um processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências formais: devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas”.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 78.

¹³⁸ *Ibidem*.

se negar que este princípio se aplica à produção legal, inclusive como atestado por DIDIER¹³⁹. É, assim, imensa a importância da aplicação deste princípio à situação que se defenderá ao final deste trabalho, exatamente nos termos indicados pelo ministro Sepúlveda Pertence, porquanto, independe do nome que é dado quando da edição de norma claramente inconstitucional pelo não atendimento do princípio da moralidade, a ofensa ocorrerá. Seja por ferir o devido processo legal em seu aspecto substantivo, ou pela necessidade de o Estado-legislador respeitar o mínimo de proporcionalidade e razoabilidade.

Aliás, o Princípio da Proporcionalidade igualmente serve como modo procedimental de interpretação, *princípio conciliador por excelência*. BARROSO defende, em suma, que guarda uma relação de fungibilidade com o Princípio da Razoabilidade¹⁴⁰, tendo origem no Princípio do Devido Processo Legal Substantivo, sendo destacada a sua importância para a realização do controle constitucional¹⁴¹. Este, aliás, é o mesmo caminho trilhado por Robert Alexy.

De todo modo, BARROSO explica que a história do princípio do devido processo legal tem dupla origem, norte-americana e alemã. Quanto à norte-americana, advindo do direito anglo-saxão, especialmente com a Magna Carta, desenvolveu-se, com o passar do tempo, a dupla ideia de *due process*. Primeiramente, o que temos como devido processo legal no âmbito de seu próprio procedimento. Na segunda fase, quando passa a ter substrato substantivo, o Poder Judiciário começa a “desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade pelo legislador, tornando-se importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais – especialmente da liberdade e da propriedade – em face do poder político”¹⁴².

¹³⁹ “Como já se disse, o devido processo legal é princípio que se aplica em qualquer produção normativa, (...)”

Idem.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 255 a 258.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Idem.

Deste modo, com base neste parâmetro de aferição, a constitucionalidade das normas era aferida pela análise de compatibilidade entre o procedimento e o resultado alcançado. Ocorre que, evoluindo, como BARROSO assevera, por “intermédio da cláusula do devido processo legal passou-se a proceder ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das leis e dos atos normativos em geral no direito norte-americano”¹⁴³.

Já na Alemanha, o devido processo legal, pela razoabilidade, não funciona como parâmetro de controle de constitucionalidade. Naturalmente, porquanto prevalecia a ideia de, no século XX, soberania popular por intermédio da supremacia do Parlamento. Somente em 1949 que este entendimento veio a ser alterado, quando a proporcionalidade começa a ser levada em consideração para aferição da constitucionalidade das normas, mas com uma visão muito mais para os atos administrativos do Poder Executivo. BARROSO sintetiza:

Em suma: a ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do common law, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte disso, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na

¹⁴³ Idem.

Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo¹⁴⁴.

MENDES¹⁴⁵ e BONAVIDES¹⁴⁶ bem ressaltam, conforme antecipado, a equivalência entre a Proibição de Excesso e o Princípio da Proporcionalidade, com origem no direito alemão. Primeiramente, MENDES destaca que o excesso de poder legislativo viola o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso “(Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contradição, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins”.

Ocorre que isto se mostra mais difícil de controle no direito brasileiro, tendo em vista a necessidade de disposições constitucionais mais explícitas quanto à proporcionalidade e razoabilidade como parâmetro de controle de constitucionalidade. Ocorre que, como será demonstrado nos próximos capítulos deste trabalho, há uma certa similaridade, até confusão entre os institutos, possibilitando a aferição da constitucionalidade, independentemente do nome que seja dado, conforme ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Será tratado, primeiro, do princípio da moralidade no sistema jurídico brasileiro e, na sequência, da aplicação dele como vetor de aferição de constitucionalidade.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 72-74.

¹⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 412-416.

CAPÍTULO 2 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Após tratar da legitimidade do poder legislativo, bem como de seu limite, é importante analisar o segundo aspecto do tema em estudo. Sendo assim, iremos verificar o que se tem por princípio da moralidade e qual a sua abrangência no sistema jurídico brasileiro, especialmente na Constituição Federal de 1988. Ocorre que não se pretende, tal como mencionado anteriormente, elaborar tópico descritivo, mas sim demonstrar que moralidade está prevista no sistema jurídico brasileiro e que isto, portanto, é um grande indício legitimador para o controle jurisdicional (analisado no capítulo 4) do Poder Legislativo (introduzido no capítulo 1) no desenvolvimento da sua atividade precípua.

De toda sorte, não se desconhece que as duas grandes dificuldades deste trabalho são, primeiramente, analisar a possibilidade de controle de constitucionalidade com base na moralidade e, na sequência, definir qual o parâmetro deste controle.

Justamente por isto que neste capítulo 2, bem como no próximo, serão expostos diversos pontos intrínsecos à moralidade. Inicialmente, será tratado o princípio da moralidade e todas as especificidades que envolvem os princípios constitucionais na Constituição Brasileira de 1988. Aliás, neste momento é importante verificar se o princípio da moralidade se transfunde em regra e qual é a influência dessa questão na análise proposta. A despeito desta questão – de regra e princípio –, a apreciação do conteúdo da moralidade é que parece ser a mais preponderante e influenciadora na tomada de decisões pelo Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, é o conteúdo do denominado *princípio da moralidade* a importante de análise, muito mais do que simplesmente a sua forma.

Na sequência, é feito um aparte na relação existente entre Direito e Moral, uma vez que é indissociável a necessidade de verificar e destacar o constante

diálogo e debate existente entre estes institutos, especialmente para que se afaste qualquer crítica no sentido de que o Direito seria uma ciência limitadora e específica, sem influência de demais ramos das ciências humanas.

Ainda com base nessa discussão acerca do se tem como moralidade, independentemente se é um princípio ou regra, é salutar analisar e destacar o ponto de vista acerca da moralidade pública e privada, identificando se existe qualquer diferença entre ambas e qual a abrangência dessa diferenciação.

Em continuação, após analisar a moralidade pública e a privada, é importante fazer um corte acerca do conceito geral da moralidade de acordo com o momento histórico em que ela é aplicada. Não se pretende, contudo e como já delimitado algumas vezes, fazer qualquer análise histórica, mas sim demonstrar a nossa posição no sentido de que o conceito de moralidade não é imutável ao passar dos anos, sofrendo alterações no decorrer do tempo, tal como acontece com o texto constitucional e a sua interpretação.

Deste modo, com base no conteúdo da moralidade fixado nos tópicos anteriores, há de ser feita uma construção no sentido de que o direito é criado e aplicado com base na moralidade, não podendo encontrar óbice apenas na legalidade. Justamente por isto que se reputa importante a análise acerca dos entendimentos emanados do Supremo Tribunal Federal acerca do Princípio da Moralidade, especialmente se ele é aplicável ou não ao legislador.

Ao final, justificando ainda mais a existência deste trabalho, é feita uma crítica aos conceitos e aplicações utilizadas, além da conclusão prévia sobre dois pontos que se tornam uma premissa ao trabalho: sobre o que se tem como Poder Legislativo, com a sua limitação, e o princípio da moralidade com as suas diversas facetas e aplicações. Isto é importante para que seja dado início à análise sobre a aplicação do princípio ao legislador e, neste sentir, à própria norma que emana.

De todo modo, por estarmos em sociedade submetida a regras, especificamente abarcados pela Constituição Federal, não podemos nos esquecer de que o texto deste documento tão importante é sempre o principal parâmetro.

Como destacado na introdução, o principal mandamento constitucional acerca da moralidade está vinculado ao artigo 37. Acontece que este artigo limita, de certo modo – e este é o argumento daqueles que entendem que o legislador não deve a ele atenção – à “administração pública direta e indireta”.

Primeiramente, igualmente podemos argumentar que há vinculação no artigo 37 quanto aos “Poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios”, sendo que, de acordo com o artigo 2º também da Constituição são “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Ou seja, ainda que se fale em administração pública direta e indireta dos Poderes, estes incluem o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Portanto, se aceitarmos a amarração pretendida por alguns, também temos que lutar por aquela que complete a leitura do dispositivo constitucional.

Por outro lado, ainda que se argumente que, neste ponto, a parte da função administrativa dos Poderes é que está limitada, não podemos deixar de ressaltar que a moralidade não se adstringe a este dispositivo constitucional e, neste sentir, não pode ser tida como algo apartado da completude do texto magno. Mais uma vez, devemos sempre perseguir a unicidade do texto constitucional. Tanto é assim que a moralidade se transmute em realidade em diversas outras disposições expressas ou implícitas na Constituição Federal, p.ex., (i) quanto à legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular que fira este princípio (art. 5º, LXXIII); (ii) necessidade de possuir idoneidade moral para ser considerado brasileiro nato (art. 12, II, a); (iii) a necessidade de proteção da moralidade para o exercício de mandato eletivo (art. 14, §9º); (iv) idoneidade moral para nomeação como ministro do TCU (art. 73, II), ministro do TSE (art. 119, II) e desembargador dos TREs (art. 120, §1º, III).

De todo modo, antes de passar à análise introduzida neste capítulo, a qual possui aspecto nitidamente jurídico e filosófico, pretende-se apartar uma situação peculiar e propor uma crítica introdutória diferenciada dos estudos conhecidos.

2.1 Moralidade e Fisiologia

Via de regra, a moralidade é sempre analisada, estudada e constatada nos campos da filosofia e da sociologia, bem como no âmbito jurídico. Acontece que, apesar de extremamente relevantes, coerentes e balizadoras de tomadas de decisões em todos os aspectos da sociedade, a moralidade sob estes aspectos já é, desde tempos arcaicos, de profundo conhecimento dos estudiosos e há muito tempo tem sido debatida. Não seria nada de novo, apenas uma compilação de entendimentos. Porém, não é somente isto que se pretende com o presente trabalho.

Importante destacar que não se quer trazer qualquer tipo de negatividade às formas anteriores de se ver e estudar a moralidade, até porque elas serão analisadas, mas sim incluir uma forma a mais de pensar, com a única finalidade de majorar a argumentatividade no convencimento e na definição, quiçá, de políticas públicas.

Por que não se pensar diferente? É o que pretendemos demonstrar.

Almeja-se, com base nisso, analisar estudo que introduz outra forma de ver a moralidade, avaliando não apenas a origem e balizamentos da sociedade, mas, muito antes disto, o porquê do agir moral com base no aspecto interior, individualista e da fisiologia dos indivíduos. Isto mesmo, fisiologia (e não filosofia). Ou seja, o porquê de determinado indivíduo escolher agir moralmente. Seria apenas pela imposição social ou existe algo fisiológico que faz os indivíduos pensarem e agirem moralmente?

Inicialmente, vejamos que a palavra fisiologia tem origem do grego *physis* (natureza) e *logos* (estudo), sendo, deste modo, o estudo da natureza dos seres

vivos, especialmente dos processos físicos e químicos. Portanto, é sob este aspecto das ciências exatas, ou seja, aferível empiricamente¹⁴⁷, que é feita uma análise da moralidade intrínseca do ser humano.

Para tanto, propondo esta análise diferente, PAUL ZAK, PhD, professor de Economia, Gerenciamento e Psicologia na Claremont Graduate University, publicou, em 2012 no Brasil, trabalho intitulado de *A molécula da moralidade: as surpreendentes descobertas sobre a substância que desperta o melhor em nós*. A ideia, como já se percebe, é analisar a moralidade ultrapassando, por exemplo, a verificação tal como colocada por Immanuel Kant, segundo o qual agimos moral com base na razão pura. PAUL ZAK entende que este agir moral kantiano seria falho em determinadas situações de imposições ao agir moral indistintamente¹⁴⁸.

O pesquisador inicia com a percepção de que somos seres biológicos e, como tais, buscamos agir de forma a perpetuar a sobrevivência da espécie. Mas, para tanto, era necessário analisar o que, na fisiologia humana, acarretaria em alterações substanciais que fariam determinadas ações serem adotadas de uma forma ou de outra.

Interessante notar uma observação trazida no sentido de que, sob o aspecto da fisiologia – e este ponto é interessante para demonstrar que há convergência com as outras formas de pensar a moralidade e que, portanto, se trata de um estudo válido –, as ações escolhidas pelos indivíduos em muito se assemelham àquelas

¹⁴⁷ Ainda que sejam possíveis pesquisas, com base em métodos científicos adequados, as ciências humanas ainda não se aproximaram tanto das ciências exatas em relação aos resultados, tanto é assim que o nome próprio as diferencia.

¹⁴⁸ “Na visão de Kant, o único aspecto que nos tornava humanos e livres era agir de acordo com as regras que nós mesmos nos impúnhamos, projetadas pela razão. O fundamento dessas regras, o qual ele chamou de Imperativo Categórico, diz que para se chegar à virtude, devemos agir como agiríamos se nossa ação fosse se tornar lei universal. No entanto, a pureza da Razão Pura de Kant pode ter falhado em afirmar que, para que qualquer ação seja de fato moral, deve visar totalmente à lei da moralidade apenas porque nos sentimos bem sendo virtuosos, não conta. E não há exceções, independentemente do resultado. Se o ato de mentir viola a lei universal, não devemos mentir jamais, mesmo que um psicopata assassino esteja atrás de seu amigo e dizer a verdade sobre seu paradeiro possa resultar em sua morte”.

ZAK, Paul. *A molécula da moralidade: as surpreendentes descobertas sobre a substância que desperta o melhor em nós*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 18-19.

defendidas pela religião, o que o pesquisador traz ser o “agir colaborativo” ou mesmo “moral”¹⁴⁹.

Pois bem. Feitos esses esclarecimentos iniciais, há de ser trazido o ponto fulcral da pesquisa, a qual revela que a oxitocina nos faz ter ações mais morais perante os outros indivíduos da sociedade em todos os aspectos das relações sociais¹⁵⁰. E, para se chegar a esta conclusão, é feita uma ampla análise da situação que envolvem as relações na convivência coletiva, com pesquisas e testes envolvendo jogos de confiança e levantamento de níveis da mencionada molécula da oxitocina.

Aliás, é deveras salutar fazer um parêntese para destacar, mais uma vez e como o próprio pesquisador traz, que não se trata de um fim em si mesmo, mas sim uma nova forma de pensar para a própria busca do aperfeiçoamento das relações¹⁵¹. E é justamente isto que pretendemos com este trabalho em desenvolvimento no sentido de aferir uma forma de definição da moralidade além do que está nos estudos de filosofia.

Retornando ao estudo de PAUL ZAK, restou constatado que o agir moral se mostrou presente quando da demonstração de confiança dos demais em relação

¹⁴⁹ “Somos criaturas biológicas, portanto tudo que somos advém de processo biológico. A biologia, por meio de seleção natural, recompensa e incentiva comportamentos adaptáveis, o que significa que contribuem para a saúde e a sobrevivência de tal modo que produzem o maior número de descendentes adiante. Por incrível que pareça, ao seguir essa diretriz da sobrevivência do mais forte, a natureza chega às mesmas conclusões morais oferecidas pela religião, ou seja, de que é sempre melhor se comportar de maneira colaborativa e – na falta de uma palavra melhor – moral. A natureza chega exatamente ao mesmo ponto seguindo um caminho diferente e talvez mais universal”

Ibidem, p. 19.

¹⁵⁰ “Minha pesquisa demonstrara que esse mensageiro químico é, na verdade, a base do comportamento moral, tanto em relação ao cérebro quanto ao sangue. Não só nas relações íntimas, mas em acordos de negócios, na política e na sociedade em geral. Uma teoria, reconheço, com a qual é preciso se acostumar”.

Ibidem, p. 2.

¹⁵¹ “Mas aqui está a maior compensação resultante de uma experiência muito maior, realizada em meu laboratório por um corpo maior de pesquisadores: depois de séculos de especulação em relação à natureza humana, ao comportamento humano e a como decidimos o que é certo, temos novidades que podemos usar – a prova empírica contundente que esclarece o mecanismo do centro do sistema de orientação moral. Como qualquer engenheiro poderia afirmar, a compreensão do mecanismo básico é o primeiro passo rumo ao aprimoramento do resultado de um sistema. Quando o resultado é o comportamento moral, não se trata de uma questão trivial”.

Ibidem, p. 8.

àquele que se esperava a ação moral em uma determinada situação¹⁵². Ou seja, quanto mais confiança era depositada naquela pessoa que esperava-se agir moralmente, maiores eram as atitudes comprovatórias deste sentimento pela pessoa “confiada”, aumentando, igualmente, os níveis de oxitocina. Em suma, a confiança faz com a pessoa produza mais oxitocina e este é responsável pela ação moral.

Aqui já nos parece muito relevante trazer um ponto fundamental da observação: se a demonstração de confiança traz à pessoa “confiada” a produção de mais hormônio de oxitocina e, conseqüentemente, um agir moral, não seriam os legisladores, enquanto eleitos, aqueles que mais deveriam agir com moral? Ora, a sociedade deposita nestes a maior confiança possível. Todavia, não restam dúvidas que atualmente há uma crise de confiança entre os políticos e a sociedade brasileira¹⁵³. Falta, então, oxitocina aos legisladores?

Pois bem.

Em relação à fisiologia, retornando à análise proposta neste tópico, é nítida a correlação entre a oxitocina, dopamina e serotonina, todas vinculadas à empatia e

¹⁵² “Mas nosso trabalho demonstrou, antes de mais nada, que você não precisa infundir uma substância química no nariz de alguém nem fazer sexo ou mesmo abraçar alguém para elevar o nível de oxitocina que gerará uma postura mais generosa. Por sorte, tudo o que precisamos fazer para deflagrar essa molécula da moralidade é demonstrar confiança. Quando demonstramos confiar em alguém, a oxitocina dessa pessoa aumenta, reduzindo a possibilidade de ela se retrair ou de trair sua confiança. Em outras palavras, a sensação de ser confiável torna as pessoas mais confiáveis de fato, o que, com o tempo, faz outras pessoas confiarem mais, o que, por sua vez...”

Ibidem, p. 3-4.

¹⁵³ Já tratamos disso no tópico introdutório desta dissertação, quando citamos o trabalho que analisou a desconfiança política, sendo relevante relembrar que o termo confiança, neste campo, “se refere às expectativas que as pessoas alimentam a respeito do comportamento dos outros com quem convivem e interagem; e diz respeito à ação desses outros quanto aos seus interesses, aspirações ou preferências”.

MOISÉS, J. Á., & MENGUELLO, R. *A Desconfiança Política e os seus Impactos na Qualidade da Democracia*. São Paulo: Edusp, 2013. p. 13-14.

Igualmente trouxemos que CANOTILHO reconhece e atesta a quebra de confiança:

“Outrora os representados aceitavam a representação porque os representantes eram representativos. Nos dias de hoje não é assim: a comunhão de representantes e representados desapareceu. Deixaram de querer pela Nação e deixaram de ter o mandato representativo.”

CANOTILHO, J. J. GOMES. A crise da representação democrática: Abdicação de paradigma normativo no direito constitucional? In: *A Constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições*. Organizador Marcos Vinivius Furtado Coelho. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 341-342.

às relações sociais. E isto é bem interessante e nos traz algumas percepções peculiares.

Primeiramente, ADAM SMITH de certa forma já tratava, na Teoria dos Sentimentos Morais, da ideia de empatia quando “um golpe está prestes a ser desferido sobre a perna ou o braço de outra pessoa, naturalmente encolho e retiro minha própria perna ou braço; e, quando o golpe finalmente é desferido, de algum modo o sinto e ele me fere tanto quanto quem de fato o sofreu”¹⁵⁴. Como se sabe, é a empatia o que sentimos pelo outro ao nos colocarmos em sua posição e o pesquisador PAUL ZAK traz a justificativa fisiológica para tanto, a já dita presença da oxitocina.

Nos lembrando as aulas de biologia, o pesquisador elucida que “um estímulo social positivo induz a liberação de dois outros neurotransmissores de bem-estar: dopamina e serotonina”¹⁵⁵. O primeiro é responsável pelo nosso bem-estar no aspecto de recompensa e o segundo, além de aumentar o humor, limita a ansiedade. E, com fulcro neste entendimento básico, é que surge a HOME, sigla inglesa para *Human Oxytocin Mediated Empathy* (Empatia humana mediada pela oxitocina).

Está tudo em um “ciclo virtuoso, com a oxitocina à frente e no centro, ainda é o que mantém a sociedade unida”¹⁵⁶.

A questão, portanto, se torna relativamente simples: quanto mais oxitocina, mais empatia, levando o indivíduo a agir moralmente, aumentando a confiança, o que libera ainda mais oxitocina e o ciclo continua fazendo com que toda a sociedade tenha um agir mais moral¹⁵⁷.

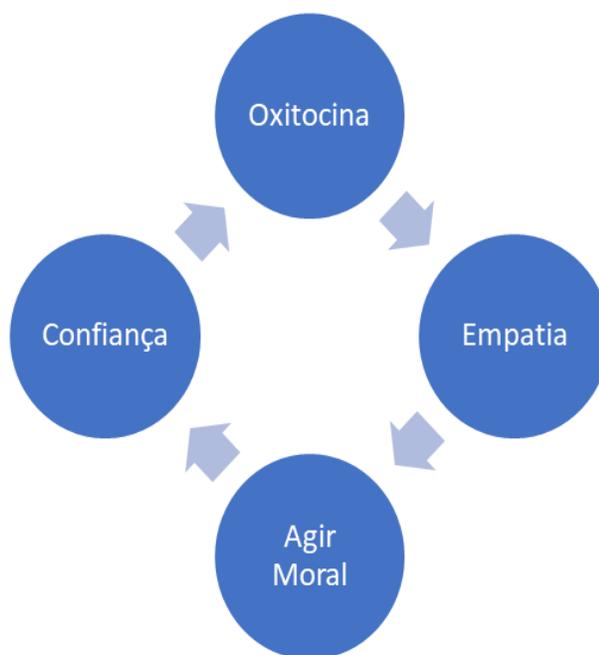
Desta conclusão inicial podemos extrair a fórmula cíclica descrita abaixo:

¹⁵⁴ SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. Tradução de Lya Luft, revisão de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 31.

¹⁵⁵ ZAK, Paul. *A molécula da moralidade: as surpreendentes descobertas sobre a substância que desperta o melhor em nós*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 39.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 75.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 64.



O estudo se torna ainda mais interessante ao comprovar, no campo da biologia, o que a filosofia já nos ensinava há séculos, tanto que ARISTÓTELES já tinha, de certa maneira, percebido a existência do ciclo virtuoso e, não por outro motivo, disse como deve-se formar bons cidadãos para buscar a felicidade:

Como é a própria virtude que, em nosso sistema, faz o bom cidadão, o bom magistrado e o homem de bem, e como é preciso começar obedecendo antes de comandar, o legislador deve cuidar principalmente de formar pessoas honestas, procurar saber por quais exercícios tornará honestos os cidadãos e sobretudo conhecer bem qual é o ponto capital da vida feliz¹⁵⁸.

¹⁵⁸ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 55.

Porém, e não poderíamos deixar de citar, por outro lado há o “inimigo” da oxitocina: testosterona, que faz os seres terem ações não muito empáticas com as demais pessoas. O pesquisador chama de “o verdadeiro condutor de um bad boy”. E, neste contraposto existente entre a oxitocina e a testosterona, traz que este não tem simples relação quando das relações íntimas, mas afeta, igualmente e diretamente, os índices de prática delituosa¹⁵⁹.

Aliás, a própria percepção da sociedade comprova que a prática de crimes é maior entre os homens, especialmente a faixa etária de até 25 anos, onde mais está presente a testosterona. Por outro lado, nas mulheres não se constata a presença excessiva do hormônio da testosterona, mas sim da oxitocina, a qual, como visto, tem o condão de indicar e propiciar ações mais empáticas, mais morais. Seriam, portanto, as mulheres mais morais que os homens?

Mas está claro que, como em outros campos, o ideal é sempre o equilíbrio, tanto que PAUL ZAK destaca pesquisa realizada no âmbito da Suprema Corte Norte-Americana que bem demonstra a necessidade de se ter um meio termo. Em suma, na hipótese da Suprema Corte Norte-Americana, restou constatado que as decisões dos Juízes passaram a considerar menos as perspectivas e consequências “à medida que os juízes ganhavam poder no tribunal ou passavam a fazer parte de uma coalizão majoritária”¹⁶⁰.

É fato, com base nas percepções até agora analisadas, que há uma grande questão na análise de oxitocina para fins de agir moral tendo em vista a empatia.

¹⁵⁹ “O ponto é que a testosterona também causa alguns problemas, não apenas na área dos relacionamentos íntimos. A maioria dos crimes é cometida por jovens, em sua maioria homens na faixa entre 20 a 25 anos. (Assassinatos cometidos por mulheres são tão raros que nem chegam a ser relevantes nas estatísticas criminais.) Jovens do sexo masculino têm o dobro do nível de testosterona em relação aos mais velhos, logo o termo envenenamento de testosterona para essa faixa etária não é brincadeira”.

ZAK, Paul. *A molécula da moralidade: as surpreendentes descobertas sobre a substância que desperta o melhor em nós*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 2 da introdução. p. 79.

¹⁶⁰ “Deborah Gruenfeld, psicóloga da Stanford Graduate School of Business, estudou mil sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos ao longo de 40 anos e descobriu que, à medida que os juízes ganhavam poder no tribunal ou passavam a fazer parte de uma coalizão majoritária, seus pareceres consideravam menos perspectivas e consequências. (O mais assustador é que as decisões tomadas dessa forma, por serem majoritárias, se tornam as leis daquele local.)”

Isto porque, as mulheres possuem, desde sua origem e intrinsecamente, mais oxitocina, especialmente em determinados períodos da vida, tal como gravidez. Por outro lado, os homens tendem a ter números elevados do contraponto, a testosterona, notadamente quando jovens.

Entretanto, isto não quer dizer que homens – ou ainda, pessoas com poder e que deixam de possuir empatia – são ruins. Ou mesmo que elas estão erradas. O próprio pesquisador reconhece, quando trata de situações inerentes ao Poder Judiciário, que análises frias de situações se mostram relevantes uma vez ou outra, especialmente quando se materializa a necessidade de o magistrado ser imparcial e julgar conforme os ditames regentes. Não concordamos com a justificação.

É de se transcrever a explicação exposta por PAUL ZAK:

Certa vez, após ter falado a um grupo de advogados, um juiz federal chegou a mim e confessou que não conseguia estabelecer empatia, o que o levou a ter um relacionamento de ruim a péssimo com sua esposa e filhos. Por ironia, seu trabalho envolvia ouvir os apelos nos casos de pena de morte – o que pode ter sido o trabalho perfeito para ele. Em seu nível de procedimentos legais, a questão não é “esta pessoa pode se reabilitar” ou “esta pessoa merece viver” ou qualquer consideração humana, mas apenas uma avaliação cognitiva de se “essa pessoa teve um julgamento justo nos termos da Constituição”.

Queremos um sistema judiciário imparcial, mas quando a falta de compaixão significa confiança exclusiva no intelecto, um Mr. Spock ou algo com a moral obtusa parecida com a do computador HAL pode dominar. É por isso que ainda julgamos

a maior parte dos casos perante juízes e jurados, e não na frente de computadores, e é por isso também que ter um júri composto de pessoas do mesmo nível que você é tão importante. Racional, sim, mas também humano.¹⁶¹

Como dito, não concordamos e perguntamos: então, podemos concluir que juízes não devem ter empatia? Não. Muito pelo contrário, devem ter empatia, porque isto gera confiança, este o fazendo agir moralmente e, conseqüentemente, produzir mais oxitocina para terem mais empatia ainda e o ciclo se perpetue. Discordamos, portanto, do que foi colocado pelo pesquisador em relação ao seu conhecido juiz, pois não podemos aceitar um sistema judiciário imparcial a ponto de ser cegamente apático às relações sociais e especificidades de cada caso. O papel do Juiz na sociedade, especialmente na moderna, inclusive com base na doutrina neoconstitucionalista, não é de apenas um aplicador da letra fria da norma.

De toda forma, é uma bela forma de ser vista a moralidade e fisiologia.

Mas a empatia não é nova na leitura da moral. Ainda que sejam conceitos diferentes, e o são nos detalhes, ADAM SMITH trata, dada a sua importância para a moralidade, da simpatia logo no primeiro capítulo da primeira seção da sua obra prima “Teoria dos Sentimentos Morais”, trazendo até uma ligação com a própria felicidade na busca pelo que seria moral¹⁶².

Ademais, em relação à religião e moral, o estudo de PAUL ZAK também comprovou que pessoas religiosas se saíram melhor nos Jogos de Confiança (o teste utilizado para comprovar que a oxitocina afeta o agir mais confiável e moral)¹⁶³.

¹⁶¹ Ibidem, p. 126.

¹⁶² SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. Tradução de Lya Luft, revisão de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 5.

¹⁶³ “Assim como as imagens religiosas, os rituais comunais de comer e o pousar das mãos sempre fizeram parte da comunhão religiosa, pois aumentam a oxitocina. Em nossos estudos dos Jogos de Confiança, os que mostraram o maior pico de oxitocina e eram os mais confiáveis também eram os que se descreviam como comprometidos com a religião. Desculpem-me, Richard Dawkins et al., mas essas pessoas religiosas também tiveram a maior pontuação em medições de satisfação com a vida

Isto, na verdade, é algo que nos faz ter a certeza de que moral não é um conceito uno, muito menos é afetada e diferenciada, bem como aplicada, apenas com base em um único fator. É, na verdade, algo que envolve diversas facetas do ser-humano: hormônios, felicidade, bem-estar, educação e outros.

Buscando aprofundar mais ainda, agora no âmbito da economia, o pesquisador destaca parte introdutória do livro “Freakonomics: A moralidade representa a maneira como gostaríamos que o mundo funcionasse; a economia representa como ele de fato funciona. Não há o que se discutir sobre isso”¹⁶⁴. Mas será isso verdade? Veremos mais adiante em outros tópicos que a moralidade é sim o retrato do mundo e do que queremos dele. É a questão da confiança que o próprio PAUL ZAK coloca como importante para o agir moral.

Destarte, como amplamente exposto, temos a colocar que a moralidade tem uma explicação oriunda de estudo empírico com base na fisiologia dos seres humanos, sendo um ciclo virtuoso que ainda tem o condão de fazer as pessoas serem mais felizes, que, por certo, é o objetivo de vida da maioria das pessoas:

Portanto, a oxitocina não só ligada aos mecanismos cerebrais que nos tornam pró-sociais e morais, mas também aos mecanismos que nos fazem felizes, pela ativação dos elementos no circuito HOME, ou seja, a dopamina e a serotonina. Relacionamentos satisfatórios nos fazem felizes e, como psicólogos e epidemiologistas têm demonstrado ao longo dos anos, a felicidade nos torna mais saudáveis. A oxitocina reduz o estresse cardiovascular e melhora o sistema

e bem-estar emocional. O fator crítico ao fazer tudo isso funcionar para o bem é o mantra enfatizado por gurus, que vão desde Jesus até John Lennon: Tudo do que você precisa é amor”.

ZAK, Paul. *A molécula da moralidade: as surpreendentes descobertas sobre a substância que desperta o melhor em nós*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 152 e 153.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 166.

imunológico, um truque para uma pequena e antiga molécula que nos faz viver mais felizes e por mais tempo¹⁶⁵.

Encerrando e respondendo uma pergunta feita em outro momento deste tópico, especificamente sobre o fato de as mulheres terem a possibilidade de serem mais morais que os homens, temos que passar por dois pontos que respondem adequadamente no nosso modo de pensar. Primeiramente, é sempre bom o meio termo. O equilíbrio da vida é, sem sombra de dúvidas, o que permite a serenidade. Em segundo lugar, ainda que seja uma elucubração falar que as mulheres são mais morais que os homens, fato é que ainda temos muito a aprender com elas.

Pois bem, agora, após este aparte que, apesar de grande, era importante para mostrar uma leitura diferenciada acerca da origem do agir moral, passemos a analisar os demais pontos específicos deste capítulo acerca da moralidade e de como este instituto pode funcionar como parâmetro de aferição de constitucionalidade de uma norma.

2.2 O princípio da moralidade

Com base na necessidade de se analisar o princípio da moralidade e de verificar se este abrange o legislador, é importante delimitar se ele é mesmo um princípio ou se é revelado como regra no ordenamento jurídico¹⁶⁶, bem como a importância e influência da classificação proposta. Além disso, é importante verificar o conteúdo e a forma para que se chegue a uma conclusão prévia acerca do princípio. É isto que será tratado nos três tópicos subsequentes.

Veja-se que a análise acerca da diferenciação entre regra e princípio se mostra importante especialmente pelo fato de que as regras emanam normas mais

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 207.

¹⁶⁶ Antecipe-se que adotamos a divisão feita no sentido de que os princípios e as regras emanam

diretas e limitadas, enquanto os princípios possuem uma abrangência maior de aplicabilidade, muito pelo lado da finalidade pretendida. Falaremos disso mais adiante e com mais profundidade.

Todavia, antes de analisar estes pontos, há de ser respondida uma pergunta: o que é princípio?

ÁVILA, em obra contemporânea que se entende ser a melhor ao analisar a questão dos princípios constitucionais, bem elucida o conceito que propõe, no sentido que os princípios são normas que possuem uma finalidade a ser buscada e, por isto, conceitualiza como “normas imediatamente finalísticas”, diferenciando do que são as regras, nas suas palavras:

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

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção¹⁶⁷.

normas, com eficácia divergentes, conforme será tratado no tópico.

¹⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 102.

BONAVIDES, ao discorrer acerca do conceito de princípio em sua obra de direito constitucional, traz diversas definições. Mencionando Luís-Diez Picazo, atesta que os princípios são premissas de todo um sistema que se desenvolve um *more geometrico* e, dentro de um determinado Direito Positivo, servem tanto de “critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo”, como de “normas obtidas mediante um processo de generalização e decantação das leis”¹⁶⁸.

Passando à definição de F. DE CASTRO, cita que este entende os princípios como verdades objetivas pertencentes ao mundo do dever-ser na qualidade de normas jurídicas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade. Por seu turno, ainda indica o defendido por SCAEVOLA (princípio como verdade jurídica universal), CLEMENTE (princípio como pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo) e da Corte Constitucional Italiana^{169 e 170}.

Entretanto e em suma, na conceituação de BONAVIDES, o maior defeito das demais conceituações é a omissão do traço da normatividade. Justamente por isto que ele confere extrema importância pra o que GUASTINI traz no sentido de reunir seis conceitos diferentes de princípios vinculados a disposições normativas:

Em primeiro lugar, o vocábulo “princípio”, diz textualmente aquele jurista, se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade).

Em segundo lugar, prossegue Guastini, os juristas usam o vocábulo “princípio” para referir-se a normas (ou a disposições

¹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 260.

¹⁶⁹ “Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico”.
Ibidem 262.

que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos.

Em terceiro lugar, afirma ainda o mesmo autor, os juristas empregam a palavra “princípio” para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter “programático”.

Em quarto lugar continua aquele pensador, o uso que os juristas às vezes fazem do termo “princípio” é para referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada.

Em quinto lugar - novamente Guastini - “os juristas usam o vocábulo princípio para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função “importante” e “fundamental” no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (O Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações)”.

Em sexto lugar, finalmente, elucida Guastini, os juristas se valem da expressão “princípio” para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos¹⁷¹.

Esses conceitos são extremamente relevantes, pois “[s]em aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é

¹⁷⁰ Ibidem, p. 262.

¹⁷¹ Ibidem, p. 262-263.

possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo”¹⁷².

Não poderíamos deixar, ainda, de tratar do que RAWLS traz acerca do seu entendimento de princípios, segundo o qual estes derivam de uma concepção de justiça generalista tratada a partir da abstração da teoria do contrato social, encontrada em Locke, Rousseau e Kant, tendo como ideia norteadora a de que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituíam o objeto do acordo original. Seriam tais princípios os “princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação”. Tais princípios, uma vez definidos, deveriam reger os demais acordos subsequentes, bem como especificar os tipos de cooperação social que podem se realizar e as formas de governo que podem instituir. Chama esta forma de encarar os princípios da justiça como “justiça como equidade”¹⁷³.

Para RAWLS, os princípios podem ser divididos em princípios de justiça para instituições e princípios que se aplicam a indivíduos e a seus atos em determinadas circunstâncias. Os princípios da justiça social são constituídos por dois objetos, sendo o primeiro a estrutura básica da sociedade (organização das principais instituições sociais em um esquema único de cooperação) - considerando instituição como um sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades. Nesse sentido, uma vez existente uma estrutura básica onde as normas obedecem a certa concepção de justiça, os princípios da justiça serão assim considerados por assumirem o papel da justiça nesse sistema, propiciando uma atribuição de direitos e deveres fundamentais e definindo a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social. Diante da situação hipotética de

¹⁷² Ibidem, p. 263.

¹⁷³ RAWLS, John. 1921-2002. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Jussara Simões; revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 65.

equidade, os princípios de justiça seriam escolhidos por trás de um véu de ignorância de favorecimentos ou desfavorecimento perante os demais¹⁷⁴.

De toda forma, aqui nos parece desnecessário aprofundar além do que já feito, especialmente pela exaustão já existente em obras primas, pelo que devemos concluir apenas que o princípio da moralidade é um princípio e contra tal afirmação não há como se negar¹⁷⁵. Aliás, a grande complicação reside não na conceitualização como princípio, mas sim na aplicação deste princípio¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 524.

¹⁷⁵ Isto também seguindo o quanto lecionado por BARROSO, o qual destaca, diferenciando princípios de regras:

“Tomem-se alguns exemplos de regras constitucionais. A idade mínima para alguém se candidatar a Presidente da República é de 35 anos (art. 14, § 32, VI, a): ao completar 70 o servidor público será aposentado compulsoriamente (art. 40, § 12, II); nenhum benefício da seguridade social poderá ser criado sem indicação da fonte de custeio (art. 195, § 52). Tomem-se, agora, alguns exemplos de princípios constitucionais. Eles poderão ser explícitos, como os da dignidade da pessoa humana (art. 12, III), da moralidade (art. 37, caput) ou da inafastabilidade da jurisdição (art. 52, XXXV); ou implícitos, decorrentes do sistema ou de alguma norma específica, como os da razoabilidade, da proteção da confiança ou da solidariedade. Nenhum leitor atento deixará de ter a intuição de que as normas do primeiro grupo e as do segundo grupo são inequivocamente diferentes em muitos aspectos”.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 239-240.

¹⁷⁶ “É, todavia, no modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio. Regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto. Exemplos: implementada a idade de 70 anos, o servidor público passa para a inatividade; adquirido o bem imóvel, o imposto de transmissão é devido. Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos.

Já os princípios indicam uma direção, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Alguns exemplos: a livre iniciativa por vezes se choca com a proteção do consumidor; o desenvolvimento nacional nem sempre se harmoniza com a preservação do meio ambiente; a liberdade de expressão frequentemente interfere com o direito de privacidade. Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, a prevalência de um sobre outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Caberá ao intérprete proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* - isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do

Todavia, é adequado tratar da palavra princípio, no campo do princípio da moralidade, como um dos princípios gerais. Isto na divisão proposta por SILVA, que nos ensina a necessidade de se fazer distinção entre “a) normas constitucionais de princípio; b) normas constitucionais de princípios gerais, também denominadas normas-princípios; e c) princípios gerais do direito constitucional”¹⁷⁷.

SILVA explica que o primeiro grupo (normas constitucionais de princípio) são de princípio na acepção de “início”, dando à legislação infraconstitucional a “efetiva criação, estruturação ou formação”. O grupo seguinte (normas constitucionais de princípios gerais – normas-princípios) já possui outro entendimento mais profundo, do qual deriva a necessidade de chamar, na verdade, de “normas fundamentais”, que são intitulados, pela Constituição de 1988, de “princípios fundamentais”, sendo as demais normas decorrentes destes apenas “desdobramentos analíticos”. O último grupo, dos princípios gerais do direito constitucional, não são fundamentais, mas possuem, a capacidade de se enquadrarem como “princípios gerais”¹⁷⁸.

Fato é que, na Constituição Federal de 1988, está expresso que é um princípio¹⁷⁹:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,

possível.”

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 242-243.

¹⁷⁷ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 116.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 117.

¹⁷⁹ Sabemos que a mera nomenclatura não é suficiente para classificar os institutos constitucionais. Porém, essa discussão é irrelevante neste caso haja vista a demonstração que será feita no sentido de que o princípio da moralidade é um princípio primordial e importantíssimo, especialmente pela sua finalidade pretendida.

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) ¹⁸⁰

Ademais, como já tivemos a oportunidade de ressaltar, o princípio da moralidade igualmente encontra guarida e fundamento em outras disposições expressas ou implícitas ¹⁸¹, p.ex., (i) quanto à legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular que fira este princípio (art. 5º, LXXIII ¹⁸²); (ii) necessidade de possuir idoneidade moral para ser considerado brasileiro nato (art. 12, II, a ¹⁸³); (iii) a necessidade de proteção da moralidade para o exercício de mandato eletivo (art. 14, §9º ¹⁸⁴); (iv) idoneidade moral para nomeação como ministro do TCU (art. 73, II ¹⁸⁵), ministro do TSE (art. 119, II ¹⁸⁶) e desembargador dos TREs (art. 120, §1º, III ¹⁸⁷).

¹⁸⁰ BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

¹⁸¹ Mais uma vez, como já indicado na introdução, diga-se previsões implícitas, porquanto, por vezes, não se refere à “moralidade”, mas são utilizadas outras expressões, tais como “reputação ilibada” e “idoneidade moral”, mas, sem sombra de dúvidas, a intenção e objetivo do texto são convergentes.

¹⁸² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;” (BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018).

¹⁸³ “Art. 12. São brasileiros:

(...)

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;” (Ibidem).

¹⁸⁴ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)” (BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <

Com base nessas considerações e na conclusão de ser, de fato, um princípio, resta necessário delimitar, cristalinamente, a sua amplitude para fins de aplicação (antecipe-se, rapidamente, o que será tratado no capítulo IV, no qual verificar-se-á a aplicação da técnica da ponderação para tanto). Isto porque, por não ser uma regra, a densidade (maior ou menor) para aplicação do princípio se torna mais difícil, mas não impossível, sendo necessária uma maior argumentação por parte do interprete constitucional.

Mas isto já é assunto do próximo tópico, sendo importante finalizar este com uma simples definição de BARROSO:

“Em suma, princípios são normas predominantemente finalísticas, e regras são normas predominantemente descritivas”¹⁸⁸.

Nos parece claro que a moralidade está insculpida no texto constitucional, notadamente nos mencionados dispositivos citados acima, como uma norma

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018).

¹⁸⁵ “Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

§ 1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

(...)

II - idoneidade moral e reputação ilibada;” (Ibidem).

¹⁸⁶ “Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:

(...)

II - por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.” (Ibidem).

¹⁸⁷ “Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal.

§ 1º - Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

(...)

III - por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.” (Ibidem).

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 241-242.

finalística, sendo a moralidade um valor que a sociedade brasileira colocou como preponderante na sua maior lei.

2.2.1 Princípio da moralidade não é regra

Com base no que foi dito anteriormente é que podemos conceitualizar o princípio da moralidade como fora da noção de regra. Não que isso seja pejorativo, muito pelo contrário: há de ser aceito que um princípio possui uma densidade filosófica para a sociedade muito maior do que uma regra. Como dito antes, uma regra tem sua aplicabilidade extremamente limitada quanto ao texto normativo, o que já não ocorre com o princípio, que tem a sua finalidade como ponto preponderante na hermenêutica. Em outras palavras, o princípio é, para a sociedade e no nosso modo de pensar, muito mais importante e influente do que uma regra, possuindo, claro, maior dificuldade de aplicação pela necessidade de maior ônus argumentativo.

Todavia, o maior ônus argumentativo não traz consigo a negatividade, mas sim o destaque de sua importância quando da aplicação. Até porque, quanto mais importante, mais cuidado devemos ter.

Retornando às lições de ÁVILA, há clara concordância com o que estamos a defender e o seu entendimento acerca do princípio da moralidade fora do campo da regra, mas igualmente ensejador de uma norma:

Por exemplo, o princípio da moralidade exige a realização ou preservação de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação. Para a realização desse estado ideal de coisas são necessários determinados comportamentos. Para efetivação de um estado de lealdade e boa-fé é preciso cumprir aquilo que foi prometido. Para realizar um estado de

seriedade é essencial agir por motivos sérios. Para tornar real uma situação de zelo é fundamental colaborar com o administrado e informa-lo de seus direitos e da forma como protegê-los. Para concretizar um estado em que predomine a sinceridade é indispensável falar a verdade. Para garantir a motivação é necessário expressar por que se age. Enfim, sem esses comportamentos não se contribui para a existência do estado de coisas posto como ideal pela norma, e, por consequência, não se atinge o fim. Não se concretiza, portanto, o princípio¹⁸⁹.

Podemos perceber, do quanto defendido por ÁVILA que há uma nítida vinculação ao que temos argumentado desde sempre acerca da confiança e a importância desta para o princípio da moralidade. A confiança, como já foi devidamente elucidada neste trabalho, tem a sua relevância não apenas na confirmação da legitimidade do Poder Legislativo, mas também no próprio agir moral.

Relembrando a classificação proposta por SILVA, o princípio da moralidade se encontra na categoria de *princípios gerais do direito constitucional*. De toda forma, mesmo que assim não fosse e ele estivesse na categoria de *princípios fundamentais*, fato é que, na prática, a resolução seria a mesma, especialmente quanto à sua eficácia imediata. É de se depreender da explicação:

Mas essas normas-princípios e as de princípios gerais distinguem-se basicamente daquelas que denominamos normas constitucionais de princípio ou de esquema, pois estas

¹⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 103.

são de eficácia limitada e de aplicabilidade indireta, isto é, dependentes de legislação ou de outra providência, enquanto aquelas são de eficácia plena e aplicabilidade imediata – auto-aplicáveis, na terminologia norte-americana¹⁹⁰.

Portanto, ainda que não seja regra – e, como já antecipamos, é mais – o princípio da moralidade nos parece ter uma capacidade coercitiva, com aplicabilidade imediata e eficácia plena indiscutível. E é disso que estamos falando: a aplicação do princípio da moralidade se basta em si próprio. Mas, para tanto, é preciso fazer uma análise quando da sua aplicação.

Justamente com base nessa necessária apreciação que MENDES e BRANCO perpetram o seu entendimento acerca do princípio da moralidade, mas do qual não podemos concordar. Entendem, os doutrinadores, que o mencionado princípio “possui pouca densidade jurídica, dada a dificuldade teórica de se precisar seu conteúdo específico”¹⁹¹. E, dando continuidade, afirmam que “o Estado não deve obediência a qualquer moralidade, mas somente àquela compartilhada na comunidade política específica”¹⁹².

Não podemos concordar com tal afirmação, ainda que aceitemos a sequência da explicação, que se refere à necessidade de a Administração Pública atender aos princípios constitucionais específicos, possibilitando a distinção do “justo do injusto, o conveniente do inconveniente, o oportuno do inoportuno, além do legal do ilegal”¹⁹³. E igualmente não podemos concordar com a argumentação posta de que o princípio da legalidade, pela sua legitimidade democrática, automaticamente traria a moralidade na criação legislativa¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 117.

¹⁹¹ MENDES, Gilmar Ferrira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 765.

¹⁹² Ibidem.

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ “A legalidade, em razão de sua conexão com a legitimidade democrática daqueles que concorrem

Como tratado anteriormente, o processo legislativo é sim a materialização da legitimidade democrática, inclusive com base na separação dos poderes e no princípio democrático. Todavia, uma coisa não leva necessariamente à outra, especialmente quando constatado que nem sempre os legitimados agem com a moralidade devida e esperada por aqueles que lhes confiaram os votos. Isto já foi mencionado neste trabalho algumas vezes, especialmente quando indicada a importância da confiança para o agir moral e, com especial atenção, quando ressaltada a crise de confiança atualmente existente¹⁹⁵. Ainda em relação a este ponto, quando o Supremo Tribunal Federal analisou a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010, o relator, Ministro Carlos Ayres Britto bem indicou que a norma, ao adicionar o tempo restante de mandato ao prazo de oito anos de inelegibilidade nos casos de renúncia para bloquear o curso das penalidades, “desestimular essa canhestra renúncia para o fim de bloqueio processual, que rompe o pacto de confiança firmado com o eleitor, o cargo e o partido”¹⁹⁶.

Apesar disso e das críticas que fizemos, os mencionados doutrinadores consideram que ao princípio estudado pode ser conferida um pouco de densificação, mas com base em outros fatores, outros princípios, os quais seriam uma forma de concretizar e possibilitar o controle no âmbito da Administração Pública. Podemos citar, em adição a este ponto argumentativo, com vistas a corroborar a afirmação, as

no processo de elaboração da lei, fornece um critério de moralidade dado pelo Poder Legislativo, com a participação do Poder Executivo, que é, portanto, um critério institucional. A Administração Pública, no entanto, acresce a tal critério outros decorrentes da vivência empírica que ocorre em seu próprio ambiente, bem como experimentados em suas relações com os administrados, que a leva à construção de pautas para a utilização de suas próprias competências, ainda que ligadas ao seu poder discricionário.”

Ibidem.

¹⁹⁵ Relembre-se o trabalho, já citado, que analisou a desconfiança política, sendo relevante lembrar que o termo confiança, neste campo, “se refere às expectativas que as pessoas alimentam a respeito do comportamento dos outros com quem convivem e interagem; e diz respeito à ação desses outros quanto aos seus interesses, aspirações ou preferências”

MOISÉS, J. Á., & MENGUELLO, R. *A Desconfiança Política e os seus Impactos na Qualidade da Democracia*. São Paulo: Edusp, 2013. p. 13-14.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 630.147. recorrente: Joaquim Domingos Roriz e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade e outros. Relator: Carlos Britto. Redator para acórdão: Marco Aurélio. Brasília, 20, de setembro de 2010. p. 29. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=629925>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

hipóteses trazidas na introdução deste trabalho quando colocada a importância da moralidade no texto constitucional¹⁹⁷.

Todavia, não podemos concordar com tudo. É fato que existem regras constitucionais que emanam normas com base no princípio da moralidade. Contudo, o que se percebe é a influência, a base, deste (princípio da moralidade) àquelas normas. E não o contrário, tampouco a limitação de aplicação do princípio se não houvessem as regras. A existência de regras constitucionais derivativas do princípio da moralidade não é um fator limitativo deste, mas, com muito mais força, a demonstração cabal de que o princípio da moralidade é um dos preponderantes de importância para a unicidade de interpretação e aplicação da Constituição Federal enquanto um todo.

E, para corroborar o que é dito neste momento, podemos fazer um simples exercício. Caso entendêssemos que o princípio da moralidade não tem aplicação por si só, seria possível a prática de nepotismo caso existisse lei possibilitando a prática. Todavia, foi exatamente o oposto que o Supremo Tribunal Federal decidiu quando do julgamento da ADC 12¹⁹⁸, relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto. Merece ser

¹⁹⁷ “Não obstante estas considerações, ao princípio da moralidade pode ser atribuída alguma densificação, tendo em vista outros parâmetros, como o princípio da proporcionalidade, o princípio da não arbitrariedade do ato administrativo e o próprio princípio da isonomia. O princípio da moralidade, portanto, para funcionar como parâmetro de controle do ato administrativo, deve vir aliado aos outros princípios fundamentais, dentre os quais assumem relevância aqueles que funcionam como diretriz para a atuação da Administração Pública.

Nesse sentido, podem-se extrair da própria Constituição elementos para a densificação do princípio em exame. O parágrafo 4º do art. 37 da Constituição Federal afirma que atos de improbidade administrativa poderão gerar, dentre outras sanções, a perda da função pública e o dever de ressarcimento ao erário; por seu turno, o inciso LXXIII do art. 5º da Constituição atribui a qualquer cidadão a legitimidade para propor ação popular que vise à anulação de ato lesivo à moralidade administrativa; valendo a menção, ainda, ao inciso V do art. 85 da Constituição, que considera crime de responsabilidade ato do Presidente da República que atente contra a improbidade na Administração.”

Ibidem, p. 766.

¹⁹⁸ “EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE “DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato

citado trecho da decisão liminar, que fora incorporado ao voto quando do julgamento do mérito:

O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04.

Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela

resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade. ADC 12. Autor: Associação Dos Magistrados Brasileiros - AMB. Interessado: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Carlos Britto. Brasília, 20, de agosto de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público¹⁹⁹.

Podemos perceber do excerto que a norma analisada – ato normativo do CNJ que impedia a prática de nepotismo – foi entendida apenas como uma reprodução da vontade do constituinte originário. É de se ver que o relator deste relevante precedente faz uma observação interessante que tem total relação com o quanto já alinhado e corroborado neste nosso estudo. Isto porque, quando afirma acerca da existência do comando constitucional de atuação, explicita que “já era constitucionalmente proibido, porém, agora, mais expletivamente positivado”²⁰⁰ e isto nos leva à questão de aplicabilidade dos princípios e das regras: estas automaticamente aplicáveis pela regra da subsunção do fato ao texto e aquela dependente de um maior ônus argumentativo²⁰¹. Podemos perceber, por mais este motivo, que não há qualquer limitação do princípio da moralidade ao da legalidade.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade. ADC 12. Autor: Associação Dos Magistrados Brasileiros - AMB. Interessado: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Carlos Britto. Brasília, 20, de agosto de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ Tanto é assim que Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que, apesar do princípio da moralidade apresentar-se em conjunto com outros que buscam garantir o correto andamento da Administração

Tendo em vista mais essas considerações, nos parece indubitável a natureza do princípio da moralidade, afastada da ideia de regra. É, por outro lado e com muito afinco, um princípio nato, com a sua finalidade irradiante para diversos campos e âmbitos tratados na Constituição Federal. Claro que, por ser princípio, a aplicabilidade é muito maior, mas isso não influencia diretamente na suposta ausência de densidade, muito pelo contrário, faz com que a aplicação seja mais rigorosa e complexa, trazendo ainda mais importância. Agora, para que se verifique a correta aplicação do princípio, é importante tecer breves comentários sobre o valor do seu conteúdo e o estado ideal da sua forma.

2.2.2 Como valor quanto ao seu conteúdo

A questão que envolve o conteúdo do princípio da moralidade está intrinsecamente ligada à linha de argumentação no sentido de que o estado ideal da sua forma é igualmente e extremamente relevante. Ainda que se fale que os dois são proeminentes, inexistente contrassenso – poder-se-ia argumentar que é importante apenas a forma ou apenas o conteúdo. Em outras palavras, o que se percebe quanto ao princípio da moralidade no ordenamento jurídico brasileiro é a convivência da forma e do conteúdo em ampla e completa sintonia. Vejamos, primeiramente, o conteúdo e, no próximo tópico, a forma, finalizando com a demonstração que há a harmonia para a completa efetividade, aplicabilidade e, principalmente, a completa densidade para a aplicação.

Pública, possui autonomia.

“(…) sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa. É evidente que, a partir do momento em que o desvio de poder foi considerado como ato ilegal e não apenas imoral, a moralidade administrativa teve seu campo reduzido; o que não impede, diante do direito positivo brasileiro, o reconhecimento de sua existência como princípio autônomo.”

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 29ª ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 110.

Como demonstrado de antemão, um princípio se distingue de uma regra – adotando uma das muitas vertentes e conceitos que entendemos ser a mais adequada –, porquanto aqueles (princípios) são “normas predominantemente finalísticas, e regras são normas predominantemente descritivas”²⁰². Só por isto já é muito relevante e importante analisar o conteúdo de um princípio. E este conteúdo se torna relevante enquanto valor, no que se pretende reproduzir e perpetuar no âmbito da sociedade brasileira. É nítido o que estamos dizendo, a saber, o conteúdo do princípio, tendo em vista ser uma norma finalística, é muito mais importante do que a limitação do texto.

E isto nos traz a um ponto anterior, notadamente quanto à necessária análise do texto completo da nossa Constituição. Merece enfoque o “completo”. Isto porque, muitas das vezes que se pensa em princípio da moralidade, há uma indevida limitação ao artigo 37 da Constituição Federal.

Sucedede que ele, como já demonstrado em outras oportunidades neste estudo, não está adstrito à regra insculpida no mencionado dispositivo. Muito pelo contrário, o princípio da moralidade é base para a justificativa e origem de diversas outras previsões constitucionais, possibilitando muitas outras leituras acerca da moralidade.

Para que se possa lembrar, a moralidade está presente, em seu conteúdo nas situações que envolvem, p.ex., (i) a legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular que fira este princípio (art. 5º, LXXIII); (ii) a necessidade de possuir idoneidade moral para ser considerado brasileiro nato (art. 12, II, a); (iii) a necessidade de proteção da moralidade para o exercício de mandato eletivo (art. 14, §9º); (iv) a idoneidade moral para nomeação como ministro do TCU (art. 73, II), ministro do TSE (art. 119, II) e desembargador dos TREs (art. 120, §1º, III).

Poderemos ver, no tópico 2.6 deste capítulo, a leitura que o Supremo Tribunal Federal já fez do princípio em algumas situações que envolvem os mencionados dispositivos e, conseqüentemente, buscaremos demonstrar a importância da

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 241-242.

moralidade em todas as conjunturas. De toda forma, sem prejuízo desta análise, é importante, desde já, fazer apenas um exercício com base no que o Supremo analisou quando do julgamento da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010).

Esta lei veio estabelecer critérios de inelegibilidade para o exercício do mandato. Já na parte preliminar está disposto que:

Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

Podemos extrair duas observações relevantes e complementares, no sentido de que a legislação foi instituída com a finalidade de proteger a moralidade e tem como base constitucional o disposto no §9º do artigo 14 da Constituição Federal de 1988. Este dispositivo, por sua vez, tem o seguinte enunciado:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

...

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de

mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

É cristalino que a moralidade aparece com a finalidade de proteger a soberania popular. Analisando a aplicabilidade da Lei da Ficha limpa, o Supremo Tribunal Federal julgou diversos processos. Dentre eles, o Recurso Extraordinário nº 630.147 é deveras relevante e interessante tendo em vista algumas considerações que foram feitas e que nos parecerem ser essenciais.

O relator do caso, Ministro Carlos Ayres Britto, fez diversas considerações que merecem muita atenção, afirmando, quanto ao dispositivo constitucional insculpido no artigo 14, §9º, que é “dotado de maior envergadura sistêmica e densificador de valores vistosamente ético-democrático-republicanos”²⁰³, impondo às demais normas a interpretação com base nele (e não o contrário). Ou seja, o princípio da moralidade, no âmbito dessa leitura constitucional, possui “envergadura sistêmica” e, em certa medida, detém a já tão mencionada densidade para fins de interpretação e aplicação.

Ora, é justamente disto que estamos falando: o princípio da moralidade tem o seu conteúdo fora da limitação do dispositivo constitucional transcrito no artigo 37. Trazendo a expressão utilizada por BRITTO, acima mencionada, a moralidade tem especial importância e densidade com base no valor ético-democrático-republicano.

Percebemos, deste modo, que há outra ligação entre os pontos explanados e debatidos neste trabalho. Agora, a moralidade aparece não apenas vinculada à

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 630.147. recorrente: Joaquim Domingos Roriz e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade e outros. Relator: Carlos Britto. Redator para acórdão: Marco Aurélio. Brasília, 20, de setembro de 2010. p. 29. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=629925>>. Acesso em: 04 setembro

confiança, mas também aos princípios e valores democráticos e republicanos. Lembremos que a confiança também está vinculada à democracia – tanto no momento de escolha dos legisladores, na investidura, quanto em relação ao exercício do cargo.

Portanto, o conteúdo do princípio da moralidade não pode jamais ser analisado com base limitada de um ou outro dispositivo apartado da unicidade da Constituição. É indispensável que a análise e aplicação da moralidade leve em consideração os princípios democráticos e republicanos.

Concluindo o proposto neste tópico, é importante que tenhamos sempre em vista que o conteúdo do princípio da moralidade transmite um valor homogêneo e deveras relevante para a Constituição brasileira, atraindo a aplicabilidade uma desta em todos os campos da sociedade e do ordenamento jurídico. Veremos mais disso no próximo capítulo, notadamente quanto à legislação pátria submetendo-se à moralidade.

2.2.3 Como estado ideal quanto à sua forma

Constatado o conteúdo do princípio da moralidade e a sua importância, sendo, na verdade, um resumo das ideias e argumentos anteriormente desenvolvidos neste estudo, há de se ressaltar a forma do princípio e se esta é melhor opção para o ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, responder a inquietação de se a moralidade deveria mesmo ser tratada como princípio ou se a sua materialização como regra seria mais efetiva.

Podemos iniciar já respondendo que o ideal de se ter a moralidade em forma de princípio, e não materializado em regra, é proeminente. E isto por alguns motivos.

Como mencionado anteriormente, consagrar uma norma como princípio faz com que a moralidade tenha uma importância muito maior no ordenamento jurídico

brasileiro. Isto é, enquanto princípio possui uma densidade, e aqui discordamos de alguns doutrinadores, muito maior de que teria se fosse apenas transmitido numa regra. A densidade de aplicação de um princípio é muito mais relevante do que de uma simples regra, ainda que constitucional. Tanto é assim que a moralidade não se limita a um ou outro dispositivo. É, por outro lado, um vetor da Democracia e da nossa Constituição.

Em outras palavras, o princípio da moralidade tem um estado ideal quanto à forma pela qual é posta em nosso ordenamento jurídico. Isto faz com o que a moralidade obtenha uma formação no âmbito jurídico muito maior do que simplesmente uma regra. Não se quer desprestigiar as regras constitucionais, mas, na verdade, dar uma maior importância para os princípios que lhes garantem ainda mais aplicabilidade. É deverás simples: os princípios garantem maior aplicação às regras. E isto ocorre com o princípio da moralidade e as regras que dele decorrem, já trazidas aqui algumas vezes.

Ora, o princípio da moralidade serve para que as regras constitucionais, por exemplo, de (i) a legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular que fira este princípio (art. 5º, LXXIII); (ii) da necessidade de possuir idoneidade moral para ser considerado brasileiro nato (art. 12, II, a); (iii) da necessidade de proteção da moralidade para o exercício de mandato eletivo (art. 14, §9º); (iv) da idoneidade moral para nomeação como ministro do TCU (art. 73, II), ministro do TSE (art. 119, II) e desembargador dos TREs (art. 120, §1º, III), tenham ainda mais efetividade. É claro que o interprete e aplicador do princípio há de despender maior ônus argumentativo para permitir a aplicabilidade, mas isto não é pejorativo.

E é neste sentido que nos parece ser impensável, com base no que estamos a discorrer, a possibilidade, por exemplo, da “constitucionalização” do nepotismo. Se fosse uma regra constitucional, poder-se-ia discutir a revogação da moralidade. Todavia, pelo contrário, a alteração constitucional que visasse a inclusão da possibilidade do nepotismo estaria absolutamente contra a existência do princípio da moralidade, ferindo a unicidade do texto da Constituição e, também, um dos seus

princípios basilares – este princípio da moralidade decorre do próprio princípio democrático (basilar da constituição, conforme visto no primeiro capítulo), bem como do que transmite a ideia de República. Portanto, temos que acatar que as normas constitucionais, especialmente as decorrentes dos princípios, são extremamente relevantes para se fixar os parâmetros aos quais o legislador derivado deverá se pautar.

Portanto, a materialização da moralidade em forma de princípio nos parece ser a mais adequada, sendo importante para a interpretação e aplicação das regras constitucionais e infraconstitucionais. Estas devem ter a sua leitura com base naquele, sendo que a interpretação deve ser necessariamente feita com base na finalidade do princípio, conforme demonstrado anteriormente e sintetizado no tópico anterior.

Em conclusão, finalizamos esta parte do estudo com a demonstração de que há harmonia para a completa efetividade, aplicabilidade e, principalmente, a completa densidade para a aplicação. Ora, temos tanto o estado ideal do princípio quanto ao seu conteúdo, materializando-se em diversas normas constitucionais, transmutando-se em vetor preponderante da Democracia e da República, bem como igualmente se mostra presente o estado ideal da forma quando se concretiza em princípio.

2.3 Necessidade de diálogo entre o direito e a moral

Após tratar do princípio da moralidade e sua caracterização como tal, destacando o seu conteúdo enquanto valor e a sua forma, é interessante fazer um aparte entre o necessário diálogo entre o Direito e a Moral. É indissociável a necessidade de verificar e destacar a constante conversa e debate existente entre o Direito e Moral, especialmente para que se afaste qualquer crítica no sentido de que o Direito seria uma ciência limitadora e específica, sem influência de demais ramos das ciências humanas.

Na verdade, o que temos é a construção do Direito pela Moralidade. Tanto é assim que já pudemos afirmar a existência da moralidade, ainda que em conceito aberto, em diversos trechos da Constituição Federal de 1988. Isto não seria possível se a sociedade não estivesse disposta a aceitar o texto magno que abarcasse os seus asseios. É, de certa forma, a construção do direito pela moralidade.

Ademais, igualmente lembrando o que já podemos tratar em outros momentos, é fato que um princípio tem sempre uma função finalística. Juntando esta constatação com o fato de a moralidade ser uma das fontes do nosso direito, há de ser consagrada a afirmação no sentido de que há uma ligação inequívoca para a aplicação do direito também pela moralidade. Ou seja, além de ser a origem, dialoga também quando da aplicação. A moral é, assim, indispensável.

Tanto que o é assim que BARROSO leciona que se encontra superada a crença de que os dispositivos normativos contêm, no seu âmbito abstrato, a solução preestabelecida e unívoca para os problemas que pretenda solucionar. Assim, a visão do intérprete e a realidade latente, conjuntamente com a presença de cláusulas gerais e enunciados de princípios cujo conteúdo precisará de integração na aplicação do Direito ao caso concreto, poderão sofrer variação ao longo do tempo, produzindo consequências jurídicas diversas²⁰⁴.

Portanto, é interessante notar que o diálogo entre o Direito e a Moral também se mostra presente na interpretação e aplicação das normas, p. ex., na própria mutação constitucional, notadamente sob o aspecto do costume. BARROSO observa a relação existente entre a mudança na moral da sociedade e a implicação dessas mudanças no mundo jurídico e político. Cita, assim, a situação na qual há a adoção de um costume (prática reiterada, reconhecida como válida e em certos casos, como obrigatória) como fonte de direito, podendo ele assumir um papel de interpretação informal da Constituição, de atualização do seu texto ou ainda

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 169.

assumindo um papel de contradição com a norma constitucional, ainda que neste último caso, não deva receber o batismo do Direito²⁰⁵.

Para além do fenômeno da mutação constitucional, o laço entre a Moral e o Direito é exposto quando ocorre a judicialização das questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral, como no julgamento acerca da constitucionalidade de temas como pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3105/DF), liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS - caso Ellwanger), interrupção de gestação de fetos anencéfalos (ADPF 54/DF), dentre outros.

Poderíamos aprofundar muito nesse mérito da relação entre Direito e Moral. Mas nos parece desnecessário e, portanto, se permite ser despretensioso para apenas e tão somente afirmar que é intrínseca a afinidade existente na criação do Direito a partir do que temos por moral, o que se comprova com a leitura da construção da Constituição de 1988. Ocorre que isto, e por se estar tratando sempre de um princípio, leva ao fato de que a interpretação também deve ter como autoridade a moralidade.

Portanto, é inimaginável a situação na qual seria inexistente o diálogo entre direito e moral. O Direito não é uma ciência limitadora e específica, sem influência de demais ramos das ciências humanas, mas surge da convivência em sociedade e, especificamente quanto ao presente trabalho, nos anseios que a população tem quanto ao agir moral.

2.4 Moralidade em suas facetas

Nos tópicos antecedentes analisamos o princípio da moralidade, momentos nos quais destacamos que não é uma regra e que isto não é pejorativo, muito pelo contrário, traz a efetividade plena do princípio tal como pretendido pelo legislador originário e almejado pela sociedade. É o princípio pela sua vertente finalística.

²⁰⁵ Ibidem, p. 171-172.

Também verificaremos alguns pontos interessantes sobre moralidade e fisiologia, moralidade sob o aspecto do conteúdo e da forma e o diálogo entre Direito e Moral.

Agora, nos parece importante analisar a moralidade sob o aspecto das suas facetas, quais sejam: pública e privada. Em suma, a ideia é verificar se existe alguma distinção na moralidade aplicável no âmbito público e a moralidade existente no âmbito privado. E, para tanto, é necessário verificar algumas peculiaridades de cada situação, inclusive com exemplos ocorridos no mundo.

2.4.1 Moralidade privada

MICHAEL J. SANDEL possui três livros bem conhecidos nos quais são retratadas e discorridas situações interessantes para a sociedade (Contra a Perfeição, O Que o Dinheiro não Compra e Justiça: o que é fazer a coisa certa). Este último livro, *O Que o Dinheiro não Compra e Justiça: o que é fazer a coisa certa*, é peculiar para o assunto da moralidade e gostaríamos trazer alguns pontos ali desenvolvidos.

Neste livro, inicia trazendo a discussão que existe em relação ao abuso de preços de serviços e produtos quando há um desastre natural, como um furacão. Neste sentido, questiona até que ponto pode ser aceita a intervenção do Estado na economia, especialmente por intermédio da lei. Neste ponto, faz uma observação que nos parece ser muito peculiar, no sentido de que “[e]ssas questões não dizem respeito apenas à maneira como os indivíduos devem tratar uns aos outros. Elas também dizem respeito a como a lei deve ser e como a sociedade deve se organizar”²⁰⁶.

Lembremos o que foi dito lá atrás acerca da função do legislador, o qual “deve cuidar principalmente de formar pessoas honestas, procurar saber por quais

²⁰⁶ SANDEL, Michael. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 13-14.

exercícios tornará honestos os cidadãos e sobretudo conhecer bem qual é o ponto capital da vida feliz”²⁰⁷.

Acerca da ganância que faz com que as pessoas cobrem elevados preços daqueles que sofreram com desastres naturais, SANDEL coloca que há um “argumento da virtude”, no sentido de que “a ganância é um defeito moral, um modo mau de ser, especialmente quando torna as pessoas indiferentes ao sofrimento alheio. Mais do que um defeito pessoal, ela se contrapõe à virtude cívica”²⁰⁸. Ora, é exatamente isto que foi visto no tópico 2.1 acerca da Moralidade e Fisiologia, quando PAUL ZAK demonstra a existência do círculo virtuoso que envolve a empatia, confiança e agir morar.

Mas, e aqui nos parece ser um problema muito sério quanto à moralidade e sua efetividade com base na função do legislador, como impor a prática de um agir moral à sociedade? Não há, de fato, uma fórmula. Porém, a experiência em algumas situações nos mostra como o Poder Legislativo pode reagir às condutas tidas como imorais.

Há uma situação interessante que ocorreu nos Estados Unidos, notadamente na crise do mercado imobiliário de 2008. Nesta ocasião, as instituições financeiras norte-americanas recorreram ao Governo. O Congresso autorizou a ajuda. Entretanto, “depois que o dinheiro do socorro financeiro (bailout) começou a circular, novas informações revelaram que algumas das companhias, agora com o auxílio de recursos públicos, estavam agraciando seus executivos com milhões de dólares em bônus”²⁰⁹.

A reação da Câmara dos Deputados norte-americanos, pressionada pela população, foi no sentido de se taxar altamente a distribuição desses valores, o que se mostrou como uma ação indispensável para que alguns executivos devolvessem os bônus recebidos. Ao final, a atitude de “devolução” acabou por acalmando os

²⁰⁷ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 55.

²⁰⁸ SANDEL, Michael. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 15.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 21.

ânimos, fazendo com que a ideia da taxaço perdesse força no âmbito do Senado. Interessante, neste ponto, é que o apoio da população já era massivamente contrária desde o início, para muitos parecendo, no âmbito da moralidade, “*um tipo de extorsão*”²¹⁰.

Por certo que a “ganância é um defeito moral, uma atitude má, um desejo excessivo e egoísta de obter ganhos. Assim, é compreensível que o povo não fique satisfeito em premiá-la”²¹¹. Com base nessa situação podemos perceber uma diferença entre a moral privada e aquela pública: enquanto as instituições privadas não tiveram problemas em dividir os lucros, a sociedade se mostrou contrária, especialmente pela necessidade de, há pouco tempo, ter sido necessário injetar dinheiro público nas instituições financeiras.

Retornando ao ponto da moralidade privada, SANDEL nos traz algo interessante sobre o ato de legislar acerca da moralidade. Indica que há uma grande relutância, no âmbito de sociedades liberais, em se aceitar tal condução, especialmente pelo risco que existe em relação à intolerância e coerção. Por outro lado, não deixa de reconhecer a existência de certas virtudes nas sociedades que atuam de forma mais justa e, conseqüentemente, moral²¹².

E a necessidade de uma legislação justa e moral, que também atue no campo da moralidade privada, nos parece ser relevante porquanto existem algumas constatações acerca da sociedade que são primordiais a justificar a necessidade. No campo da individualidade de cada um, não podemos deixar de concordar que o raciocínio moral é “uma forma de resolver nossas convicções morais, de descobrir aquilo em que acreditamos e por quê”²¹³. Em complemento, já no âmbito do viver em

²¹⁰ Ibidem, p. 23.

²¹¹ Ibidem, p. 23-24.

²¹² “A ideia de legislar sobre a moralidade é um anátema para muitos cidadãos de sociedades liberais, visto que oferece o risco de derivar para a intolerância e a coerção. Mas a noção de que uma sociedade justa afirma certas virtudes e concepções do que seja uma vida boa vem inspirando movimentos políticos e discussões que atravessam o espectro ideológico. Não apenas o Talibã, mas também os abolicionistas e Martin Luther King basearam suas visões de justiça em ideais morais e religiosos.”

Ibidem, p. 29.

²¹³ Ibidem, p. 33

sociedade, é fato que a “vida em sociedades democráticas é cheia de divergências entre o certo e o errado, entre justiça e injustiça”²¹⁴.

Ou seja, as situações existentes entre a moralidade privada e a pública são diferentes. E são diferentes justamente porque estamos tratando de pessoas díspares vivendo em uma comunidade para formarem uma sociedade.

Mas é claro que, em sociedade, a moralidade se torna mais complexa de aferição, inclusive quando o indivíduo observa sua ação perante a sociedade. SMITH trata justamente disto ao afirmar que a “incerteza quanto a nosso próprio mérito, somada à preocupação em julgá-lo favoravelmente, naturalmente bastam para que desejemos conhecer a opinião de outras pessoas a esse respeito, para estarmos mais animados que o habitual, se essa opinião é favorável, e mais mortificados quando não é”²¹⁵. O que ele quer dizer com isso é justamente o que pretendemos agora defender no sentido de que há uma grande complicação na aferição do agir moral na sociedade, porquanto nasce uma necessidade de se aferir o agir. Esta constatação, de como agir, é feita tendo como referência outros indivíduos da sociedade, podendo até levar em consideração – e aqui nós concordamos sem sombra de dúvidas que é uma indispensabilidade – a felicidade do outro²¹⁶.

Mas, agora, como devemos pensar a moralidade, especialmente no âmbito privado? Será ela limitada à forma como somos formados, pela paixão e deixada de lado a razão? Acreditamos que não, concordando com o que diz SANDEL, no sentido de que, caso fosse verdade, “a persuasão moral seria inconcebível e o que consideramos ser um debate público sobre justiça e direitos não passaria de uma saraivada de afirmações dogmáticas em uma inútil disputa ideológica”²¹⁷. Todavia,

²¹⁴ Ibidem, p. 36.

²¹⁵ SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. Tradução de Lya Luft, revisão de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 157.

²¹⁶ Ibidem, p. 273.

²¹⁷ SANDEL, Michael. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 37

não é isso que queremos da sociedade, muito menos do debate acerca da moralidade.

A bem da verdade, procuramos, enquanto sociedade, por tudo quanto já dito, formar pessoas boas, agindo de forma moral e pretendendo sempre buscar a felicidade. É outro ciclo virtuoso.

Justamente por isto que concordamos, mais uma vez, com o Utilitarismo de JEREMY BENTHAM, cuja “ideia central é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor”²¹⁸. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como ‘utilidade’ ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento. O grande problema dos utilitaristas é que a “moralidade deve considerar os custos e os benefícios finais”²¹⁹. Isso faz com que recebam muitas críticas²²⁰. E também podemos criticar quando envolve a sociedade, o agir moral no âmbito da coletividade, conforme trataremos adiante.

Inobstante essas considerações e voltando ao ponto do tópico, sobre a moralidade privada talvez tenhamos uma boa ideia do que é a partir de JOHN STUART MILL. Isto porque o pensador conseguiu ultrapassar a linha de defesa do utilitarismo naquilo que este deixava de garantir os direitos individuais. Ou seja, fazer o que quiser desde que não faça mal a ninguém. É a defesa da liberdade²²¹. Essa

²¹⁸ Ibidem, p. 48.

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ “Os utilitaristas veem essa tendência a repudiar o valor monetário para avaliar a vida humana como um impulso que deveríamos superar, um tabu que obstrui o raciocínio claro e a escolha social racional. Para os críticos do utilitarismo, entretanto, nossa hesitação aponta para algo de importância moral – a ideia de que não é possível mensurar e comparar todos os valores e bens em uma única escala de medidas.”

Ibidem, p. 60-61.

²²¹ “Os trabalhos de Mill são uma árdua tentativa de conciliar os direitos do indivíduo com a filosofia utilitarista que herdara do pai e adotara de Bentham. Seu livro *On Liberty* (1859) é a clássica defesa da liberdade individual nos países de língua inglesa. Seu princípio central é o de que as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, contanto que não façam mal aos outros. O governo não deve interferir na liberdade individual da maioria no que concerne à melhor maneira de viver. Os únicos atos pelos quais uma pessoa deve explicações à sociedade, segundo Mill, são aqueles que atingem os demais. Desde que eu não esteja prejudicando o próximo, minha ‘independência é, por

defesa da liberdade muito se encaixa no que já arguimos acerca da moralidade no âmbito da democracia.

Interessante ver – até mesmo para aprofundamento na discussão acerca do utilitarismo e da liberdade – as situações que SANDEL coloca no seu livro, tais como as que envolvem Barriga de Aluguel, isenções e benefícios a idosos. O raciocínio destas situações nos permite refletir acerca da moralidade no âmbito privado e individual, com base na liberdade de cada indivíduo, ou até mesmo no âmbito de uma corporação privada. Agora, é isto que podemos esperar para a moralidade pública, ou seja, a moralidade na coletividade, na sociedade? Acreditamos que não, justamente para que se respeitem também os direitos individuais com base nas particularidades individuais. A moralidade, no campo macro há de ser aferida de outra forma que não simplesmente na análise do que faz cada indivíduo feliz ou satisfeito por ter agido com base naquilo que ele próprio entende como moral. A empatia, na situação da coletividade, não se basta quando é aferível apenas com base num indivíduo.

Não poderíamos deixar de citar o crítico, talvez o maior, do utilitarismo: KANT. Após os ensinamentos de HUME e LOCKE, como já vimos acerca do Imperativo Categórico, coloca a moralidade como algo fora do “aumento da felicidade ou a qualquer outra finalidade. Ele afirma, ao contrário, que ela está fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas”²²². A moralidade, neste sentido e também influenciada pelo momento histórico (Revoluções Americana e Francesa), tem muito a ver com o que é denominado de Direitos Humanos, justamente porque rejeitada a visão numérica de maximização do bem-estar, porquanto, mais uma vez, não respeita a liberdade. Por isso, “Kant é um grande defensor da abordagem número dois – aquela que associa justiça e moralidade a liberdade”²²³.

direito, absoluta. No que diz respeito a si mesmo, ao próprio corpo e à própria mente, o indivíduo é soberano”.

Ibidem, p. 64.

²²² Ibidem, p. 137.

²²³ Ibidem, p. 138.

Ou seja, KANT recusa o utilitarismo porque este coloca com grande importância a “maior felicidade”, deixando os direitos vulneráveis, especialmente na situação individual de cada um analisar os seus desejos próprios. SANDEL chega a fazer uma consideração interessante para a situação específica que analisamos neste trabalho, notadamente porque o “simples fato de a maioria, por maior que seja, concordar com uma determinada lei, ainda que com convicção, não faz com que ela seja uma lei justa”²²⁴.

Assim, KANT propõe afastar os interesses individuais na análise da moralidade e, portanto, propõe que a leitura da moralidade seja feita com base na “pura razão prática”. Esta, por seu turno, deriva da concepção entre a liberdade e o raciocínio. É, em certa medida, uma ponderação. Mas onde encontrar o ponto? O que é, portanto, moral?

De acordo com KANT, devemos, para responder essa pergunta, procurar o motivo. Poderíamos gastar muitas linhas tecendo comentários sobre este tema. Todavia, nos basta dizer, até porque trataremos dos motivos determinantes em tópico específico, que “a intenção com a qual a ação é realizada”²²⁵ nos parece ser muito relevante. Uma consideração final sobre o assunto:

Se agirmos por qualquer outro motivo que não seja o dever, como o interesse próprio, por exemplo, nossa ação não terá valor moral. Isso se aplica, segundo Kant, não apenas ao nosso interesse próprio, mas também a qualquer tentativa de satisfazer nossas vontades e preferências, nossos desejos e apetites. Kant compara motivos como esses – que denomina ‘motivos de inclinação’ – com a motivação pelo dever. E insiste

²²⁴ Ibidem, p. 138.

²²⁵ Ibidem, p. 143.

no fato de que apenas as ações motivadas pelo dever têm valor moral²²⁶.

Porém, temos que criticar KANT quando, ao nosso sentir, exagera ao afastar a moral do ato quando ele é movido por compaixão²²⁷. Ora, a finalidade pretendida é o agir moral. Desde que o motivo preponderante que leva ao agir moral não seja – sem medo de ser repetitivo – moralmente reprovável (ou, também legalmente), não há de ser refutada o ato moral daquele indivíduo, especialmente quando o agir é feito com base na compaixão, na empatia. Ora, não é nem ao céu, tampouco ao inferno, há de ser encontrando um meio termo que leve em consideração os benefícios de cada modo de ver a moralidade.

Desta forma, podemos concluir que moralidade tem um grande conceito pela razão que lhe faz ser praticada, ou seja, fazer a coisa certa pelo motivo certo. É a virtude do pensamento de KANT, o qual denomina de dever, pelo que o agir moral é moral quando se age pelo dever. O dever, por seu turno, é vinculado à razão e, também, pura. Não nos parece mais necessário fazer a diferenciação entre o imperativo categórico e o hipotético²²⁸, notadamente para o presente trabalho. Todavia, mais um e final trecho é relevante ser citado:

²²⁶ Ibidem, p. 144.

²²⁷ “Para Kant, no entanto, as boas ações advindas da compaixão, “embora corretas e cordiais”, não têm valor moral. Isso parece contrariar o bom senso. Não é bom que tenhamos prazer em ajudar os outros? Kant diria que sim. Ele certamente nada vê de errado nas ações motivadas pela compaixão. No entanto, faz uma distinção entre o fato de ajudar os outros por prazer — porque praticar boas ações é um ato prazeroso — e ajudá-los por dever. E afirma que uma ação só tem valor moral se for motivada pelo dever. A compaixão do altruísta “merece louvor e incentivo, mas não tem valor moral”. Ibidem, p. 146-147.

²²⁸ “Kant faz uma comparação entre os imperativos hipotéticos, que são sempre condicionais, e um tipo de imperativo incondicional: o imperativo categórico. ‘Se a ação for boa apenas como um meio para atingir uma determinada coisa’, escreve Kant, ‘o imperativo será hipotético. Se a ação for boa em si, e, portanto, necessária para uma vontade que, por si só, esteja em sintonia com a razão, o imperativo, nesse caso, será categórico.’ O termo categórico pode parecer um jargão, mas não está tão distante da maneira como costumamos empregá-lo. Por “categórico” Kant entende “incondicional”. Assim, quando um político nega categoricamente um suposto escândalo, por exemplo, a negativa não é meramente enfática; é incondicional — sem deixar margem a interpretações. Da mesma forma, um dever ou um direito categórico é aquele que deve prevalecer em quaisquer circunstâncias.” Ibidem, p. 151.

Para Kant, um imperativo categórico comanda, digamos assim, categoricamente — sem referência a nenhum outro propósito e sem depender de nenhum outro propósito. ‘Ele não está relacionado com o objetivo da ação e seus supostos resultados, e sim com sua forma e com o princípio do qual ele partiu. E o que há de essencialmente positivo na ação é a disposição mental, quaisquer que sejam as consequências.’ Somente um imperativo categórico, segundo Kant, pode ser considerado um imperativo da moralidade²²⁹.

Mas há de ser refletido até que ponto podemos entender que algo é imoral porque as razões que levaram ao agir não eram as certas. Ou seja, quando há um problema no motivo determinante do agir. Porém, deixaremos isto para o tópico 3.5, porquanto é justamente o método que nos parece ser a melhor forma de aferição da moralidade de uma norma. Interessante, de todo modo, notar que SMITH também retrata essa situação, explicando que há uma grande dúvida quanto à moralidade quando o motivo de uma ação pode contaminar o ato em si, explica:

A incerteza quanto a nosso próprio mérito, somada à preocupação em julgá-lo favoravelmente, naturalmente bastam para que desejemos conhecer a opinião de outras pessoas a esse respeito, para estarmos mais animados que o habitual, se essa opinião é favorável, e mais mortificados quando não é. No entanto, não deveriam nos deixar desejosos de obter a opinião favorável ou evitar a desfavorável por meio de intriga e conspiração. Quando um homem subornou todos os juízes, a mais unânime decisão do tribunal não lhe pode dar nenhuma

²²⁹ Ibidem, p. 153-154.

certeza de que agiu em conformidade com o direito, embora possa fazê-lo ganhar seu processo; e se conduziu esse processo apenas para comprovar que agira legitimamente, jamais teria subornado os juízes. Mas, embora desejasse ter assegurado seu direito, também queria ganhar seu processo, e por essa razão subornou os juízes. Se o louvor fosse relevante para nós apenas como prova de que somos louváveis, jamais nos esforçaríamos para obtê-lo por meios desleais. Porém, ainda que para homens sábios o louvor tenha, pelo menos em casos duvidosos, cardeal relevância por essa razão, também tem relevância por si mesmo; e portanto homens muito acima do nível comum (nessas ocasiões, não podemos de fato chamá-los sábios) por vezes tentaram, por meios muito desleais, conquistar louvor e evitar censura²³⁰.

Por tudo quanto podemos expor neste tópico, é perceptível a existência de uma moralidade interna de cada indivíduo, o qual a afere de acordo com o que lhe faz sentir melhor. Ainda que KANT desconsidere esse sentimento interno, fato é que a moralidade se transparece de forma mais simplificada quando há de ser aferida no âmbito individual. É mais simples.

É claro, contudo, que isto não se aplica quando estamos tratando da sociedade. Há uma clara diferença quando há o envolvimento de outros indivíduos. Isto ocorre em diversos campos, até mesmo na análise da relação entre Direito e Moral e, justamente por isto que BARROSO destaca:

²³⁰ SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. Tradução de Lya Luft, revisão de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 157.

Além dos problemas de ambiguidade da linguagem, que envolvem a determinação semântica de sentido da norma, existem, também, em uma sociedade pluralista e diversificada, o que se tem denominado de desacordo moral razoável. Pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. (...) Esse fenômeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, interrupção de gestação, pesquisas com células-tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, em meio a inúmeras outras. Nessas matérias, como regra geral, o papel do Direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças²³¹.

É o que estamos propondo: pessoas esclarecidas e bem-intencionadas debatendo a moralidade no âmbito público e aprofundaremos isto no próximo tópico.

2.4.2 Moralidade pública

Conforme arguido no tópico antecedente, escolhemos um conceito de moralidade que leva à caracterização do ato como moral quando as razões forem as corretas, ainda que movida pela compaixão ou pela empatia. Agora, até que ponto isto se aplica à moralidade pública, aquela que se espera não apenas dos agentes públicos, mas de toda a sociedade em todos os seus campos de relação.

Sob a perspectiva constitucional da moralidade – e como interpretação – DWORKIN trata a leitura da Constituição Americana pela moralidade como algo que

²³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos*

permita, em suma e correndo o risco de limitar demais, garantir direitos individuais. É, de certa forma, uma leitura liberal e o próprio pensador não tenta disfarçar este ponto²³².

É um bom começo para a nossa análise, até porque, como já verificamos, a liberdade é intrinsecamente ligada à própria ideia de democracia. Esta, por seu turno, liga-se à moralidade. É mais um ciclo virtuoso.

Agora, tratando especificamente da moralidade descrita no artigo 37 da Constituição – lembremos que este não é o único dispositivo que traz a ideia de moralidade no texto constitucional –, SILVA assevera que ali “não é a moralidade comum, mas moralidade jurídica”. Com isso, continua, mas citando Hauriou, significa que “a moralidade administrativa consiste no conjunto de ‘regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’”²³³. Esta análise nos parece muito bem estruturada, pois traz para o princípio da moralidade um aspecto subjetivo não limitado à formalidade. Ou seja, e SILVA nos traz esse exemplo, quando se age dentro do que a lei, em sentido estrito, rege “com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa”²³⁴.

Essa consideração de SILVA vai ao encontro de tudo que falamos até agora, seja em relação ao princípio da moralidade como estado ideal quanto à sua forma, que busca a finalidade; seja em relação ao seu conteúdo, que é extremamente

fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 456.

²³² “This book does indeed offer a liberal view of the American Constitution. It provides arguments of liberal principle and claims that these provide the best interpretations of the constitutional tradition we have inherited and whose trustees we now are. I believe, and try to show, that liberal opinion best fits our constitutional structure, which was, after all, first constructed in the bright morning of liberal thought. My arguments can certainly be resisted. But I hope they will be resisted in the right way: by pointing out their fallacies or by deploying different principles – more conservative or more radical ones – and showing why these different principles are better because they are grounded in a superior morality, or are more practicable, or are in some other way wiser or fairer”.

DOWRKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press, Massachusetts, 1996. p. 37-38.

²³³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 677.

cogente e completo na unicidade da Constituição; seja em relação ao conceito de moralidade, que deve levar em consideração os motivos determinantes (trataremos disso mais adiante).

E a moralidade pública é diferente da privada, e mais complicada e densa na aplicação, justamente pela grande complexidade que há na sua própria definição e averiguação. Ocorre que, tal como acontece com o próprio princípio da moralidade, o fato de a aplicação ser mais difícil traz, a bem da verdade, uma maior importância para a própria análise da moralidade pública. Em outras palavras, justamente por ser de difícil emprego que se mostra importante.

Na já citada ADC 12, no qual o Supremo reputou inconstitucional a prática de nepotismo, o Ministro Celso de Mello explicitou que “os postulados da impessoalidade e da moralidade que representam valores essenciais na conformação das atividades do poder”²³⁵ e, continua, chegando a afirmar que “rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos, nos quais se funda a própria ordem positiva do Estado”²³⁶.

Essa leitura da moralidade é interessantíssima, pois traz a necessária diferenciação que deve existir sempre que estivermos lidando com o público. Com aquilo que é de todos ou que afete a todos. Não por outro motivo que o Ministro Celso de Mello indica:

Tenho para mim, analisada a questão sob essa perspectiva, que se impõe fazer essencial distinção entre o espaço público, de um lado, e o espaço privado, de outro, em ordem a obstar que os indivíduos, mediante ilegítima apropriação, culminem

²³⁴ Ibidem, p. 678.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade. ADC 12. Autor: Associação Dos Magistrados Brasileiros - AMB. Interessado: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Carlos Britto. Brasília, 20, de agosto de 2008. p. 28. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

por incorporar, ao âmbito de seus interesses particulares, a esfera de domínio institucional do Estado, marginalizando, como consequência desse gesto de indevida patrimonialização, o concurso dos demais cidadãos na edificação da "res publica".

Daí a reflexão doutrinária, impregnada de acentuado componente filosófico, que examina o pensamento democrático à luz das grandes dicotomias, como, por exemplo, aquela pertinente à dualidade público/privado, subjacente à idéia mesma de que o respeito, pelos indivíduos, aos limites que definem o domínio público de atuação do Estado, separando-o, de modo nítido, do espaço meramente privado, qualifica-se como pressuposto necessário ao exercício da cidadania e do pluralismo político, que representam, enquanto categorias essenciais que são (pois dão ênfase à prática da igualdade, do diálogo, da tolerância e da liberdade), alguns dos fundamentos em que se estrutura, em nosso sistema institucional, o Estado republicano e democrático (CF, art. 1º, incisos II e V)²³⁷.

Inexiste dúvida, portanto, que a moralidade pública não deve estar adstrita ao que um indivíduo entende como moral. A análise, na verdade, deve permear sempre uma verificação que leve em consideração todo o aspecto coletivo, buscando sim garantir direitos individuais, mas sem que isso acarrete em prejuízo de outras pessoas, sempre pelos motivos corretos. Podemos dizer, assim, que a moralidade pública é a moralidade privada qualificada pela liberdade.

²³⁶ Ibidem, p. 29.

²³⁷ Ibidem, p. 41-42.

2.5 A leitura da moral pelo momento histórico – ausência de limitação pela legalidade

Apesar de simples, é importante fazer um aparte na leitura da moralidade em relação ao momento histórico e, também, que não há limitação imposta pela legalidade.

Quanto ao primeiro tópico, é relevante citar que a evolução da percepção social sobre a moralidade no sentido de que o seu conceito de não é imutável no decorrer dos anos, passando por “atualização” no decorrer do tempo, tal como acontece com o texto constitucional, especialmente quando se trata de hermenêutica constitucional, notadamente pela mutação constitucional.

Essa leitura se faz relevante para que não existam julgamentos indevidos e injustos sobre os momentos históricos nos quais foram elaborados atos ou leis que, agora, se entendam como imorais. Não podemos julgar o passado com olhos de hoje. Contudo, podemos evoluir e evitar equívocos.

Veja-se que é indevido, nesse sentido, a crítica que fora feita à Monteiro Lobato em relação a um suposto ato discriminatório no clássico *Caçadas de Pedrinho*. Sem qualquer outro mérito quanto ao assunto, naquele momento em que foi escrita a obra não se tinha a ideia de reprovação quanto a discriminação que agora é apontada. Ocorre que podem ser identificados preconceitos e tratamentos questionáveis também em obras de Machado de Assis, José de Alencar e, até mesmo, na Bíblia. Agora, não é por isto que os autores devem ser massacrados com os olhos do presente.

Todavia, ninguém há de discordar que o tempo anda para frente e que devemos procurar agir de forma a propiciar a igualdade e a liberdade, ambos valores indissociáveis da democracia. Justamente por isto que se deve fazer a leitura e acertar o que for devido. Nos casos das obras literárias, ajustes no momento de introdução do assunto aos estudantes, com a devida maturidade na leitura e percepção, se mostram suficientes em nosso modo de pensar.

Agora, no caso de atos e legislação atualmente imorais e que, quando produzidos, era morais, a discussão se torna mais complexa por não envolver assuntos que trazem a historicidade e as liberdades. Todavia, trazem consigo outros pontos relevantes em decorrência da própria ideia de moralidade, notadamente a pública. Com essas breves considerações há de ser dito apenas que não se pode pretender ler a moralidade com os olhos do passado. Contudo, não se pode julgar o passado, mas apenas e tão somente corrigir os erros na medida do possível.

Justamente por isto que é independente o momento histórico de introdução do ato ou norma questionada, sendo sempre possível a aferição de constitucionalidade com base nos parâmetros atuais de moralidade. Este ponto leva também à consideração de que a moralidade não se limita à legalidade, sendo totalmente dissociada e uma análise totalmente apartada e independente. Uma norma pode ser legal, mas não moral. É disso que estamos falando a todo momento.

Portanto, com base no conceito da moralidade fixado nos tópicos anteriores é feita a construção no sentido de que o direito é criado e aplicado com base na moralidade, não podendo encontrar óbice apenas na legalidade, devendo ser aferida a moralidade com base no atual momento histórico. Porém, sem julgamentos do passado: em algum momento do passado não existiram questionamentos quanto à moralidade da prática do nepotismo.

2.6 A leitura do princípio da moralidade pelo Supremo Tribunal Federal

Para que possamos sugerir adequadamente um conceito de moralidade e a forma de aplicação, é indispensável que averiguemos o que o Supremo Tribunal Federal já entendeu, especialmente se ele é aplicável ou não ao legislador.

De um modo geral, a doutrina especializada entende que o princípio da moralidade é lido, na jurisprudência do Tribunal Constitucional brasileiro com base

em três vertentes, a saber: (i) devido processo legal (due process o law); (ii) abuso ou excesso de poder legislativo; e (iii) desvio de poder²³⁸.

É fato, contudo, perceptível que a violação ao princípio da moralidade vem acompanhada de outras ofensas ao texto constitucional. Todavia, isto não quer dizer que o desrespeito ao da moralidade não seja suficiente para a declaração da inconstitucionalidade de uma norma. Já falamos disso anteriormente, quando tratamos da densidade e aplicabilidade do princípio da moralidade. É o exemplo que demos anteriormente acerca da institucionalização (legalização) do nepotismo.

Entendemos, concordando com FIGUEIREDO, que a “lei só é válida quando dirigida ao atendimento dos princípios constitucionais, dentre os quais o da moralidade e o da probidade. Cremos que o princípio daria suporte a dita inconstitucionalidade”²³⁹.

Sendo assim, discordamos do resultado que o Supremo Tribunal Federal deu a um caso que lhe foi submetido. Falamos dele na introdução deste trabalho e, de fato, é o que nos inspirou a aprofundar a pesquisa. Mas ainda não é o momento de falar deste ponto, porquanto estamos lidando apenas do conceito do princípio da moralidade e não da sua amplitude.

Além deste primeiro caso, que falaremos adiante, já trouxemos a conhecimento outro caso relevante acerca da moralidade no âmbito da Constituição, mas especificamente limitada à administração pública.

O primeiro caso citado é a ADI nº 2.306, na qual restou vencida a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma norma com base no princípio da moralidade. Relembrando, a legislação questionada concedeu anistia por crimes eleitorais (Lei nº 9.996/2000²⁴⁰). A acusação, em suma, era de que os congressistas estariam legislando em benefício próprio.

²³⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1999. p. 138.

²³⁹ *Ibidem*, p. 145.

²⁴⁰ BRASIL. Lei nº 9.996/2000, de 14 de agosto de 2000. Disponível em: <

No julgamento, o Ministro Nelson Jobim ressaltou que o autor da ação de controle concentrado, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pretendia o controle do voto, o que seria extremamente complicado no Estado Democrático de Direito. Já o Ministro Marco Aurélio destacou que a lei questionada buscava ser uma Ação Rescisória Legislativa e deferiu o pedido liminar “nessa quadra em que se busca uma correção de rumos no Brasil”²⁴¹, o que vai ao encontro do que ARISTÓTELES entendia ser a função do legislador, o qual “deve cuidar principalmente de formar pessoas honestas, procurar saber por quais exercícios tornará honestos os cidadãos e sobretudo conhecer bem qual é o ponto capital da vida feliz”²⁴².

Bem alinhado ao que falamos acima, o Ministro Sepúlveda Pertence destacou que houve, em verdade, ferimento ao devido processo legal substantivo. Contrariando ao que defendemos, o Ministro Moreira Alves deixou expressamente assinalada a sua posição de que o princípio da moralidade “se dirige à Administração Pública e não ao Estado-legislador”²⁴³. O debate que se seguiu foi interessantíssimo:

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRRA: - Esse princípio hoje é constitucional, cujo conteúdo caberá ao Supremo Tribunal Federal defini-lo, dentro do nosso sistema constitucional.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9996.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 2306 MC. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, 27, de setembro de 2000. p. 422. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347535>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

²⁴² ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 55.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 2306 MC. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, 27, de setembro de 2000. p. 422. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347535>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Mas é um princípio constitucional para a Administração Pública e não para o Estado-legislador. A não ser assim, poder-se-ia até considerar que a anistia de crime seria imoral.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Indulto também?

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Seria.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (PRESIDENTE) – Depende do tipo de anistia. O ato há de ser razoável.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Mas anistiar todas as pessoas que cometeram crimes e foram apenadas de tantos a tantos anos pode ser considerado imoral. O problema é delicado se levarmos o princípio da moralidade para o Estado-legislador.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (PRESIDENTE) – Ao se anistiar, por exemplo, filhos de parlamentares que tenham praticado crimes, ou os próprios parlamentares, ter-se-á praticado ato não condizente com a moralidade administrativa. Ter-se-á, com um ato assim, violado o princípio constitucional da moralidade administrativa.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Aqui a questão se resolveria sem apelo ao princípio da moralidade, mas sim com base no devido processo legal em sentido material.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Realmente, anistiar todas as infrações em função do tempo de sua prática em dois anos em nada houve de especial, dois nos rotineiros da Justiça Eleitoral...

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Mas isso poderia ser pelo princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, mas não com relação ao problema da simples moralidade.²⁴⁴

Toda essa leitura feita pelos Ministros deixa claro que houve uma grande inquietação quanto à abrangência do princípio da moralidade. Entretanto, como bem assinalou o Ministro Néri da Silveira, o princípio é constitucional e cabe ao STF fazer a sua definição, o que acreditamos tenha sido formulada equivocadamente, conforme demonstrado acima, ainda que o Ministro Moreira Alves tenha entendido que é da Administração Pública e não para o Estado-legislador.

Todavia, bem caminhou o Ministro Carlos Velloso ao exemplificar situação na qual seria nítida a ofensa ao princípio: anistia de crimes praticados por filhos de parlamentares. Acreditamos, pedindo vênias àqueles que discordam, que este é não é um *hard case*.

Este debate foi todo tratado quando do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Quando do julgamento do mérito, a Ministra Ellen Gracie afastou os argumentos utilizados para o deferimento da cautelar – que não guardavam relação com o princípio da moralidade – e concordou com o Ministro Moreira Alves no sentido de que o princípio da moralidade se destina para a Administração Pública²⁴⁵. Assim, votou – e restou vencedora – que a lei era constitucional.

²⁴⁴ Ibidem, p. 430-432.

²⁴⁵ “Quanto à afirmação de ofensa ao princípio da moralidade, o Sr. Procurador Federal da República buscou subsídio em Diógenes Gasparini o qual, com apoio em doutrina nacional e estrangeira, preleciona que “o princípio da moralidade extrai-se do conjunto de regras de conduta que regulam o agir da Administração Pública”. Por isso, a alegação de maltrato ao princípio da moralidade não procede. Isso mesmo foi o que asseverou o Min. Moreira Alves em seu voto, quando da apreciação do pedido liminar: (o princípio da moralidade) “é um princípio constitucional para a Administração Pública e não para o Estado-legislador”. E, dentro da lógica desse raciocínio, adiantou S.Exa.: “A não ser assim, poder-se-ia até considerar que a anistia de crime seria imoral.

(...)

Lembrou, com adequação, o Sr. Advogado-Geral da União que, ademais, “qualquer consideração nesse aspecto haverá de ser feita com base no princípio da proporcionalidade e suas máximas –

Todavia, os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Néri da Silveira referendaram a ofensa ao *princípio o devido processo legal substantivo*. Ou seja, ainda que não se falasse em princípio da moralidade, a atitude do legislador encontraria limitações outras.

Neste primeiro julgamento trazido neste trabalho podemos perceber que, apesar de afastar a aplicação do princípio da moralidade ao legislador, houve uma leitura do que seria moralidade. A leitura proposta por alguns julgadores envolveu a proporcionalidade, razoabilidade ou o devido processo legal substantivo. Mas, citando o Ministro Sepúlveda Pertence, “[p]ode até mudar de nome, mas há abuso do Poder Legislativo”²⁴⁶.

É o caso mais peculiar que conhecemos no qual o Supremo Tribunal Federal analisou a aplicação do princípio da moralidade ao Estado-legislador de forma tão veemente – no caso, refutou veementemente a aplicação. Falaremos de outros mais adiante que não nos parecem ter aprofundado tanto no assunto.

Entretanto, estamos a analisar a leitura que o Supremo já fez do princípio da moralidade em outras situações e, deste modo, cabe falar um pouco da ADC nº 12, no qual o Supremo julgou válida a Resolução do CNJ que vedava a prática do nepotismo. Entendeu que as “restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade”²⁴⁷.

necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito – e não em face do princípio da moralidade, sob o risco de agora sim, violar-se o princípio da separação dos poderes, com uma indevida interferência do Poder Judiciário na atuação do Poder Legislativo. Não é à toa, portanto, o alerta efetuado pelo Ministro Nelson Jobim de que ‘Parece que a inicial está procurando algo complicado no Estado democrático, que é exatamente tentar controlar o voto no Congresso Nacional. Ou seja, o voto parlamentar do Congresso Nacional estaria sujeito a controles, elo juízo da inicial’”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade. (ADI 2306 MC. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, 27, de setembro de 2000. p. 100-101. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347535>>. Acesso em: 04 setembro 2018).

²⁴⁶ Ibidem, p. 117.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade. ADC 12. Autor:

Está claro, neste caso, que a moralidade é preponderante, pelo que “já era constitucionalmente proibido, porém, agora, mais expletivamente positivado”²⁴⁸. Sob este aspecto, o Ministro Celso de Mello explicitou que “os postulados da impessoalidade e da moralidade que representam valores essenciais na conformação das atividades do poder”²⁴⁹ e, continua, chegando a afirmar que “rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos, nos quais se funda a própria ordem positiva do Estado”²⁵⁰.

Adiante, voltando ao caso que antecipamos que falaria um pouco da moralidade aplicável quando da produção legislativa, a Suprema Corte analisou a ADI nº 3.026. Nesta ação foi questionada lei que cuidava de indenizar servidores da Ordem dos Advogados do Brasil que, quando da aposentadoria, optassem por não se submeterem ao regime jurídicos dos servidores públicos. O relator, Ministro Eros Grau foi veemente ao refutar a aplicação do princípio da moralidade, seja no aspecto constitucional, seja no infraconstitucional. Disse, o Ministro, no que podemos entender até como *obiter dictum*:

Ademais, não prospera em benefício da argumentação do requerente a alusão ao princípio da moralidade. A propósito, observo tão-somente que a sua consagração como princípio no plano constitucional e no plano infraconstitucional não significa uma abertura do sistema jurídico para a introdução, nele, de preceitos morais.

O que importa assinalar, ao considerarmos a função do direito positivo, o direito posto pelo Estado, é que este o põe de modo

Associação Dos Magistrados Brasileiros - AMB. Interessado: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Carlos Britto. Brasília, 20, de agosto de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

²⁴⁸ Ibidem.

²⁴⁹ Ibidem, p. 28.

²⁵⁰ Ibidem, p. 29.

a constituir-se a si próprio, enquanto suprassume a sociedade civil, a ela conferindo, concomitantemente, a forma que a constitui.

Nessa medida, o sistema jurídico tem de recusar a invasão de si próprio por regras estranhas a sua eticidade mesma, advindas das várias concepções morais ou religiosas presentes na sociedade civil, ainda que isto não signifique o sacrifício de valorações éticas.

Ocorre, no entanto, que a ética do sistema jurídico é a ética da legalidade. E não pode ser outra, senão esta, de modo que a afirmação, pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, do princípio da moralidade o situa, necessariamente, no âmbito desta ética, ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema.

Assim compreenderemos facilmente esteja confinado, o questionamento da moralidade da Administração, nos lindes do desvio de poder ou de finalidade. Qualquer questionamento para além desses limites estará sendo postulado no quadro da legalidade pura e simples. Essa circunstancia é que explica e justifica a menção, a um e a outro, a ambos os princípios, na Constituição e na legislação infraconstitucional²⁵¹.

Não nos parece correta, até mesmo por contradição interna, a defesa feita no sentido de que a legislação não poderia ser moral tendo em vista ser a ética do

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 3026. Autor: Procuradoria-Geral da República. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Eros Grau. Brasília, 08, de junho de 2006. p. 10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=363283>>. Acesso em: 04 setembro

sistema jurídica a ética da legalidade. Entendemos, pelo bloco de constitucionalidade que tanto falamos, que a moralidade é de aplicabilidade ampla e irrestrita, inclusive à legislação. Vamos rebater isso no próximo tópico.

Em outro julgamento, o Supremo Tribunal Federal analisou a possibilidade de lei estadual conceder auxílio-moradia a membros aposentados do Ministério Público Estadual, notadamente quando não há previsão da possibilidade na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Disse o relator, Ministro Gilmar Mendes:

Quanto ao princípio da moralidade, reafirmo, como o fiz em outras ocasiões neste Tribunal (ADI n. 1.231), que ele não deve servir, isoladamente, de parâmetro de controle em abstrato da constitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador democrático. Alio-me, neste ponto, ao entendimento de Sepúlveda Pertence, já declarado em outras ocasiões neste Tribunal, de que a moralidade pura e simples não pode ser condição determinante da inconstitucionalidade de uma lei. Certamente, o tribunal não pode se ater unicamente à fluidez do conceito de moralidade para anular atos do Poder Legislativo.

Com isso, intento apenas alertar o Tribunal para o problema da declaração de nulidade de uma norma sob o único argumento de que é imoral ou, melhor dizendo, de que afronta uma indefinida moral pública. Entendo que, neste caso, estaríamos a penetrar indevidamente no juízo político e ético do legislado e, conseqüentemente, a estabelecer uma indesejável vinculação do Direito à Moral, que seria muito cara à própria democracia, cuja essência está no pluralismo de valores éticos;

pluralismo este declarado como “valor supremo” no preâmbulo da Carta de 1988.

Evidente, por outro lado, que o tema pode ser devidamente densificado, tendo em vista outros parâmetros, como o princípio da proporcionalidade (razoabilidade), o princípio da não-arbitrariedade da lei, e o próprio princípio da isonomia. O princípio da moralidade, portanto, para funcionar como parâmetro de controle em abstrato de constitucionalidade, deve vir aliado a outros princípios fundamentais.²⁵²

Já pudemos discordar anteriormente do que foi dito agora pelo Ministro Gilmar Mendes no sentido de que o princípio da moralidade deve estar atrelado a outros, especialmente o da legalidade, para que tenha densidade suficiente para a declaração de inconstitucionalidade de uma norma. Não há o que ser dito neste momento. Guardemos para o próximo tópico e continuemos na análise de mais alguns casos julgados.

Quando do julgamento da ADI 2661-MC, o Ministro Celso de Mello destacou que “atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa”. E, continua, asseverando que o “princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais”²⁵³.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 3783. Autor: Procuradoria-Geral da República. Interessado: Governador do Estado de Rondônia. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 17, de março de 2011. p. 13-14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=623767>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI

Esses são casos que nos parecerem ter tratado da moralidade a aplicando à legislação diretamente, ainda que em alguns casos tenha surgido apenas como *obter dictum*. Todavia, em outras situações o princípio da moralidade também foi apreciado.

Já citamos alhures o caso da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010). É cristalino que a moralidade aparece com a finalidade de proteger a soberania popular. Analisando a aplicabilidade da mencionada lei, o Supremo Tribunal Federal julgou diversos processos. Dentre eles, o Recurso Extraordinário nº 630.147 é deveras relevante e interessante tendo em vista algumas considerações que foram feitas e que nos parecerem ser essenciais.

O relator do caso, Ministro Carlos Ayres Britto, afirmou, quanto ao dispositivo constitucional insculpido no artigo 14, §9º, que é “dotado de maior envergadura sistêmica e densificador de valores vistosamente ético-democrático-republicanos”²⁵⁴, impondo às demais normas a interpretação com base nele (e não o contrário). Ou seja, o princípio da moralidade, no âmbito dessa leitura constitucional, possui “envergadura sistêmica” e, em certa medida, detém a já tão mencionada densidade para fins de interpretação e aplicação.

Ora, é justamente disto que estamos falando: o princípio da moralidade tem o seu conteúdo fora da limitação do dispositivo constitucional transcrito no artigo 37. Trazendo a expressão utilizada por BRITTO, acima mencionada, a moralidade tem especial importância e densidade com base no valor ético-democrático-republicano.

Em ADI questionando parcelamento tributário concedido por Estado da Federação, foi suscitada a violação ao princípio da moralidade, porquanto estaria

2661 MC. Autor: Partido Socialista Brasileiro. Interessado: Governadora do Estado do Maranhão. Relator: Celso de Mello. Brasília, 05, de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=387196>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 630.147. recorrente: Joaquim Domingos Roriz e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade e outros. Relator: Carlos Britto. Redator para acórdão: Marco Aurélio. Brasília, 20, de setembro de 2010. p. 29. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=629925>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

sendo estimulado o não recolhimento do tributo. A ação foi julgada procedente por inobservância de reserva legal e o argumento de ofensa à moralidade não foi apreciado²⁵⁵.

Todavia, este assunto do parcelamento tributário nos parece relevante do aspecto moral. A análise da moralidade da tributação, o dever de contribuir para a sociedade e a existência de parcelamentos com descontos de multas e juros estará em pauta e já é, inclusive, objeto de questionamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal²⁵⁶.

No julgamento da ADI nº 3853, na qual se questionou a constitucionalidade de dispositivo, que instituía subsídio mensal e vitalício a ex-governadores e vice-governadores, incluído no Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Mato Grosso do Sul, o Supremo declarou a inconstitucionalidade por afronta ao equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade e da responsabilidade dos gastos públicos. No voto da relatora, Ministra Cármen Lúcia, restou expresso que:

Também obriga a todos, na forma republicana de governo, o princípio da moralidade pública. Ao direito do cidadão ao governo ético impõe-se ao juiz, ao administrador e ao legislador o dever da moralidade pública, que há de perpassar e informar todos os seus atos.

Desde a Antiguidade se observa, consoante ensina, dentre outros, Gustav Radbruch que uma lei que contravenha os

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 2304. Autor: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Interessado: Assembleia do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Dias Toffoli. Brasília, 12, de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=14751410>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

²⁵⁶ Vide Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6027, disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5556484>>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

princípios básicos da moralidade não é direito, ainda que formalmente válida (*In Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 181).

O conteúdo do princípio da moralidade põe-se no sentido de ser a norma ou o comportamento administrativo tendente a realizar interesse público específico, objetivamente determinado²⁵⁷.

Por uma questão de lealdade, não podemos deixar de mencionar que alguns ministros não concordaram com extensão dada pela relatora, limitando a declaração de inconstitucionalidade por outros motivos. Dentre eles, o Ministro Sepúlveda Pertence afirma que foi dada uma extensão com base no princípio republicano, mas que não se compromete com tudo, especialmente porque não verificou “toque de imoralidade na preservação do ex-chefe de Estado da condição de impotência financeira que, obviamente, o aceno à Previdência Social não elide”²⁵⁸. O Ministro Eros Grau apresentou voto-vista também discordando, chegando a afirmar que a “admissão que esta Corte possa decidir com fundamento na moralidade entroniza o arbítrio, nega o direito positivo, sacrifica a legitimidade de que deveríamos nos nutrir enquanto defensores da Constituição. Instalaria a desordem”²⁵⁹.

Não acreditamos ser o mais correto, até porque, como bem assinalou o Ministro Carlos Ayres Britto, citando o Ministro Carlos Maximiliano, “o direito deve ser interpretado inteligentemente, de modo a que as ordenações legais não desemboquem em bizarrice, em absurdos, em impropriedades lógicas”²⁶⁰.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 3853. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 12, de setembro de 2007. P. 654. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=491814>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

²⁵⁸ Ibidem, p. 666.

²⁵⁹ Ibidem, p. 692.

²⁶⁰ Ibidem, p. 729.

Interessante notar que muitos dos casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal não envolvem a discussão se um ato é ou não imoral. A análise é sempre preliminar ou posterior a este fato. Isto nos faz ter uma ideia de que não existem *hard cases* sobre a moralidade em si, ou seja, se um ato ou uma lei é imoral, mas sim se se aplica o controle. A conclusão que temos é que a moralidade, nas situações postas ao Supremo Tribunal Federal, quase sempre é latente e cristalina, não existindo dúvida quanto a este fato.

Isto pode ser verificado de outros casos apreciados pelo Supremo, a saber: ADI 4601, quando se declarou a inconstitucionalidade de pagamento de pensão mensal e vitalícia aos ex-governadores, ex-vice-governadores e substitutos constitucionais; ADI 4938, quando se declarou a constitucionalidade, por ausência, inclusive, de ofensa à moralidade, na exigência de prazo de trinta e seis meses de exercício do cargo a ser redistribuído no âmbito de cargos públicos no Poder Judiciário; AI 837.929, quando o Tribunal manteve decisão do tribunal de origem que declarou a inconstitucionalidade de ato normativo que criava subsídio em favor do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais, transferindo para a Edilidade o encargo de arcar com o imposto de renda destes.

Por fim, encerraremos este tópico trazendo caso ainda não julgado no qual foi suscitada a ofensa ao princípio da moralidade. É a ADI nº 5729. Nela o autor, Partido Socialista Brasileiro questiona dispositivos da Lei nº 13.254/2016 (Lei da Repatriação). Os dispositivos questionados proíbem a divulgação ou a publicidade de informações prestadas por aqueles que repatriarem ativos de origem lícita, mantidos por brasileiros no exterior, que não tenham sido declarados ou que contenham incorreções na declaração, além de estabelecer que o descumprimento dessa determinação terá efeito equivalente à quebra de sigilo fiscal.

Assim, contribuintes que, de boa-fé e acreditando na legislação e no Poder Público, repatriaram valores mantidos no exterior, estão sujeitos a serem submetidos a impensáveis *juízos informais* e controles diversos caso, na verdade, a lei venha a ser declarada inconstitucional neste ponto. Seria, na verdade, a imoralidade

decorrente do julgamento de inconstitucionalidade tendo em vista a quebra da segurança jurídica e da legítima confiança criada? Acreditamos que sim.

2.7 Críticas/elogios aos conceitos.

Como foi perceptível, neste capítulo 2 pudemos analisar o princípio da moralidade no âmbito do sistema jurídico brasileiro, notadamente na esfera da Constituição Federal de 1988.

Sob este aspecto, destacamos que o artigo 37 é o principal que trata da moralidade. Neste sentido, ainda que ocorra uma limitação à “administração pública direta e indireta”, é fato que também há uma vinculação aos “Poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios”, sendo que, de acordo com o artigo 2º também da Constituição são “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Portanto, ainda que se fale em administração pública direta e indireta dos Poderes, estes incluem o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Inobstante este fato, tendo em vista que devemos sempre pretender interpretar a Constituição como um texto unificado, é perceptível a existência da moralidade em outros dispositivos constitucionais, tais como (i) quanto à legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular que fira este princípio (art. 5º, LXXIII); (ii) necessidade de possuir idoneidade moral para ser considerado brasileiro nato (art. 12, II, a); (iii) a necessidade de proteção da moralidade para o exercício de mandato eletivo (art. 14, §9º); (iv) idoneidade moral para nomeação como ministro do TCU (art. 73, II), ministro do TSE (art. 119, II) e desembargador dos TREs (art. 120, §1º, III).

Passando à análise do conceito de moralidade, propusemos uma leitura peculiar com base na fisiologia humana. Deste ponto podemos extrair – e até comprovar algumas teorias filosóficas, tal como a de Aristóteles – que a moralidade

está ligada à empatia, confiança e, por fim, à felicidade. Ainda neste ponto, analisamos que a testosterona traz a possibilidade de agir de modo não empático, trazendo, com isso, ações moralmente questionáveis.

Com base nesse estudo, concordamos que devemos, enquanto sociedade, buscar a felicidade²⁶¹, sendo um modo de fazer com que os cidadãos tenham mais confiança, produzam oxitocina e possam, deste modo, perpetuar o ciclo virtuoso que leva ao agir moral.

Retornando ao sistema jurídico brasileiro, destacamos, e não poderíamos concordar mais, que a moralidade se materializa como um princípio nato. E, como tal, diferencia-se das regras, inclusive permitindo que estas sejam derivações suas. E, além disso, justamente por ser princípio é que possui aplicação finalística, ainda que seja mais complexa. Como retratamos, a complexidade não traz nenhum demérito, mas sim maior densidade jurídica, porquanto é aplicável com mais cuidado e, conseqüentemente, mais coercitividade.

Não por outro motivo que a moralidade se mostrou presente na unicidade do texto constitucional, sendo claramente um valor que a sociedade brasileira entende como muito relevante e, deste modo, deve ser sempre perquerido. O princípio da moralidade, presente a todo momento na Constituição Federal, tem capacidade coercitiva ampla, com aplicação imediata e eficácia plena.

Justamente por estes motivos que discordamos dos constitucionalistas defendem que o princípio da moralidade possui pouca densidade e sua aplicação se limita à legalidade ou deve estar sempre aliado a outros princípios constitucionais. Não é bem assim, o que se comprova com o exercício que propusemos no sentido da “legalização do nepotismo”. A moral faz surgir o direito e não o contrário. Aliás, por ser princípio, a aplicabilidade é muito maior, mas isso não influencia diretamente na suposta ausência de densidade, muito pelo contrário, faz com que a aplicação seja mais rigorosa e complexa, trazendo ainda mais importância.

²⁶¹ Para mais análises quanto ao direito à felicidade, indica-se LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. São Paulo: Almedina, 2017.

Quanto ao conceito de moralidade, expusemos que existe uma diferenciação entre a privada e a pública, sendo esta última aquela que ultrapassa os interesses individuais de cada pessoa da sociedade. A moralidade pública não está limitada ao que um indivíduo faz por se sentir melhor ou porque teve empatia com o outro.

Quanto à moralidade privada, entendemos como correto o conceito de que um agir será moral quando as razões forem as corretas, ainda que movida pela compaixão ou pela empatia. Quanto à moralidade pública, deve ser adicionada a garantia de liberdades, justamente em conjugação com o conceito de democracia. O ato também deve não ser indevidamente prejudicial aos demais. É basicamente isto.

Quanto à leitura no tempo, defendemos que não se pode fazer a interpretação da moralidade com olhos do passado. Todavia, também não podemos julgar com os olhos de hoje o passado. Devemos, assim, interpretar hoje com base no parâmetro atual de moralidade, mas sem julgamentos. Apenas adequar. A sociedade evolui. Tem que evoluir.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, pudemos constatar que a moralidade é tida em três vertentes, a saber: (i) devido processo legal (due process o law); (ii) abuso ou excesso de poder legislativo; e (iii) desvio de poder. Independentemente do nome que seja dado, emprestando as considerações feitas pelo Ministro Sepúlveda Pertence quando do julgamento do caso que deu início ao presente estudo, “[p]ode até mudar de nome, mas há abuso do Poder Legislativo”²⁶².

Apesar de alguns casos serem julgados de forma contrária ao que o presente trabalho defende, fato é que o Supremo concedeu ao princípio da moralidade grande “envergadura sistêmica”, o que traz a capacidade de aplicação densa do mencionado princípio, especialmente com base no valor ético-democrático-republicano.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 2306 MC. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, 27, de setembro de 2000. p. 117. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347535>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

Com base nisso tudo, podemos tirar as seguintes conclusões neste capítulo, mormente quando analisada a moralidade no âmbito do sistema jurídico brasileiro:

1. A moralidade é valor exigido pela sociedade brasileira.
2. A moralidade se materializa de diversas formas, estando comprovada que a sua relação com a sociedade pode ser lida em diversos campos.
3. Juridicamente, a moralidade se materializa como princípio nato e está presente em diversas oportunidades da Constituição, não se limitando ao texto do artigo 37.
4. Por ser princípio, sua aplicação deve ser finalística e as regras constitucionais devem ser interpretadas com base nele, justamente por derivarem dele. As regras derivam do princípio e não o contrário. O Direito surge da Moral e, portanto, não se pode aceitar que a moralidade se encontra limitada à legalidade.
5. O princípio da moralidade pode ser aplicável isoladamente, prescindindo de qualquer outro princípio, justamente porque possui ampla densidade.
6. O fato de sua aplicação ser mais complexa, exigindo que o interprete tenha maior ônus argumentativo não traz nenhum detrimento, mas sim maior densidade.
7. O princípio da moralidade se transmite em valor ético-democrático-republicano, sendo perfeita a harmonia decorrente da materialização quanto ao conteúdo e quanto à forma.

Agora, no próximo capítulo deste trabalho poderemos avaliar com mais profundidade, utilizando estas conclusões e premissas, a submissão da legislação ao princípio da moralidade para, ao final, avaliarmos a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle.

CAPÍTULO 3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE AO LEGISLADOR E À NORMA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

No capítulo antecedente foi avaliada a amplitude, densidade e demais pontos inerentes ao princípio da moralidade. A apreciação envolveu todas as questões que entendemos como relevantes ao tema do trabalho. Neste momento, conjuntamente com a premissa fixada no capítulo 1 (Poder Legislativo), iremos aprofundar na argumentação no sentido de que a legislação deve sim passar pelo crivo da moralidade para que a sua constitucionalidade seja atestada.

Todavia, para tanto, é indispensável demonstrar que o princípio da moralidade transcende o conceito restritivo de administração pública. Ou seja, não deve ficar limitado apenas às situações nas quais os três Poderes atuam na função administrativa. A moralidade, assim, é esperada e exigida em todas os campos de atuação, especialmente naquela precípua de cada qual. Do Estado-legislador, portanto, pretende-se a moralidade quando estiver legislando, criando normas dos mais diversos tipos existentes.

Na sequência, faremos algumas considerações acerca da interpretação do princípio da moralidade. Igualmente trataremos sobre a moralidade aplicada ao legislador e aquela aplicada à norma. Nestes dois tópicos será demonstrada a necessidade de que a moralidade seja sempre aferida em dois momentos quanto ao legislador: quando da sua investidura no cargo e quando da sua atuação, mas isso não quer dizer que será afastada quando da verificação da norma em si. A complementação existe para que tudo esteja sempre em harmonia.

Por fim, explicitaremos o que entendemos como método de aferição da moralidade. Ou seja, partido das três premissas fixadas, cada uma em um capítulo (Poder Legislativo, Princípio da Moralidade, aplicação do Princípio da Moralidade ao

legislador e à legislação), trataremos da forma pela qual é possível o exame de constitucionalidade de uma norma.

3.1 A moralidade transcendente à administração pública

Pudemos perceber, do quanto analisado anteriormente, que o princípio da moralidade ainda não foi aplicável como vetor de aferição de constitucionalidade de uma lei por duas razões. São elas: que o artigo 37 da Constituição Federal limita os princípios ali explicitados à “administração pública” e que o princípio da moralidade não possuiria densidade autônoma, sendo necessária sua conjugação com outros parâmetros (argumentos) para a declaração de inconstitucionalidade. Todavia, não podemos concordar com ambas as razões.

Sabemos que muito sobre isso já foi aqui dito e analisado. Assim, devemos ser didáticos, concisos e diretos aos pontos importantes, especialmente para que não soemos repetitivos. Desta forma, utilizaremos tudo o que arguimos no trabalho para afastar qualquer possibilidade de limitar a aplicação do princípio da moralidade à administração pública.

De tal modo, primeiramente devemos rebater a afirmação de que o artigo 37 da Constituição limita a aplicabilidade do princípio da moralidade quando é indicada a expressão “administração pública”. E isto pode ser refutado por algumas razões.

A uma, quem argumenta que o artigo 37 limita a incidência do princípio da moralidade à administração pública deve igualmente aceitar que há referência expressa aos “Poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios”. Ocorre que o artigo 2º da Constituição explicita que são “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Portanto, o que queremos dizer com isso é que, ainda que se fale em administração pública direta e indireta dos Poderes, estes incluem o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Deste modo, se aceitarmos a amarração pretendida por

alguns, também temos que lutar por aquela que complete a leitura do dispositivo constitucional.

Ademais, diante da ampla importância que a moralidade tem no texto constitucional, não há motivo para se limitar o conceito da expressão “administração pública”. Neste diapasão, entendemos que a melhor interpretação, para a finalidade que propomos, seria aquela que abranja todos os Poderes da União, independentemente da função exercida, uma vez que administração pública “impõe o seu exame no processo total de atuação jurídica do Estado, frente à sociedade e que, sob a Constituição, se desenvolve basicamente pela criação e execução da lei”²⁶³. Até porque, relembremos a formação do Estado, a Administração se encarregava de tudo, não existindo razão para o entrave pretendido por alguns.

Esta, portanto, é a nossa primeira linha de argumento que acarreta ao princípio da moralidade efeitos que irradiam para muito além da administração pública. A moralidade não é limitada e isto é uma certeza que temos quando o texto constitucional é lido como um só. Não desconhecemos, apesar de discordarmos veementemente, que o ponto de discussão deste argumento pode caminhar no sentido de que o artigo 37 abrange os Poderes quando cada um desempenha a sua respectiva função administrativa. Entretanto, não é esta a leitura que fizemos do artigo constitucional com base na interpretação completa da Constituição Federal, do texto com uma só ideologia.

E é justamente esta leitura completa, da ideia de Constituição como texto uno, que surge o segundo ponto que nos faz ter a compreensão que a moralidade transcende a administração pública, seja de qual Poder for. Isto porque a moralidade não se adstringe a este dispositivo constitucional e, neste sentir, não pode ser tida como algo apartado da completude do texto magno.

Com base nisto, pudemos analisar que a moralidade se transmute em realidade em diversas outras disposições expressas ou implícitas na Constituição

²⁶³ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Conceituação Do Direito Administrativo*. RDA. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 120. p. 20.

Federal, p.ex., (i) quanto à legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular que fira este princípio (art. 5º, LXXIII); (ii) necessidade de possuir idoneidade moral para ser considerado brasileiro nato (art. 12, II, a); (iii) a necessidade de proteção da moralidade para o exercício de mandato eletivo (art. 14, §9º); (iv) idoneidade moral para nomeação como ministro do TCU (art. 73, II), ministro do TSE (art. 119, II) e desembargador dos TREs (art. 120, §1º, III).

É justamente disto que falamos e trataremos mais adiante: o princípio da moralidade é tão importante na Constituição da República que transcende qualquer limitação do texto legal. Portanto, quem entende que há limitação do artigo 37, ainda assim terá que encontrar formas de refutar a verdadeira ideia de princípio pan-republicano, que é um valor ético-democrático-republicano. Caso contrário, teríamos até o absurdo de aceitar leis imorais e, ao mesmo tempo e muitas das vezes, pretender que o administrador aplique-a exigindo que este seja moral. Seria um total contrassenso.

Dito isto quanto à existência de previsão constitucional para que a legislação esteja submetida ao princípio da moralidade, temos que refutar o argumento daqueles no sentido de que o princípio da moralidade não pode ser aplicado autonomamente por ter pouca densidade autônoma.

Como visto, o argumento neste ponto é que o princípio da moralidade possui pouca densidade jurídica, muitas das vezes funcionando apenas como uma decorrência do princípio da legalidade, momento no qual encontra a sua limitação de aplicabilidade. Assim, arguem aqueles que entendem deste modo, que o princípio da moralidade não pode ser aplicável autonomamente e que, mesmo nessa hipótese, tem limitação pela sua densidade jurídica.

Referendando este argumento, MENDES e BRANCO entendem que o princípio “possui pouca densidade jurídica, dada a dificuldade teórica de se precisar seu conteúdo específico”²⁶⁴. E, dando continuidade, afirmam que “o Estado não

²⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferrira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 765.

deve obediência a qualquer moralidade, mas somente àquela compartilhada na comunidade política específica”²⁶⁵, sendo que esta estaria vinculada ao princípio da moralidade²⁶⁶.

Entretanto, não foi isso que constatamos, tampouco concordamos. Trataremos especificamente da aplicabilidade no próximo tópico, momento no qual poderemos analisar a interpretação do princípio da moralidade com mais especificidade. Todavia, e isto é um pressuposto para a sua hermenêutica, neste momento devemos citar e argumentar que o princípio da moralidade possui sim densidade jurídica e, ainda, que a dificuldade de precisar o conteúdo específico não traz nenhum prejuízo à aplicação, muito pelo contrário.

Isto porque há de ser aceito que um princípio possui uma densidade filosófica para a sociedade muito maior do que uma regra. E isto leva é justamente ao que estamos falando: o princípio da moralidade tem o seu conteúdo expresso em diversos momentos da Constituição, de onde aflora a sua densidade jurídica. Não podemos aceitar, deste modo, que um princípio explícito na Constituição Federal tenha a sua densidade questionada. Ademais, a aplicação de um princípio, por ter um objetivo finalístico, ou seja, que busca um fim a ser pretendido, é, de fato, mais complexa. Contudo, isto apenas faz com que o jurista tenha maior ônus argumentativo, nada afetando a densidade jurídica do princípio.

Mais uma vez, para deixar muito clara a nossa posição, a densidade para a aplicação de um princípio é muito mais relevante do que de uma simples regra, ainda que constitucional. Tanto é assim que a moralidade não se limita a um ou outro dispositivo. É, por outro lado, um vetor da Democracia e da nossa Constituição. É, apesar disso, perceptível que a violação ao princípio da moralidade,

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ “A legalidade, em razão de sua conexão com a legitimidade democrática daqueles que concorrem no processo de elaboração da lei, fornece um critério de moralidade dado pelo Poder Legislativo, com a participação do Poder Executivo, que é, portanto, um critério institucional. A Administração Pública, no entanto, acresce a tal critério outros decorrentes da vivência empírica que ocorre em seu próprio ambiente, bem como experimentados em suas relações com os administrados, que a leva à construção de pautas para a utilização de suas próprias competências, ainda que ligadas ao seu poder discricionário”.

em muitos dos casos, vem acompanhada de outras ofensas ao texto constitucional. Não obstante, isto não quer dizer que o desrespeito ao da moralidade não seja suficiente para a declaração da inconstitucionalidade de uma norma. Já citamos, neste sentido, o exemplo hipotético da institucionalização (legalização) do nepotismo: se aceitássemos que a moralidade é aquilo que os legisladores buscam ao editarem as normas, sem qualquer controle possível, a lei seria constitucional. Mas todos hão de convir que não é, justamente pelo princípio da moralidade qualquer tentativa de legalização do nepotismo.

Entendemos, concordando com FIGUEIREDO, que a “lei só é válida quando dirigida ao atendimento dos princípios constitucionais, dentre os quais o da moralidade e o da probidade. Cremos que o princípio daria suporte a dita inconstitucionalidade”²⁶⁷.

Portanto, podemos concluir que devem ser refutados as duas objeções que são feitas quanto ao princípio da moralidade aplicável ao controle de constitucionalidade da legislação, as quais pretendem sempre mantê-lo limitado aos atos administrativos da administração pública. Estamos tratando de um princípio e, como tal, deve ser interpretado de forma finalística, como já falamos anteriormente na qualificação ideal como princípio quanto ao seu conteúdo e quanto à sua forma. E é exatamente isto que iremos trazer no tópico subsequente quando analisaremos a interpretação do princípio da moralidade e prepararemos o campo para fins de sugerir o método de aferição da moralidade de uma norma.

3.2 Interpretação do princípio da moralidade

Inexistindo dúvidas quanto à aplicabilidade do princípio da moralidade no controle de constitucionalidade de uma norma, há de ser explicitada a forma de interpretação. Isto para que possamos, acertadamente, aplicar o princípio e, ao final

Ibidem.

²⁶⁷ Ibidem, p. 145.

deste capítulo, propor a forma de controle, demonstrando qual é a forma pela qual entendemos que deve ser aferida a moralidade da norma.

Concordamos com a simples afirmação de que, como ocorrem com todos os princípios, o princípio da moralidade deve ser interpretado com base naquilo que ele traz por seu substrato, por sua finalidade. É justamente isto que a maciça doutrina traz acerca dos princípios.

Não por outro motivo que ÁVILA propõe, considerando a definição de princípios como normas finalísticas que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a esta realização, cinco passos para a análise dos princípios. Primeiramente, especificação dos fins ao máximo: quanto menos específico for o fim, menos controlável será a sua realização; Em segundo, pesquisa de casos paradigmáticos que possam iniciar esse processo de esclarecimento das condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado pelos comportamentos necessários à sua realização; Em terceiro, exame, nestes casos, das similaridades capazes de possibilitar a constituição de grupos de casos que girem em torno da solução de um mesmo problema central; Em quarto, verificação da existência de critérios capazes de possibilitar a delimitação de quais são os bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas e de quais são os comportamentos considerados necessários à sua realização; Em quinto e último, realização do percurso inverso: descobertos o estado de coisas e os comportamentos necessários à sua promoção, torna-se necessária a verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base no princípio em análise²⁶⁸.

ALEXY, após propor os critérios e conceitos para a diferenciação entre princípio e regras – estando ambos abarcados sob o conceito de norma, conceituado princípio como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, em graus variados dentro das possibilidades jurídicas e fáticas

²⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 115-125.

existentes – discorre acerca da colisão entre princípios. Assim, igualmente diferencia da colisão entre regras, uma vez que na colisão entre princípios não se declara o princípio cedente inválido ou se introduz cláusula de exceção, mas realiza-se um *sopesamento* de um em detrimento de outro conforme as condições apresentadas²⁶⁹.

Isto é muito importante para a interpretação de um princípio, porquanto este sopesamento, melhor nomeado de ponderação, leva em consideração a dimensão do peso, que vai além da dimensão da validade, visando identificar o interesse que possui maior importância no caso concreto. Desta forma, se exclui a possibilidade de precedência abstrata ou absoluta de um princípio sobre outro, necessitando sempre de análise perante certa condição. A aplicação de princípio, portanto, devido ao seu caráter *prima facie*, será realizada a partir das razões dos princípios que indicarão uma direção a ser seguida. Além disso, para ALEXY, há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, a medida que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas, enquanto as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas²⁷⁰.

Não poderíamos deixar de citar BARROSO, que bem expõe as vertentes de interpretação constitucional. No método clássico (subsuntivo), expõe que são utilizados os elementos tradicionais da hermenêutica (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) e dos princípios instrumentais da presunção de constitucionalidade, da supremacia, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade-proporcionalidade e da efetividade. Contudo, a interpretação constitucional contemporânea se baseia em outras diretrizes, conforme leciona:

²⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

²⁷⁰ *Ibidem*.

Na interpretação constitucional contemporânea, a norma jurídica já não é percebida como antes. Em primeiro lugar porque, em múltiplas situações, ela fornece apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para a determinação do seu sentido. É o que resulta da utilização, frequente nos textos constitucionais, da técnica legislativa que recorre a cláusulas gerais. E em segundo lugar, porque vem conquistando crescente adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo - que corresponde ao texto de um ou mais dispositivos -, sendo na verdade, o produto da interação texto/realidade²⁷¹.

Em outras palavras, com a evolução da hermenêutica jurídica, devemos levar em consideração a realidade e o texto da Constituição e, prossegue no caso de conflitos de princípios, explicando como seria a forma de solução. Nesta última situação, BARROSO leciona que a técnica da ponderação, aplicável nos casos de colisão entre princípios, consiste em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. Tal insuficiência se relacionaria ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferentes²⁷². Acreditamos que isto seja exatamente o caso da aplicação do princípio da moralidade no controle de constitucionalidade de uma norma, onde há um conflito *aparente* de princípios constitucionais. Retornaremos quanto a esta última afirmação para melhor discorrer o entendimento defendido.

De todo modo, pelo que pudemos perceber desses breves comentários, há preponderância da ponderação, pelo viés da razoabilidade e proporcionalidade, visando sempre a finalidade do princípio analisado, na sua aplicação,

²⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 344.

²⁷² *Ibidem*. p. 322 - 343, 357 e 372.

especificamente quando conflitante com outro. O Supremo Tribunal Federal também não destoa desse entendimento da necessidade de ponderação e finalidade.

Quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, na qual os Ministros da Suprema Corte decidiram, à unanimidade de votos, afastar a exigência de prévia autorização para biografias, a relatora, Ministra Cármen Lúcia explicitou a origem da ponderação e demonstrou quão importante é a sua aplicação. É de se ver:

Celebrado como um dos mais decisivos processos julgados pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, em 1958, o caso Lüth, como é conhecido, alterou a jurisprudência sobre direitos fundamentais e representou ponto de inversão na análise e no julgamento de lides nas quais se debatia o conflito aparente de direitos humanos com solução pela aplicação do critério de ponderação e balanceamento dos direitos em litígio.

O caso BVerfGE 7, 198, foi julgado pela Corte Constitucional Federal Alemã (Bundesverfassungsgericht) em 1958. O processo aborda o direito à liberdade de expressão do peticionário em emitir opinião contrária à distribuição de filme dirigido por Veit Harlan.

Cineasta famoso durante o regime nazista, responsável por filme de propaganda antissemita, sob encomenda de Joseph Goebbels, persistiu na profissão após a queda do Reich.

Na Semana de Filme Alemão de 1950, Erich Lüth, presidente de clube de imprensa de Hamburgo, dirigiu-se, em palestra, a empresários e a produtores cinematográficos, convocando-os a boicotar o realizador do filme Unsterbliche Geliebte, de Veit Harlan. Duas companhias de cinema moveram processo contra Lüth, com base na lei alemã de difamação. O tribunal Landgericht Hamburg

ordenou que Lüth suspendesse a campanha de incentivo à não distribuição do filme e a que o público não o fosse assistir, sob pena de pagamento de fiança ou de ser preso.

Lüth, que, além de Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, era membro do Senado de Hamburgo, recorreu à Corte Constitucional Federal Alemã, que decidiu a favor de Lüth, determinando ter sido o seu direito desrespeitado. A decisão do tribunal expressa a vinculação que os direitos fundamentais exercem sobre todo o ordenamento legal, incluído o Direito Civil (DO VALE, 2008). Para Jacco Bomhoff (2008), a relevância do caso Lüth se justifica pelas contribuições ao cuidado dos temas relativos aos direitos fundamentais. Marca o movimento em direção à aceitação da teoria da eficácia horizontal das normas constitucionais e a adoção da linguagem de balanceamento judicial para justificar decisões que envolvem direitos fundamentais.

...

A guinada hermenêutica do caso Lüth, dada pelo Tribunal Constitucional alemão, que passou a constituir os fundamentos da interpretação dos direitos fundamentais pelos tribunais em todo o mundo podem ser explicitadas, mais de cinquenta anos depois, por muitos de seus efeitos:

...

e) adotou-se o critério de ponderação de bens e valores (Güterabwägung) como método de resolução dos casos difíceis, nos quais normas constitucionais tencionam e apresentam conflito aparente, que precisa ser solucionado²⁷³.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL. Interessado: Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen

Portanto, pelo que podemos perceber, o problema da interpretação e aplicação de um princípio constitucional ocorre, na verdade, quando há conflito. Esta colisão, por sua vez, é resolvida pela ponderação. Agora, neste sentir, qual seria o principal conflito que haveria na aplicação do princípio da moralidade no controle da constitucionalidade de uma lei? Ao pararmos para refletir, conseguimos extrair que o princípio democrático e o da legalidade poderiam ser colocados em dúvida. Assim, deveríamos aplicar regra da proporcionalidade quando da aferição de colisão de princípios e quando o da moralidade deveria ser prevalecente.

Entretanto, o princípio da moralidade externa um viés republicano, sendo, em verdade, um princípio pan-republicano, externando valor ético-democrático-republicano. O que queremos dizer, com isso, é que o princípio da moralidade possui um alinhamento muito grande com a própria ideia de democracia e república. Neste sentido, é meramente aparente qualquer argumentação que se tenha no sentido de que haveria uma colisão entre princípio da moralidade em face dos demais princípios constitucionais na aferição da constitucionalidade de uma norma com base naquele. O sistema é uno e se mostra perfeito na sua completude, especialmente se levamos em consideração que o princípio da moralidade decorre da própria noção de democracia.

Deste modo, acreditamos que o princípio da moralidade não se sobrepõe aos demais previstos na Constituição. É, na verdade, a demonstração de que o texto constitucional é uno, com uma vertente única e é desta forma que deve ser interpretado e aplicado.

3.3 A moralidade aplicada ao legislador

Apesar de não ser o escopo específico deste trabalho, não poderíamos deixar de tratar, dada a importância e do momento de crise de confiança²⁷⁴ que passamos na política nacional, da moralidade quando é aplicada ao legislador. O valor de ser analisado este ponto tangencia a necessária demonstração de que a moralidade é extremamente relevante em vários momentos do processo de elaboração das normas, começando com a escolha dos representantes, passando pela própria elaboração das normas – processo legislativo em si – e termina com o exame de constitucionalidade. Tudo com base no princípio da moralidade.

Em outras palavras, a moralidade é exigida em três situações subsequentes, sendo que nas duas primeiras acima antecipadas (escolha dos representantes e processo legislativo), inexistem dúvidas quanto à necessidade de aferição da moralidade. Tanto é assim que a própria Constituição exige a moralidade para o exercício de mandato eletivo (art. 14, §9^{o275}). Aliás, isso também ocorre quando é necessária a presença de idoneidade moral para ser considerado brasileiro nato (art. 12, II, a²⁷⁶) e idoneidade moral para nomeação como ministro do TCU (art. 73, II²⁷⁷), ministro do TSE (art. 119, II²⁷⁸) e desembargador dos TREs (art. 120, §1^o, III²⁷⁹).

²⁷⁴ Expusemos a crise de desconfiança que há atualmente, tendo sido, inclusive, citado trabalho que analisou a desconfiança política. Relembre-se que o termo confiança, neste campo, “se refere às expectativas que as pessoas alimentam a respeito do comportamento dos outros com quem convivem e interagem; e diz respeito à ação desses outros quanto aos seus interesses, aspirações ou preferências”.

MOISÉS, J. Á., & MENGUELLO, R. A Desconfiança Política e os seus Impactos na Qualidade da Democracia. São Paulo: Edusp, 2013. p. 13-14.

²⁷⁵ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 9^o Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)” (BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018).

²⁷⁶ “Art. 12. São brasileiros:

(...)

Mais uma vez, a moralidade é um requisito essencial para que diversos cargos públicos sejam ocupados, tanto que o legislador derivado, incentivado veementemente pela pressão popular, editou a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), sendo que merece ser citada excerto do voto do Ministro Carlos Ayres Britto no sentido de que a norma busca, em um dos seus pontos, “desestimular essa canhestra renúncia para o fim de bloqueio processual, que rompe o pacto de confiança firmado com o eleitor, o cargo e o partido”²⁸⁰.

A doutrina bem explica o que estamos afirmando agora, até porque “[é] preciso, portanto, reconstruir o conteúdo e a imagem dos partidos e do Congresso, assim como exaltar a dignidade da política”²⁸¹. Isto porque há uma clara – e já falamos disto alhures – crise de confiança, mas sabemos e confiamos que “a vida civilizada e a ética procuram potencializar o bem e reprimir o mal”²⁸², ainda que as pessoas tenham, dentro de si, o bem e o mal. Isto tudo só reforça o tanto quanto já argumentamos em relação ao que se espera do legislador, o qual “deve cuidar

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;” (Ibidem).

²⁷⁷ “Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

§ 1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

(...)

II - idoneidade moral e reputação ilibada;” (Ibidem).

²⁷⁸ “Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:

(...)

II - por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.” (Ibidem).

²⁷⁹ “Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal.

§ 1º - Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

(...)

III - por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.” (Ibidem).

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 630.147. recorrente: Joaquim Domingos Roriz e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade e outros. Relator: Carlos Britto. Redator para acórdão: Marco Aurélio. Brasília, 20, de setembro de 2010. p. 29. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=629925>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

²⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Reforma Política no Brasil: os Consensos Possíveis e o Caminho do Meio. In: *Sistema Político e Direito Eleitoral Brasileiros: Estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli*. Coordenação João Otávio de Noronha e Richard Pae Kim. São Paulo: Atlas, 2016. p. 497.

²⁸² Ibidem.

principalmente de formar pessoas honestas, procurar saber por quais exercícios tornará honestos os cidadãos e sobretudo conhecer bem qual é o ponto capital da vida feliz”²⁸³.

Não temos mais o que falar sobre a necessária moralidade no exercício do mandato. Também não podemos mais aceitar – e, principalmente, a população não coaduna –, com ações tais como a do mensalão, que foi um, nas palavras do então Ministro Carlos Ayres Britto:

Golpe portanto, nesse conteúdo da democracia, talvez o conteúdo mais eminente da democracia que é a República. É o republicanismo que postula, nós sabemos todos, possibilidade de renovação dos quadros dirigentes do Estado e equiparação, na medida do possível, das armas com que se disputam a preferência do voto popular. Digo da correlação de forças na competição eleitoral e paridade de armas²⁸⁴.

Qualquer que seja o nome, idoneidade moral, ou reputação ilibada, ou simplesmente moralidade, fato é que estamos diante de um valor esperado, exigido, em diversos momentos no processo de escolha dos representantes e de controle dos atos. Por que não seria, agora, exigido, igualmente e com extrema veemência, na confecção da lei sob o aspecto do seu mérito normativo? Acreditamos que inexistem argumentos contrários, pois, por tudo quanto temos dito, a moralidade só se torna cada vez mais necessária e cogente de aplicação.

²⁸³ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 55.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. AP 470. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e Outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 13 de março de 2014. p. 5216. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 04 setembro 2018.

3.4 A moralidade aplicada à norma

Agora, demonstrada a necessidade de a moralidade ser atendida pelo legislador em sua investidura (primeiro momento do processo legislativo de criação de uma norma), devem ser reprisados e delineados os motivos pelos quais o princípio da moralidade há de ser aplicado na averiguação da constitucionalidade do mérito da legislação.

Relembrando a delimitação feita, a análise envolve a verificação da possibilidade de controle do próprio mérito da legislação utilizando como parâmetro o princípio da moralidade. Em outras palavras, a crítica que se propõe é saber se está o Estado-legislador, seja o Poder Executivo (Medidas Provisórias, Decretos e proposições legislativas genéricas), ou seja o Poder Legislativo (leis ordinárias e complementares, Emendas à Constituição, Decretos Legislativos e Resoluções), ou até mesmo o Poder Judiciário quando exerce, dentro da sua abrangência, a edição de normas (regimentos internos, por exemplo), submetido ao princípio da moralidade quanto ao mérito da normatização proposta.

Entendemos que sim. E isto, por alguns motivos já enumerados e explicados neste trabalho, mas que passamos a resumir.

Primeiramente, a moralidade é valor exigido pela sociedade brasileira, sendo que a sua materialização ocorre de diversas formas, estando comprovada que a sua relação com a sociedade pode ser lida nos mais amplos campos de relação. Tanto é assim que possui relação intrínseca com a própria ideia de democracia, sendo princípio pan-republicano.

No âmbito jurídico, a moralidade se materializa como princípio nato e está presente em diversas oportunidades da Constituição, não se limitando ao texto do artigo 37. Ademais, por ser princípio, sua aplicação deve ser finalística e as regras constitucionais devem ser interpretadas com base nele, justamente por derivarem dele. As regras derivam do princípio e não o contrário. O Direito surge da Moral e, portanto, não se pode aceitar que a moralidade se encontra limitada à legalidade.

Aliás, o artigo 37 não limita a incidência do princípio da moralidade à administração pública, pois também há referência expressa aos “Poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios”. Neste sentido, o artigo 2º da Constituição explicita que são “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Portanto, ainda que se fale em administração pública direta e indireta dos Poderes, estes incluem o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Ou seja, se aceitarmos a amarração pretendida por alguns, também temos que lutar por aquela que complete a leitura do dispositivo constitucional.

Ademais, a moralidade se transmute em realidade em diversas outras disposições expressas ou implícitas na Constituição Federal, p.ex., (i) quanto à legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular que fira este princípio (art. 5º, LXXIII); (ii) necessidade de possuir idoneidade moral para ser considerado brasileiro nato (art. 12, II, a); (iii) a necessidade de proteção da moralidade para o exercício de mandato eletivo (art. 14, §9º); (iv) idoneidade moral para nomeação como ministro do TCU (art. 73, II), ministro do TSE (art. 119, II) e desembargador dos TREs (art. 120, §1º, III).

Mais uma vez, o princípio da moralidade é tão importante na Constituição da República que transcende qualquer limitação do texto legal. É a ideia de princípio pan-republicano, que é um valor ético-democrático-republicano.

Prosseguindo, o princípio da moralidade possui ampla densidade jurídica, sendo que a dificuldade de precisar o conteúdo específico não traz nenhum prejuízo à aplicação, muito pelo contrário. Na verdade, o princípio possui densidade filosófica para a sociedade muito maior do que uma regra, tanto que tem o seu conteúdo expresso em diversos momentos da Constituição, aflorando a sua densidade jurídica. Não existe princípio explícito na Constituição Federal que tenha a sua densidade questionada. Aliás, a aplicação de um princípio, por ter um objetivo finalístico, ou seja, que busca um fim a ser pretendido, é, de fato, mais complexa. Contudo, isto apenas faz com que o aplicador tenha maior ônus argumentativo.

O princípio da moralidade é um vetor da Democracia e da nossa Constituição, sendo, pelo que falamos anteriormente, prescindível outros argumentos para que seja aplicado na interpretação da norma, podendo ser aplicável isoladamente, justamente porque possui ampla densidade.

Finalizando este ponto, devemos reafirmar que o princípio da moralidade é um valor ético-democrático-republicano, sendo perfeita a harmonia decorrente da materialização quanto ao conteúdo e quanto à forma, inexistindo dúvidas que pode ser aplicado amplamente no controle de constitucionalidade de uma norma. Aliás, não é questão de poder ou não poder, mas sim de que deve ser aplicado.

Agora, estabilizado que todas as normas devem estar submetidas ao princípio da moralidade, resta fixar o modo pelo qual deve ser feita a análise, ou seja, qual o parâmetro. É isto que faremos no próximo tópico, quando fixaremos o método que sugerimos para a aferição da constitucionalidade de uma norma.

3.5 Método proposto para aferição da moralidade – motivos determinantes

De certa forma, já antecipamos o formato pelo qual entendemos que o princípio da moralidade deve ser aplicado na aferição de constitucionalidade de uma norma. Apenas temos que ter em mente que não há pouca densidade no mencionado princípio, apenas é necessário maior ônus argumentativo para a sua aferição e, conseqüentemente, aplicação. O intérprete, na verificação da moralidade, terá que ter maior capacidade de convencimento para que se depure o preenchimento do requisito constitucional da moralidade para que a norma analisada não seja afastada por vício de inconstitucionalidade material.

Como vimos, o método de aplicação do princípio da moralidade como uma decorrência do princípio da legalidade não é o mais correto. Para referendar o que afirmamos em diversas oportunidades, podemos argumentar que esta assertiva é

decorrência do fato de que o princípio da legalidade surge do princípio da moralidade. Não é o contrário, pois a moral não encontra a sua limitação na legalidade. Todavia, a legalidade encontra o limite na moralidade.

Quanto ao método de aferição da moralidade de uma norma, podemos utilizar o mesmo que, em muitas das situações, é utilizado no campo da administração pública, em sentido estrito, para que um ato tenha a sua validade aferida. Trata-se da análise da motivação do ato. É disso que FIGUEIREDO também entende como método para a presente situação:

Será preciso verificar o 'móvel', a 'intenção', a 'teleologia' da lei, seu impulso, a fim de responder adequadamente à questão formulada – o impulso de legislar pode estar maculado, pode ferir o princípio da moralidade, e, assim, tornar uma determinada lei inconstitucional?²⁸⁵

De certa forma, podemos entender que este método está implícito no devido processo legal substantivo, pois este igualmente tangencia a análise da formação da norma quanto ao seu interior. E ele também está devidamente previsto na Constituição Federal, tal como reconhecido pelo Ministro Velloso, *in verbis*:

Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV do art. 5º, respectivamente. (...) Due process of law, com conteúdo substantivo – substantive due process – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality),

²⁸⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros

devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, due process of law, com caráter processual – procedural due process – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa²⁸⁶.

Pouco importa o nome que conferiremos a esta aferição, fato é que é indubitável a necessidade de ser verificada a moralidade de uma norma com base naquilo que ela pretende e, principalmente, naquilo que ela motiva.

Quando analisamos a moralidade pública, explicitamos que KANT exagera ao afastar a moral do ato quando ele é movido por compaixão²⁸⁷. Isto porque a finalidade pretendida é o agir moral. Desde que o motivo preponderante que leva ao agir moral não seja moralmente reprovável (ou, também legalmente), não há de ser refutada o ato moral daquele indivíduo, especialmente quando o agir é feito com base na compaixão, na empatia. Como já citamos anteriormente, não é nem ao céu, tampouco ao inferno, sendo necessário encontrar um meio termo que leve em consideração os benefícios de cada modo de ver a moralidade.

Justamente por isto que concluímos que a moralidade tem um grande conceito pela razão que lhe faz ser praticada, ou seja, fazer a coisa certa pelo motivo certo. É a virtude do pensamento de KANT, o qual denomina de dever, pelo que o agir moral é moral quando se age pelo dever. O dever, por seu turno, é

Editores LTDA, 1999. p. 145.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1511-7-MC. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Interessado: Congresso Nacional. Relatora: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 15 de outubro de 1996. p. 82-83. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347105>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

²⁸⁷ “Para Kant, no entanto, as boas ações advindas da compaixão, “embora corretas e cordiais”, não têm valor moral. Isso parece contrariar o bom senso. Não é bom que tenhamos prazer em ajudar os outros? Kant diria que sim. Ele certamente nada vê de errado nas ações motivadas pela compaixão. No entanto, faz uma distinção entre o fato de ajudar os outros por prazer — porque praticar boas ações é um ato prazeroso — e ajudá-los por dever. E afirma que uma ação só tem valor moral se for motivada pelo dever. A compaixão do altruísta “merece louvor e incentivo, mas não tem valor moral”. SANDEL, Michael. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 146-147.

vinculado à razão e, esta, pura. E é exatamente disso que estávamos falando, pois é pelas razões que levaram ao agir que poderemos analisar que uma lei é ou não constitucional. Ou seja, quando há um problema no motivo determinante do agir. É justamente este o método que nos parece ser a melhor forma de aferição da moralidade de uma norma. Mas não é apenas o motivo determinante do próprio ato do legislador, mas sim do que move a edição daquela própria norma, no sentido daquilo que ela pretende produzir de efeitos.

SMITH igualmente retrata essa situação, explicando que há uma grande dúvida quanto à moralidade quando o motivo de uma ação pode contaminar o ato em si, explica:

A incerteza quanto a nosso próprio mérito, somada à preocupação em julgá-lo favoravelmente, naturalmente bastam para que desejemos conhecer a opinião de outras pessoas a esse respeito, para estarmos mais animados que o habitual, se essa opinião é favorável, e mais mortificados quando não é. No entanto, não deveriam nos deixar desejosos de obter a opinião favorável ou evitar a desfavorável por meio de intriga e conspiração. Quando um homem subornou todos os juizes, a mais unânime decisão do tribunal não lhe pode dar nenhuma certeza de que agiu em conformidade com o direito, embora possa fazê-lo ganhar seu processo; e se conduziu esse processo apenas para comprovar que agira legitimamente, jamais teria subornado os juizes. Mas, embora desejasse ter assegurado seu direito, também queria ganhar seu processo, e por essa razão subornou os juizes. Se o louvor fosse relevante para nós apenas como prova de que somos louváveis, jamais nos esforçaríamos para obtê-lo por meios desleais. Porém, ainda que para homens sábios o louvor tenha, pelo menos em

casos duvidosos, cardeal relevância por essa razão, também tem relevância por si mesmo; e portanto homens muito acima do nível comum (nessas ocasiões, não podemos de fato chamá-los sábios) por vezes tentaram, por meios muito desleais, conquistar louvor e evitar censura²⁸⁸.

Há uma moralidade interna de cada indivíduo, o qual a afere de acordo com o que lhe faz sentir melhor. Ainda que KANT desconsidere esse sentimento interno, fato é que a moralidade se transparece de forma mais simplificada quando há de ser aferida no âmbito individual. É mais simples.

Ocorre que, por outro lado – e aqui é o ponto –, a moralidade pública não deve estar adstrita ao que um indivíduo entende como moral. A análise, na verdade, deve permear sempre uma verificação que leve em consideração todo o aspecto coletivo, buscando sim garantir direitos individuais, mas sem que isso acarrete em prejuízo de outras pessoas, sempre pelos motivos corretos. Podemos dizer, assim, que a moralidade pública é a moralidade privada qualificada pela liberdade. E esta qualificação igualmente deve abranger os motivos na aferição da constitucionalidade. Em outras palavras, qual é o motivo? Qual é a motivação de se elaborar e aprovar determinada lei?

Com essa proposição, podemos sugerir a aferição da moralidade em algumas hipóteses nas quais nos parece claro que a motivação encontra nítido vício que acarreta em inobservância ao princípio da moralidade. Em alguns casos, tal como o que deu origem ao presente estudo, a legislação é claramente editada para beneficiar os próprios legisladores ou, em outras situações, um grupo específico que demanda tal necessidade aos congressistas. Contudo, não é para isto que servem os legisladores, ou seja, não podem escolher atender um ou outro grupo para o fim

²⁸⁸ SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. Tradução de Lya Luft, revisão de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 157.

de beneficiá-los. A escolha deve ter uma razão que se justifique. E a justificativa não pode ser contrária à moralidade.

Além disso – da moralidade pública ser aferível com base na motivação –, deve sempre atenção à eficiência, que deve ser entendido como o melhor meio para a obtenção do resultado, até porque “um meio que, embora adequado à realização de um fim, não serve para atingi-lo minimamente em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos, o fim não é promovido satisfatoriamente”²⁸⁹.

Pois bem, passando aos exemplos hipotéticos, a primeira situação na qual parece clara a violação ao princípio da moralidade é a alteração de leis eleitorais, tais como anistia de multas ou flexibilização de requisitos para adquirir a capacidade eleitoral, que beneficiem os próprios legisladores. Qual a motivação da norma? É cristalino que não é algo republicano, sendo, em verdade, ofensivo aos valores constitucionalmente postos, ferindo frontalmente a moralidade. Ainda que seja legal, é imoral. Inversa é a situação se a alteração da norma eleitoral vise dar maior transparência às atividades legislativas ou melhorar a representatividade da sociedade nas casas do povo. Ou seja, a moralidade pode ser parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade, como também pode servir de reforço de constitucionalidade.

A segunda situação que podemos citar são as leis que alteram o uso do solo para atender interesses individuais ou de grupos específicos, sem atenção aos demais princípios constitucionais, tal como da proteção ao meio ambiente²⁹⁰.

Estes dois exemplos se aplicam também em outras situações, sendo que a legislação movida apenas para atender interesses específicos de um ou outro grupo, sempre encontrará vício na sua elaboração. Podemos citar, nesta situação, parcelamos de dívidas instituído sem qualquer justificativa plausível, instituição

²⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, abr. 2003. p. 23.

²⁹⁰ Art. 225 da Constituição Federal:

privilégios diversos, tais como de previdência social especial, possibilidade de uso de passaporte diplomático para além dos representantes e essenciais às funções, instituição de carteira funcional para familiares de chefe de poderes, uso irrestrito de transporte (aeronaves e veículos), dentre outros muitos. Ainda que a legislação permita alguns abusos, o que não traz vício de legalidade, é fato que a norma padece de imoralidade, pelo que deve ser controlada.

Isso tudo vai ao encontro do que falamos quanto ao fato de que o legislador deve se preocupar em formar pessoas de bem. Ressaltamos que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade que nos instigou a realizar esta pesquisa, o Ministro Marco Aurélio votou por deferir o pedido liminar “nessa quadra em que se busca uma correção de rumos no Brasil”²⁹¹. É o mesmo que nos ensinou ARISTÓTELES acerca da função do legislador, que “deve cuidar principalmente de formar pessoas honestas, procurar saber por quais exercícios tornará honestos os cidadãos e sobretudo conhecer bem qual é o ponto capital da vida feliz”²⁹².

Não podemos deixar de mencionar, na esteira de que a moralidade pode servir como confirmação de constitucionalidade, que alguns parcelamentos tributários se justificam por algumas razões além da possibilidade de beneficiar um ou outro grupo específico (políticos ou grupos empresariais). Por exemplo, a Lei nº 13.606/2018 institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR). Algumas argumentações podem surgir no sentido de que a lei é imoral por ter sido feita destinada a um grupo específico, inclusive beneficiando alguns congressistas diretamente. Por outro lado, na realidade o que temos é a instituição de um parcelamento pelo qual é a única forma dos produtores rurais sanarem as suas dívidas após a declaração de constitucionalidade da contribuição ao Funrural (RE nº

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 2306 MC. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, 27, de setembro de 2000. p. 422. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347535>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

²⁹² ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 55.

718.874), mesmo tendo o próprio Poder Judiciário ter decidido pela inconstitucionalidade em diversas outras oportunidades analisando a mesma lei no âmbito dos tribunais regionais. Ou seja, aqui não há imoralidade porquanto a lei se justifica por outras razões, tais como a necessidade de proteção aos produtores rurais, mantendo um mínimo de segurança jurídica, bem como protege a economia brasileira e afeta positivamente toda a população brasileira.

Agora, esta questão da lei, além de se justificar para o público geral, mas também indevidamente abranger grupo específico, inclusive de legisladores, pode gerar questionamento exclusivo. Nestas situações, pode ser limitada a aplicação da lei? É disto que trataremos no derradeiro capítulo deste estudo, iniciando pelo controle geral da moralidade da norma, citando, inclusive, o tratamento sugerido para essas situações, demonstrando a justificação.

CAPÍTULO 4 CONTROLE JUDICIAL DO PROCESSO LEGISLATIVO NO PROCEDIMENTO E NA ESSÊNCIA DA NORMA

A conclusão extraída anteriormente foi a de que não apenas o legislador deve respeito à moralidade, mas igualmente e principalmente o produto de sua atividade precípua, qual seja, a legislação tem que respeitar este importante valor republicano exposto em várias oportunidades do texto constitucional. Agora, é importante analisar a viabilidade e até que ponto pode o Poder Judiciário fazer o controle judicial da legislação utilizando como parâmetro o Princípio da Moralidade, lembrando que este não está adstrito ao artigo 37 do texto constitucional.

Tudo isto tendo em vista a linha de argumentação do presente trabalho, a qual seguiu a estrutura necessária para a formação do raciocínio defendido, iniciando com a fixação e delimitação de questões importantes sobre o Estado-legislador, especificamente acerca do Poder Legislativo, explicando as suas facetas, competências e limitações, demonstrando que não é absoluto, ainda que tenha origem no voto da maioria. Neste momento, igualmente demonstramos alguns aspectos importantes sobre a relevância do processo legislativo para a democracia, bem como a forma como o processo legislativo foi alterado na forma de pensar e agir, com a evolução da soberania do parlamento para a soberania do texto constitucional.

Na sequência, analisamos o pressuposto acerca do princípio da moralidade, explicitando, especialmente, a eficácia no sistema jurídico pátrio. Neste momento, elaboramos o conceito mínimo acerca da moralidade, uma vez que é importante ter o parâmetro pelo qual se pretende sugerir a aferição de constitucionalidade da norma. Posteriormente, com base nessa premissa segunda, analisamos a abrangência da moralidade no sistema jurídico brasileiro, notadamente quanto ao legislador e quanto à norma. Na oportunidade foi identificada e proposta a forma

pela qual entendemos que deve ser o método de aferição da moralidade de uma norma, qual seja da motivação do ato.

Agora, como adiantado, chega-se à necessidade de serem aplicados os dois últimos pressupostos (conceito de moralidade e sua inteligência no sistema jurídico brasileiro) como parâmetro e limite da primeira premissa fixada (legitimidade do Poder Legislativo), sugerindo o modo pelo qual isso pode ser feito. Para tanto, é importante ressaltar como o Poder Judiciário pode fazer o controle da legislação com base apenas na moralidade na sua essência.

Deste modo, é necessário analisar aspectos do *judicial review* no sistema jurídico brasileiro, notadamente quanto à sua legitimidade para intervenção e declaração de inconstitucionalidade das normas. Com base nesta imposição, é primordial que iniciemos com a análise do papel das instituições brasileiras, o que, de certa forma, fizemos no primeiro capítulo deste estudo.

Nos itens subsequentes, trataremos de temas que reputamos como interessantes para este derradeiro capítulo, especialmente acerca da forma pela qual a intervenção judicial se legitima e, mais do que isto, a forma de incidência e o limite, destacando ao final que o ônus argumentativo na declaração de inconstitucionalidade de uma norma pela ofensa ao Princípio da Moralidade é extremamente denso e complexo, até em decorrência da importância do trabalho do interprete na análise dos princípios, conforme destaca MENDES:

O reconhecimento da amplitude ou indeterminação dos princípios referentes à Administração Pública, em especial o princípio da moralidade, não impede o intérprete de a eles conferir maior densidade jurídica a partir do exame do próprio texto constitucional, bem como do caso concreto que está a desafiar solução. É certo, contudo, que ao administrador público já não basta cumprir formalmente a lei, visto que a

constitucionalização desses princípios alarga o controle do Poder Judiciário sobre a atuação da Administração, de modo que, em casos controversos, caberá ao juiz determinar, em cada caso, o alcance, v. g., do princípio da moralidade sobre a atuação do administrador público²⁹³.

4.1 O papel das instituições independentes

Já pudemos analisar adequadamente a separação dos poderes e a sua importância para o presente estudo quando abordamos as peculiaridades existentes no capítulo 1. Naquela oportunidade destacamos que a separação dos poderes funciona como um vetor de manutenção das liberdades individuais dos cidadãos ao limitar os poderes individualmente reconhecidos, ao mesmo passo em que um poder exerce o controle, ainda que limitado, do outro. É um ciclo que envolve a ideia de democracia. E a democracia é importante, neste aspecto, não apenas no processo de formação da legislação desde a escolha dos representantes e chegando ao processo legislativo, mas também é primordial no próprio controle de constitucionalidade das normas. O atual conceito de separação dos poderes é vinculado, portanto à ideia democracia.

Fala-se em *atual conceito de democracia* tendo em vista que a origem separação dos poderes tem base na obra “A Política”, quando ARISTÓTELES retratou a necessidade e a importância da separação em diversas passagens, especificamente no capítulo nomeado “Dos três poderes existentes em todo Governo”²⁹⁴. A divisão de poderes ali proposta é muito clara: o primeiro cuida dos negócios do estado, o segundo são os poderes constituídos (necessários para que o Estado possa agir) e o terceiro é o poder da jurisdição²⁹⁵. Aloca, nesse sentir, como

²⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 766.

²⁹⁴ ARISTÓTELES. *A Política*. 1.ed. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 113.

²⁹⁵ “O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo

uma das aptidões do “Poder Deliberativo” a de “*fazer as leis e suprimi-las*”, indicando que esta atividade seria da competência de todos os cidadãos, ou dos seus representantes²⁹⁶.

Ocorre que, inobstante a repartição, a ideia de independência, ou mesmo interdependência, se mostrava ausente, na mesma medida em que a limitação do conceito de “cidadão” para fins de participação na decisão dos rumos da sociedade, afetando diretamente a própria legitimidade do legislador. Ora, a democracia não estava presente, especialmente sob o enfoque do seu atual conceito, o qual envolve uma vontade qualificada da maioria visando a proteção das minorias. Isto porque, o conceito de “cidadão” exposto lá atrás é deveras limitado, excluindo-se do “povo” diversas pessoas, tais como os estrangeiros, os escravos, as crianças, os idosos e, também, as mulheres²⁹⁷. Esta proposta é inaceitável nos dias de hoje. O que se quer dizer com isso é que a separação dos poderes se mostrava limitada pela ausência da própria legitimidade dos poderes, porquanto não representavam devidamente todo o povo, ou mesmo não asseguravam os direitos da totalidade dos que deveriam ser sujeitos de direitos (e não apenas e tão somente ao conceito restritivo de *cidadão*). Ainda que não tivesse direito a voto, dentre de uma razoabilidade (tal como previsto na Constituição de 1988²⁹⁸), não ser considerado “cidadão” é algo muito grave.

Evoluindo no conceito, passamos por MAQUIAVEL, sendo deveras salutar destacar que não desconhecemos que existem diversos outros pensadores entre ARISTÓTELES e MAQUIAVEL que bem analisaram a questão. Este, contudo, trouxe a ideia de separação de poderes como modo de legitimidade do príncipe tendo como base o controle externo necessário. Este controle *externa corporis* era o

compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição”.
Ibidem.

²⁹⁶ Ibidem.

²⁹⁷ Ibidem, p. 35-36.

²⁹⁸ O artigo 14, §§1º e 2º, afasta o direito a voto dos menores de 16 anos e os estrangeiros, bem como os conscritos durante o período do serviço militar.

freio e igualmente defesa do próprio príncipe (quando utilizado como argumento para o não atendimento de interesses de uma ou outra classe)²⁹⁹.

Na sequência, LOCKE³⁰⁰ e, mais adiante, no século XVIII, MONTESQUIEU, trataram da separação dos poderes. Este último, aliás, atestou que existem “três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil”. Aqui já surge a ideia de divisão como forma de garantir a segurança e a liberdade dos indivíduos entre si, servindo também para garantir o controle e autonomia dos demais poderes. Em outras palavras, a liberdade somente existe numa situação em que os poderes tenham independência³⁰¹. BARROSO coloca que um poder servirá, portanto, de controle do outro, “de modo a proteger os indivíduo contra o abuso potencial de um poder absoluto”, sendo vedada a existência, de tal modo, de “instâncias hegemônicas”³⁰².

É inequívoco, portanto, a interação entre a separação dos poderes com a ideia de democracia, notadamente tendo em vista a liberdade dos indivíduos. Isto

²⁹⁹ É o que MAQUIAVEL discorre na hipótese da França:

“Em nossa época, entre os reinos bem organizados e governados, deve-se citar o de França. Há nele muitas boas instituições, das quais dependem a liberdade e a segurança do rei. A primeira é o Parlamento e a autoridade que este possui, pois o homem que organizou aquele reino, conhecendo, de um lado, a ambição e a insolência dos grandes, e considerando necessário pôr-lhes um freio, para corrigi-los, e, de outro lado, sabendo do ódio que o povo nutre contra os poderosos, provocado pelo medo, e querendo protegê-los, não deixou que permanecesse essa tarefa sob a responsabilidade do rei, para eximi-lo da acusação dos grandes quando favorecesse o povo, e da acusação do povo quando favorecesse os grandes. Desse modo, instituiu um terceiro juízo que fosse aquele que, apartado da responsabilidade do rei, rebaixasse os grandes e beneficiasse os menores. Essa organização não haveria de ser melhor nem mais prudente, nem se poderá negar ser ela a melhor causa de segurança do rei e do reino.”

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. In: *Os Pensadores* (Maquiavel). São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 116.

³⁰⁰ Um pouco antes, no final do século XVII, John Locke teve muita influência. Não por outro motivo que o “pensamento jurídico universal se abriu definitivamente para a compreensão de que não há liberdades políticas, nem governos moderados, nem respeito aos direitos naturais da pessoa humana, se as funções básicas do Estado não estão distribuídas entre diferentes órgãos públicos, a cada um deles correspondendo uma daquelas funções”.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição Brasileira. In: *Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 40.

³⁰¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166-179.

³⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos*

porque democracia é o modo de garantir a participação de todos no processo legislativo, mas este somente será possível e se justificará quando da efetiva separação dos poderes, que também serve para garantir as liberdades individuais por intermédio da limitação do poder. Assim, democracia é a *vontade comunitária qualificada pelo interesse público* (que FERREIRA FILHO fala em “espírito cívico”³⁰³, SOUZA NETO chama de “vontade geral”³⁰⁴ e MIRANDA “vontade do povo”³⁰⁵), que utilizando os instrumentos corretos do processo legislativo, se materializa com a elaboração de normas condizentes consigo próprio. Contudo, esta mesma vontade geral qualificada pelo interesse público possui limites. Ou seja, não pode tudo. É ultrapassada, portanto, a ideia de HART de que “não há quaisquer limites jurídicos”³⁰⁶ ao poder legislativo, porquanto advindo do Soberano, podendo estar presente os limites de ordem moral e social. Claro que as observações feitas por HART estão corretas para o momento histórico em que se inserem e, justamente por isto, que estão ultrapassadas, e não equivocadas.

Ademais, seguindo a ideia exposta anteriormente, já demonstramos que democracia não é sinônimo de absolutismo da maioria³⁰⁷, especialmente porque é o principal valor da Constituição, com a saída do povo da condição de expectador para

fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 208.

³⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A revisão da doutrina democrática. In: *Direito Constitucional: Teoria Geral da Constituição*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1124.

³⁰⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p. 46.

³⁰⁵ MIRANDA, Jorge. Constituição e Democracia. In: *A Constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições*. Organizador Marcos Vinivius Furtado Coelho. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 314.

³⁰⁶ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 6. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa, 2011. p. 75-78.

³⁰⁷ “A democracia não pode ser confundida com um ‘absolutismo’ da maioria. Não são raros na história exemplos de decisões majoritárias que tendem à própria degeneração da democracia, ao erodir as bases sociais e institucionais que permitem ao povo continuar decidindo. É o que ocorre quando a maioria resolve entregar seu poder de decidir a um ditador, ou quando decide calar, reprimir ou eliminar a minoria. Esta também é parte do povo, tem direito de ser igualmente reconhecida como tal e, quando estão em pauta questões que dizem respeito a toda comunidade, de participar do processo decisório público alentando razoavelmente a expectativa de se converter em maioria. Por isso, diversas restrições ao princípio majoritário podem ser justificadas sob o *prima democrático*.”

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Renovar:

a posição de participante na tomada de decisões. Mas não é só isso. Democracia também é respeito e garantia às liberdades e aos direitos individuais. Assim é que temos a ideia de que nenhum dos poderes é soberano. Nem mesmo é soberano o poder do povo, apesar da sua soberania. Soberania pode quase tudo, mas quase não é tudo. Aliás, o quase se mostra primordial no âmbito da democracia, que é, ressalte-se mais uma vez, a forma de manutenção da garantia dos direitos individuais pela limitação ao poder. Esta limitação, por sua vez, é exercida pela delegação separadamente à três (ou mais, dependendo da característica) poderes individualmente identificados.

Esta constatação é relevante para o presente trabalho para que se mostre que não há soberania, no caso brasileiro, do Congresso Nacional, muito menos quando é utilizado o argumento de que há *soberania do voto por retratar a vontade do povo*. Democracia está ligada à votos sim, mas encontra seu limite nas regras constitucionais e uma delas é justamente o respeito às minorias e às regras. Portanto, o Congresso não pode tudo, mesmo sob a ótica de que exerce o poder do soberano que o delegou aos seus representantes. Há de serem respeitados os direitos mínimos de acordo com o texto constitucional e com base no devido processo legal, tudo como forma de efetivamente legitimar e adequadamente exercer o poder.

Veja-se que a ligação entre democracia e separação dos poderes é tão significativa e intrínseca que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão afirma a ínfima ligação entre a ideia de repartição dos poderes e a própria existência de constituição, estando assente, em seu art. 16, que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem constituição”³⁰⁸ e ³⁰⁹. De sorte que, só haveria Constituição quando houvesse separação dos poderes.

Rio de Janeiro, 2006. p. 47-48.

³⁰⁸ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de->

Aliás, a inexistência de instâncias hegemônicas, citadas por BARROSO, guarda íntima relação com a doutrina dos Federalistas. Nesta obra fica clara a crítica à possibilidade de uma divisão total de competências, mas essa ideia é justamente o que se justifica e confere margem à existência do *cheks and balances*³¹⁰, instituto nitidamente necessário em um Estado Constitucional como uma das formas de limitação do poder³¹¹. E é a inexistência de separação total dos poderes o que confere a possibilidade de um poder controlar o outro, claro que com sutileza, com a única finalidade de impedir a existência de um poder hegemônico, o que levaria ao ferimento de liberdades, e colocaria por terra toda a proteção que a criação da divisão dos poderes pretende assegurar.

Justamente com base nesse rápido pressuposto histórico de formação e organização do Estado Democrático que há, na Constituição Federal do Brasil de 1988, a repartição dos poderes³¹². Ela está expressa no Título IV da Constituição,

direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 10 setembro 2018.

³⁰⁹ “O Estado só é Estado racionalmente constituído, para os doutrinários e políticos do constitucionalismo liberal, desde que os indivíduos usufruam de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos. Ou, relendo art. 16.º da Declaração de 1789, ‘Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição’”.

MIRANDA, Jorge. Constituição e Democracia. In: A Constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições. Organizador Marcos Vinivius Furtado Coelho. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p.309.

³¹⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Tradução de Hitomar Martins Oliveira, Belo Horizonte. Ed. Líder, 2003. p. 298-322.

³¹¹ “Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que não de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (*checks and balances*). Por fim, há as limitações processuais: os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade). Na maior parte dos Estados ocidentais instituíram-se, ainda, mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 29-30.

³¹² Conforme leciona Paulo Bonavides, desde a Constituição Republicana de 1891, passando pela de 1934, 1964 e 1967, até chegar na de 1988, há clara simetria nas estipulações das formas de organização dos poderes.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 154-155.

sendo dividida em quatro capítulos. Os três primeiros definem a conhecida separação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O último capítulo, ao final, define as funções essenciais à Justiça (Ministério Público, Advocacia Pública, Advocacia e Defensoria Pública).

Portanto, com base nesses argumentos e naqueles outrora defendidos neste trabalho é que podemos trazer a ideia de separação dos poderes, com cada um realizando o seu trabalho primordial, sendo imperativa a noção de que a separação de poderes tem como sua própria justificativa dois vetores. Primeiramente, é uma forma de limitar o poder. É a forma de garantir os direitos individuais dos cidadãos. Em segundo lugar, e sendo a justificativa e o modo de limitação, um poder tem a capacidade de controlar o exercício abusivo do outro. Por isto que não se pode ter a coincidência de pessoas (ou pessoa) no exercício de poderes distintos.

Neste diapasão, o Judiciário pode – e deve – controlar o Legislativo e o Executivo. Nos parece que a justificativa, para tanto, é simplesmente a perpetuação da democracia e o respeito às regras do jogo.

4.2 Legitimidade do judicial review

Iniciemos perguntando: Por que indicamos *judicial review* – intimamente ligado ao ativismo judicial com caráter proativo –, ao invés de apenas “legitimidade do controle de constitucionalidade” no presente tópico?

Primeiramente, o *judicial review* é uma própria decorrência da legitimidade ampla do Poder Judiciário quando do controle de constitucionalidade. Isto é, este se materializa como um resultado daquele. Em segundo lugar, não há muito o que ser dito quanto à inegável legitimidade do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, pelo que os críticos à nossa posição poderiam argumentar que inexistente legitimidade do controle constitucional utilizando como parâmetro o princípio da moralidade tendo em vista uma suposta intromissão do Judiciário no campo do

Legislativo ao definir o que seria moralidade. Em outras palavras, não há muitas dúvidas quanto à legitimidade do Poder Judiciário nos termos mencionados no tópico anterior para manter a democracia e defender direitos fundamentais. Todavia, questionamentos podem ser feitos em relação à aplicação do princípio da moralidade como parâmetro de controle de constitucionalidade sob o argumento de que estaria o Poder Judiciário invadindo o campo do legislador agindo no campo de *ativismo judicial*.

Entendemos, todavia, que não é a situação, pois a aplicação da moralidade como vetor de controle de constitucionalidade é decorrência dos princípios da democracia e, conseqüentemente, separação dos poderes, o que, por si só, atrai a legitimidade do judiciário.

De todo modo, iniciaremos destacando a legitimidade ampla do Poder Judiciário, não apenas para fazer o controle simples, mas aprofundar ainda mais e praticar o *judicial review* sempre que entender – e conseguir demonstrar – necessário nos termos da Constituição, notadamente para manter a higidez desta.

O advento da força normativa da Constituição, ao lado da expansão da jurisdição constitucional e da reelaboração doutrinária da interpretação constitucional, foi a grande transformação que levou o direito constitucional ao atual patamar, especialmente de aplicabilidade autônoma³¹³. Foi uma mudança de paradigma. Isto é, a Constituição foi adquirindo especial importância com o passar

³¹³ “O novo direito constitucional, fruto das transformações narradas neste capítulo, tem sido referido, por diversos autores, pela designação de neoconstitucionalismo. O termo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, **marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica**. Dentro dessas balizas gerais, existem múltiplas vertentes neoconstitucionalistas. Há quem questione a efetiva novidade dessas ideias, assim como seus postulados teóricos e ideológicos. Mas a verdade é que, independentemente dos rótulos, não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, que já não se assenta apenas em um modelo de regras e de subsunção, nem na tentativa de ocultar o papel criativo de juízes e tribunais. Tão intenso foi o ímpeto das transformações que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções”.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 277-301, destacamos.

dos tempos, chegando à centralidade do ordenamento jurídico. O caminho não poderia ser outro a partir da própria ideia de evolução da soberania do parlamento para a soberania do texto constitucional³¹⁴.

BRITTO, tratou do tema em sua obra *Teoria da Constituição*. Menciona que a mudança de paradigma – quando a Constituição passou a ter a máxima capacidade de aplicabilidade por si mesma – tem especial dívida pelas insistentes doutrinas de Konrad Hesse e Robert Alexy. Aliás, e para formalizar essa aplicabilidade, um dos pontos importantes é a consecução de maior segurança para a sua materialidade, o que advém da própria centralidade da Constituição no ordenamento jurídico. A evolução pode ser resumida da seguinte forma: a ausência de princípios nas constituições fez com que elas tivessem pouca eficácia, mas o caráter principiológico levou a se ter uma base de supereficácia, acarretando na caracterização dos princípios como verdadeiras supernormas de Direito Positivo. Há que se reconhecer que a Constituição tem como realizar a sua aplicabilidade de modo autônomo³¹⁵.

SILVA, ao concluir sua obra em que analisou a aplicabilidade das normas constitucionais, afirma que estas “sem distinção, são dotadas, enfim, de uma eficácia superior a todas as demais normas que compõem a ordem jurídica nacional. Trata-se de uma eficácia ab-rogativa das normas inferiores incompatíveis e construtiva da ordem jurídica sucessiva”.³¹⁶ Tudo o quanto aqui rapidamente colocado tem razão de existir para que seja mantida a unidade do texto constitucional, assegurando a identidade e o espírito do texto, pois “littera enim occidit, spiritus autem vivificat”³¹⁷.

³¹⁴ “Com essas mudanças, verificadas a partir da Constituição de 1988, o Supremo elevou o padrão de interação com os Poderes Executivo e Legislativo: ele não é mais um simples coadjuvante, mas sim, participante ativo na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro”.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 28.

³¹⁵BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Capítulos 5 e 6.

³¹⁶ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 261.

³¹⁷Advertência de São Paulo, na Epístola II aos Coríntios, a tradução livre pode ser “a letra mata; o espírito vivifica”.

Deste modo, o texto da carta magna não pode ser caracterizado como amontoado de papel, especialmente porque é suficiente para a resolução de todos os conflitos que surgem das relações sociais, dentre os quais, sem sombra de dúvidas, envolve as questões da moralidade, notadamente a aplicação desta como parâmetro na aferição de constitucionalidade de uma norma.

Agora, quanto ao *judicial review*, e, de certa forma, ele se confunde com a própria legitimidade do controle de constitucionalidade, é imperioso citar que tem importância não apenas no âmbito histórico norte-americano – com o caso *Marbury vs. Madison*³¹⁸ –, mas igualmente no âmbito europeu, sempre com a prevalência da Constituição, apesar de ter sido um processo mais lento e mais recente^{319 e 320}. O ponto é que a intervenção do Poder Judiciário já se justifica com a ocorrência única da ofensa ao texto da Constituição, ou seja, em qualquer situação que ocasionasse uma ofensa constitucional, seja em direito fundamental ou não. Não obstante tal

³¹⁸ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Capítulos 5 e 6.

³¹⁹ No âmbito do velho continente há de ser resumido que os movimentos revolucionários serviram para que os tiranos fossem extirpados do controle da sociedade. Entretanto, a transição entre regimes, em muitos dos casos, acabou por conferir muitos poderes ao Parlamento – e, conseqüentemente, ao Executivo –, afastando a importância e prevalência dos textos constitucionais. Isto também levou à ausência da devida separação dos poderes. Com isso, a ideia de proteção dos direitos individuais, especialmente nesse âmbito de transição, ficou indevidamente restrita. Justamente sob este aspecto que restou instaurado “rico debate, dominado por Carl Schmitt e Hans Kelsen, em torno dos instrumentos de proteção da Constituição”.

Contudo, a Segura Guerra interrompeu a evolução do tema, o qual somente foi retomado ao final do conflito. De tal modo que, como bem ensina a doutrina pátria, os parlamentos se mostraram ineficazes para proteger as declarações liberais dos direitos dos indivíduos, notadamente com o grande aumento dos abusos, passando a ser a Jurisdição Constitucional a grande responsável pela proteção de direitos, dando efetiva força de norma superior ao texto constitucional. Foi, nesse sentido, com a democratização dos países que as Constituições passaram a ter, cada vez mais, maior importância nos países europeus.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 60.

³²⁰ “Terminado o conflito, a revelação dos horrores do totalitarismo reacendeu o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana, contra os abusos dos poderes estatais. Os países que saíam do trauma dos regimes ditatoriais buscaram proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz. O Parlamento, que se revelara débil diante da escalada de abusos contra os direitos humanos, perdeu a primazia que o marcou até então. A Justiça Constitucional, em que se viam escassos motivos de perigo para a democracia, passou a ser o instrumento de proteção da Constituição – que, agora, logra desfrutar de efetiva força de norma superior do ordenamento jurídico, resguardada por mecanismo jurídico de censura dos atos que a desrespeitem.

A Justiça constitucional se alastrou pela Europa, na medida em que os seus países se democratizaram. Foi acolhida em Portugal e na Espanha, nos anos 1970. Com a queda do comunismo, foi igualmente recebida nas antigas ditaduras do Leste europeu.”

Ibidem. p. 61.

fato, é importante destacar a legitimidade e o dever do Poder Judiciário para realizar o *judicial review* quando envolver ofensa ao princípio da moralidade.

Isto porque, como visto, o princípio da moralidade é um valor ético-democrático-republicano, sendo perfeita a harmonia decorrente da materialização quanto ao conteúdo e quanto à forma. É um princípio, tendo em vista as diversas manifestações existentes na Constituição de 1988, que cumpre um valor exigido pela própria sociedade brasileira.

De todo modo, para defender o *judicial review* há de ser refutado o seu principal crítico e advogado da necessidade da autocontenção do judiciário. Este, na atualidade, há de ser reconhecido como sendo Jeremy Waldron³²¹. Interessante notar, desde já, que a análise proposta pelo WALDRON busca partir de premissas inexistentes, que serão adiante destacadas e demonstradas, sendo verdadeira utopia. Antes disso, todavia, devemos fazer breve introdução para ser possível entender a sua argumentação e, do mesmo modo, a nossa crítica.

WALDRON afirma que os defensores deste instituto da intervenção judicial a protegem utilizando, como argumentos essenciais e suficientes, a existência de decisões boas e um processo no qual as reivindicações de direito são examinadas firme e seriamente. Talvez por serem argumentos inegáveis, WALDRON não consegue refutá-los, chegando a citar bons exemplos norte-americanos que são nitidamente a sedimentação do *judicial review*³²². Com isso, WALDRON propõe uma crítica esquivando-se da apreciação do resultado que se atinge com a intervenção judicial. Em outras palavras, é a procura por um argumento essencial contra o instituto que não seja vinculado a manifestações históricas e de efeitos específicos (se a decisão é boa ou ruim). Defende que o debate é importante porque é sempre feita uma análise da legitimidade por cada caso pelo aspecto do resultado e, com

³²¹ Para as considerações feitas neste tópico foi utilizado artigo do Professor Jeremy Waldron, intitulado "A Essência da Oposição ao Judicial Review". WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In: BIGONHA; Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-159.

³²² P. ex., Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003), Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) e Brown v. Bd. of Educ., 347 U.S. 483 (1954)

isso, existiriam influências se a decisão é boa ou ruim pela conclusão. Também ressalta que é importante essa verificação da existência do pressuposto de legitimidade para que funcione como meio para a sociedade discutir a aplicabilidade do *judicial review* e não se limite a analisar questões históricas e culturais.

Tentando se esquivar desses argumentos que justificam o *judicial review*, WALDRON corrobora que não é o melhor modelo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática, porque esta poderia agir de forma a discutir e decidir o que quer para os assuntos, notadamente por intermédio do parlamento. Como exemplo para defender o quanto afirmado indica os casos do aborto, legalização da conduta homossexual consentida e abolição da pena de morte na Grã-Bretanha na década de 60. WALDRON também afirma que a discussão, quando é indicada ao Poder Judiciário, deixa de focar nas questões reais e passa a discutir questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretações, até mesmo para fins de legitimidade. Indica que o *judicial review* é politicamente ilegítimo, uma vez que privilegia a maioria dos votos entre poucos juízes (e não responsabilizáveis) e afasta o poder dos representantes democraticamente eleitos.

Ocorre que, como antecipado, a análise proposta por WALDRON no sentido de que o *judicial review* não é possível (legítimo) parte de algumas premissas que são, inevitavelmente, inaplicáveis. Os pressupostos indicados por Waldron são: (1) instituições democráticas em boas condições de funcionamento, com legislativo representativo eleito por sufrágio universal; (2) instituições judiciais também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias; e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos.

Ora, caso existentes os pressupostos, inútil seria a intervenção do judiciário, porquanto também seriam inexistentes os problemas que mereceriam atenção, uma vez que a própria sociedade seria capaz de resolver as questões sem a necessidade

de intervenção judicial. Aliás, o *judicial review* existe justamente para assegurar os direitos fundamentais, o ordenamento jurídico e, principalmente, as minorias. Ocorre que isso não seria necessário caso o item 3 acima mencionado, comprometimento da maioria com direito das minorias, estivesse sempre presente na sociedade. O que dizer, então, das instituições democráticas em bom funcionamento? Relembre-se, neste ponto, a vinculação existente entre o princípio da moralidade e democracia.

Ademais, não é factível uma análise que refuta os resultados obtidos com o advento das decisões judiciais, especialmente quando suprem a carência e o vácuo deixado pelo legislativo. A crítica feita por WALDRON não tem qualquer esteio, especialmente quando analisado que a única saída para realizar a argumentação é justamente refutar os dois argumentos principais que garantem, na verdade, a própria legitimidade do *judicial review*.

A uma, os resultados devem ser o ponto de partida da análise, pois estar-se-á ratificando como correta ou errada a decisão e isso não se demonstra pejorativo ou prejudicial, mas, pelo contrário, é uma forma de controle dos próprios limites exercidos pelo judiciário. Refuta-se, também, com isso, o argumento no sentido de que seriam inexistentes os controles da sociedade com o quanto decidido no Poder Judiciário³²³. Em seguida – e por último –, há de ser afastado o argumento no sentido de que o *judicial review* se preocupa muito mais com as afirmações secundárias do que com a própria questão de fundo em discussão. De fato, é necessário que o Poder Judiciário faça um amplo aspecto que justifique a sua decisão.

Entretanto, esse fato não leva à prejudicialidade do mérito, mas, em verdade, legitima ainda mais a intervenção. Veja-se que o *judicial review* encontra sua legitimidade na sua argumentação e, portanto, ela é extremamente necessária e indispensável para que a própria sociedade aceite que aquela decisão é a melhor.

³²³ Isso é facilmente percebido na situação brasileira, especialmente com base na existência da TV Justiça e a grande difusão de informações que as redes sociais permitem.

Ainda que não seja a melhor para um ou outro indivíduo, este não poderá negar que os outros argumentos que levaram a uma decisão específica eram irrefutáveis.

Portanto, está mais do que claro que a crítica feita por WALDRON ao *judicial review* não se sustenta.

Além disso, a presente discussão não deve permear argumentos acerca da suposta ilegitimidade do Poder Judiciário tendo em vista a ausência de votos. Isso porque, primeiramente, o este não estará exercendo Poder Legislativo, mas sim hermenêutico de controle de constitucionalidade com base no texto constitucional. No mais, a legitimidade democrática não deve ser restringida a uma análise sob o aspecto quantitativo de votos. Inclusive, sistemas eleitorais, tal como no caso do proporcional de votos, igualmente podem gerar questionamentos quanto ao fato de não serem eleitos aqueles que mais foram votados.

Sucedem que, conforme foi demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, democracia possui outros aspectos igualmente relevantes e que são justificadoras e certificadoras da necessidade da existência do *judicial review*.

Portanto, o *judicial review* é imprescindível, legítimo e, para a democracia brasileira, indissociável. Inobstante tais considerações, quanto à utilização do princípio da moralidade no controle de constitucionalidade acreditamos que a sua legitimidade materializa, além de tudo que foi exposto, “nessa quadra em que se busca uma correção de rumos no Brasil”³²⁴. Neste sentido, o Poder Judiciário, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, não pode se manter inerte e deve agir buscando sempre o melhor para a sociedade brasileira e nos termos da Constituição Federal de 1988.

A doutrina não destoia do que estamos defendendo em relação à autoridade e legitimidade do Poder Judiciário, *in verbis*:

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 2306 MC. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, 27, de setembro de 2000. p. 422. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347535>>. Acesso em: 04 setembro

Como podemos acreditar na ideia de que o Supremo Tribunal Federal deve ser silenciado, pois caso continue a guardar a Carta como tem feito correremos o risco de termos uma República de Togas? Não se trata de uma ditadura do Supremo. Trata-se de um Estado Democrático de Direito que assenta na Constituição Federal seu norte primeiro³²⁵.

4.3 Controle do processo legislativo no Brasil

Fixado o antecedente de que o *judicial review* se justifica e se legitima com base na sua própria argumentação e quando há uma necessidade de intervenção para a garantia da supremacia da Constituição, é de importância especificar a situação brasileira e o controle do produto legislativo pátrio.

É notório o crescente vácuo em que é necessária a intervenção do Judiciário, especialmente na situação da sociedade brasileira, que não chega perto de cumprir nenhum dos pressupostos indicados por WALDRON, os quais levariam à impossibilidade (ou melhor colocado, desnecessidade) de intervenção, quais sejam: (1) instituições democráticas em boas condições de funcionamento, com legislativo representativo eleito por sufrágio universal; (2) instituições judiciais também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias; e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos.

Para a hipótese específica aqui em estudo – controle da legislação pela moralidade –, tem-se que o primeiro pressuposto indicado pelo Waldron é extremamente relevante. Há de se reconhecer que uma norma imoral decorre da

2018.

³²⁵ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?: o outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo

ausência de “instituições democráticas em boas condições de funcionamento, com legislativo representativo eleito por sufrágio universal”. É justamente neste momento que o *judicial review* urge, demonstrando sua necessidade com a finalidade de assegurar que a maioria não se insurja contra direitos da minoria.

O que se quer dizer, também, é que, quando os primeiros legitimados não fazem a sua parte (Poderes Executivo e Legislativo), surge a legitimidade do Judiciário, a qual não tem a mesma origem dos demais poderes, mas nem por isso é menor. Possui, em verdade, legitimidade muito mais complexa, o que lhe atrai a necessidade do cumprimento de diversos requisitos.

É justamente isso que o BARROSO destaca:

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais³²⁶.

Horizonte: Fórum, 2010. p. 112.

³²⁶ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. SARMENTO, Daniel. Jurisdição Constitucional e Política.

Portanto, o que se demonstra nessas poucas linhas é que o *judicial review* é extremamente relevante para a defesa da Constituição, justificando-se pela legitimidade do Poder Judiciário, o que advém não dos votos (aspecto formal da democracia), mas da capacidade que este poder tem de confirmar a democracia sob o feitiço substantivo e deliberativo.

Especificamente na situação brasileira, pode-se notar que há uma verdadeira crise institucional, na qual o Poder Legislativo tem gerado uma grande desconfiança na população, inclusive sob o aspecto moral. Aliás, talvez seja o principal. Isso leva a uma ausência de capacidade (não técnica, mas de capital político) para que determinadas decisões sejam adotadas, especialmente aquelas que possuem aspecto mais contra majoritário. E não apenas isso, mas também gera dúvida sobre a validade das normas sob o seu aspecto moral e material. É neste momento que o Supremo Tribunal Federal se sobressai muito mais do que importante, mas indispensável, como forma de que direitos de minorias sejam assegurados e garantidos (p.ex. questões que envolvem aborto, união estável, reconhecimento de relações entre pessoas do mesmo sexo, entre outros).

Mais uma vez, é salutar ressaltar que esta intervenção seria desnecessária na utópica sociedade pensada por WALDRON, em que, principalmente, os direitos das minorias fossem respeitados e, para a situação específica, existissem instituições com capacidade moral de realizar toda a sua função adequadamente. Ocorre que esta não é a situação.

Deste modo, a legitimidade do judiciário – e, conseqüentemente, o *judicial review* –, é justificada sempre que for necessária a intervenção para a garantia das normas constitucionais, especialmente quando se tratar de situação que desrespeita não apenas regras e princípios constitucionais, mas também a unidade da Carta Constitucional, sob pena de acarretar em desrespeito ao espírito da Constituição, à própria identidade do texto central e, ao final, a ruptura da ordem constitucional. É o

caso do princípio da moralidade, que se sobressai como um valor ético-republicano presente em diversos momentos da Constituição.

Agora temos que analisar os três pontos inerentes ao controle de constitucionalidade de uma norma com base no princípio da moralidade. Primeiramente, verificaremos a submissão ao *judicial review* com base na moralidade pela motivação. Na sequência, trataremos do controle das razões do legislador e, na sequência, do abuso parlamentar. Isto para, ao final, tecer comentários sobre o princípio do devido processo legislativo.

4.3.1 A submissão ao judicial review das normas com base na moralidade pela motivação

Fixado o antecedente no sentido de que o *judicial review* não apenas se justifica na situação brasileira, mas é extremamente necessário para a democracia pátria, há de ser feita a explicitação que levará à conclusão de que questões envolvendo uma norma clarividente imoral, há de ser realizado o controle judiciário, sem qualquer deferência aos demais poderes, e sim, apenas e tão somente, ao texto constitucional.

O ponto é que poderia ocorrer conflito de normas constitucionais, isto é, a intervenção judicial poderia ocasionar em ruptura do texto constitucional. Ocorre que, por outro lado, há igualmente a ofensa ao texto Magno ao se permitir a manutenção e perpetuação de norma inconstitucional. Justamente por esta situação que ALEXY leciona que há de ser feita a interpretação com base na ponderação, esta utilizando a proporcionalidade³²⁷. Este instrumento interpretativo levará à conclusão única de que permitir a existência de norma imoral é o mais perverso dos resultados possíveis, pois será aquele que acarretará em desrespeito ao espírito da

³²⁷ Robert Alexy ressalta que “quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio”
ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 301.

Constituição, da própria identidade do texto central e, ao final, ruptura da ordem constitucional.

Agora, para ser feita a análise, de um lado devem ser colocados os preceitos constitucionais que, indubitavelmente, asseguram a possibilidade de exigir-se conduta moral não apenas do administrador, mas de todos aqueles que fazem parte da administração pública, passando por todos os Poderes, o que tem o condão de atrair para a Carta Magna uma ideologia de necessária moralidade. Do outro lado, devem ser expostos as supostas ofensas ao texto constitucional no caso da *indevida* intervenção judicial. Ao final, deve ser feita a comparação no sentido justamente colocado por ALEXY de que “quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio”³²⁸.

Além do próprio art. 37, o princípio da moralidade igualmente encontra guarida e fundamento em outras disposições expressas ou implícitas, p.ex., (i) quanto à legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular que fira este princípio (art. 5º, LXXIII³²⁹); (ii) necessidade de possuir idoneidade moral para ser considerado brasileiro nato (art. 12, II, a³³⁰); (iii) a necessidade de proteção da moralidade para o exercício de mandato eletivo (art. 14, §9º³³¹); (iv) idoneidade

³²⁸ Ibidem.

³²⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;” (BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018).

³³⁰ “Art. 12. São brasileiros:

(...)

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;” (Ibidem).

³³¹ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

moral para nomeação como ministro do TCU (art. 73, II³³²), ministro do TSE (art. 119, II³³³) e desembargador dos TREs (art. 120, §1º, III³³⁴).

Como visto, o princípio da moralidade é valor exigido pela sociedade brasileira, materializando-se de diversas formas, estando comprovada que a sua relação com a sociedade pode ser lida em diversos campos. No campo jurídico, a moralidade se materializa como princípio nato e está presente em diversas oportunidades da Constituição, não se limitando ao texto do artigo 37. Ao final, conclusão única é a de que o princípio da moralidade se transmite em valor ético-democrático-republicano, sendo perfeita a harmonia decorrente da materialização quanto ao conteúdo e quanto à forma.

Por outro lado, temos que identificar qual seria a ofensa ao texto constitucional na hipótese de se aplicar o princípio da moralidade no controle da constitucionalidade de uma lei. Não conseguimos pensar em outra hipótese que não seja uma alegação de ofensa aos princípios democrático e da legalidade.

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)” (BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018).

³³² “Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

§ 1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

(...)

II - idoneidade moral e reputação ilibada;” (Ibidem).

³³³ “Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:

(...)

II - por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.” (Ibidem).

³³⁴ “Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal.

§ 1º - Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

(...)

III - por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.” (Ibidem).

Ocorre, como visto, que o princípio da moralidade externa um viés republicano, sendo, em verdade, um princípio pan-republicano, externando valor ético-democrático-republicano. O que queremos dizer, com isso, é que o princípio da moralidade possui um alinhamento muito grande com a própria ideia de democracia e república. Neste sentido, é meramente aparente qualquer argumentação que se tenha no sentido de que haveria uma colisão entre princípio da moralidade em face dos demais princípios constitucionais na aferição da constitucionalidade de uma norma com base naquele. O sistema é uno e se mostra perfeito na sua completude, especialmente se levamos em consideração que o princípio da moralidade decorre da própria noção de democracia.

É indubitável que os preceitos fundamentais existem para dar total efetividade ao texto constitucional e, como tais, não podem ser desrespeitados nos termos já indicados. É a unicidade do texto constitucional para que este tenha total efetividade, especialmente com a Constituição no centro do ordenamento jurídico.

Portanto, tendo em vista essas ponderações feitas de preceitos que são diretamente afetados com a edição de normas ilegais, é indiscutível que o *judicial review* será sempre extremamente necessário e legítimo. Não obstante essa afirmação, é fato que cada questão específica merecerá uma análise, mas não poder-se-á afastar *ab initio* a jurisdição constitucional e a consequente atuação do Supremo Tribunal Federal quando o assunto for o controle de normas imorais, utilizando-se, para tanto, o método proposto no item 3.5, qual seja, o que tangencia a análise da motivação da norma.

Terminamos este tópico com uma citação que bem ilustra não apenas a legitimidade do controle de constitucionalidade aqui igualmente defendido, mas também a evolução da interpretação. SAUL nos ensina, *in verbis* :

Quem defende a fossilização da interpretação constitucional, o faz pro acreditar que as mudanças não devem ser

implementadas. Trata-se de pensamento marcado por um receio de ruptura. É o medo de mudar.

...

O país marcha bem e assim o é pelo fato do modelo institucional engendrado por nós éter penetrado no seio da população. Homenagear a Constituição exigindo das demais esferas o seu cumprimento não é fraudar o modelo adotado por nós. Ao contrário, é reafirmá-lo. E o processo de interpretação da Constituição não é nem deve ser técnico³³⁵.

4.3.2 Controle judicial das razões do legislador

Demonstrada a legitimidade do controle de constitucionalidade com base na motivação, devem ser formulados breves comentários acerca da possibilidade de controle das razões do legislador. Isto porque, ultrapassada a questão da moralidade, persiste a dúvida acerca da possibilidade de controle das razões quando não forem encontrarem vícios quanto à motivação. Ou seja, ainda que não exista problema na motivação, as razões podem ser o motivo para questionar a legislação.

O controle das razões é extremamente complexo, talvez mais do que o tema proposto neste trabalho. Primeiramente, porque as razões do legislador envolvem ideologias político-partidárias. Ocorre que, caso não existam ofensas ao texto constitucional, notadamente que envolvam direitos fundamentais, não há como o Poder Judiciário controlar as razões pura e simplesmente por discordar da opção do legislador ou do Governo. Caso contrário, para quê Poder Legislativo e Poder Executivo. Sob o assunto, devemos citar MENDES, que trata do assunto com

³³⁵ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?: o outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 110-111.

maestria, especificamente quando aborda os fatos e prognoses legislativos³³⁶. Destaca, tratando da situação alemã:

Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do tribunal.

Cumprindo indagar sobre quando eventual deficit na análise dos fatos verificados por parte do órgão legislativo acarreta a ilegitimidade da lei.

Se se constata que a verificação dos fatos levada a efeito pelo legislador é incorreta em uma decisão de caráter restritivo, então o tribunal deverá declarar a inconstitucionalidade da medida questionada.

...

No tocante a falhas de prognósticos, a Corte adota uma solução diferenciada, avaliando se a prognose legislativa se revela falha de início ("im Ansatz verfehlt") ou se cuida de um erro de prognóstico que somente pode ser constatado a posteriori, depois de uma continuada aplicação da lei.

No primeiro caso, o deficit de prognose há de ensejar a nulidade da lei.

Na segunda hipótese, quando se verifica a falha na prognose legislativa após o decurso de certo tempo, o tribunal considera irrelevante, do prisma constitucional, o erro de prognóstico cometido, desde que seja parte integrante de uma decisão

³³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Estudos de

tomada de forma regular ou obrigatória. No chamado “Mühlenbeschluss” deixou assente o tribunal que “erros sobre a evolução do desenvolvimento econômico devem ser admitidos, até porque o legislador está obrigado no limite do possível, para evitar perigos futuros, a tomar decisões cuja eficácia depende de fatores variados e que, por isso, podem ter desenvolvimentos não desejados (ou diversos daqueles desejados)”.

Nesse caso, deverá o legislador, todavia, empreender os esforços necessários para superar o estado de inconstitucionalidade coma presteza necessária³³⁷.

Podemos perceber que, com base na leitura de “falha de início”, as razões se amoldam muito à situação quando a motivação serve para fins de atestar a moralidade da norma. Em outras palavras, quando o prognóstico realizado tem um problema na sua própria iniciação, há de ser considerada a norma como inconstitucional, legitimando-se a intervenção jurisdicional. Via outra ocorre quando o erro se materializa no segundo momento, sendo, nesta situação, imperiosa a não intervenção, mas com a necessidade de que legislativo se ocupe em resolver a problemática criada. Esta última situação podemos amoldar ao que falamos acerca da leitura da moralidade com base no momento histórico, pelo que devemos apenas adicionar a necessidade de, caso o legislativo se mantenha inerte, o Poder Judiciário tenha legitimidade para também analisar esta situação.

4.3.3 Controle do abuso parlamentar

Neste breve tópico gostaríamos de deixar esclarecido que o presente trabalho não se prestou à análise do abuso parlamentar em relação à sua clandestinidade. É evidente que normas produzidas ilicitamente, seja com compras de votos, ou mesmo com troca de favores, trazem consigo a antijuridicidade que atrai a necessidade de intervenção judicial para a sua declaração de inconstitucionalidade por outros motivos além da moralidade. Assim, podem ser elencados diversos argumentos, dentre os quais se destacam a ofensa ao devido processo legislativo, à democracia, à soberania popular, à representação popular.

Tanto é assim que foram ajuizadas diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade questionando leis que foram editadas com suposto vício de vontade dos congressistas. Tais fatos foram apurados e decididos na Ação Penal nº 470, que julgou o conhecido *Mensalão*. São as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nsº 4889 (ajuizada pelo PSOL), 4888 (ajuizada pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil - CSPB) e 4887 (ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil Adepol/Brasil). Os autores alegam que as normas foram formuladas dentro de situações viciadas, notadamente por compra de votos dos parlamentares.

Partido do pressuposto que, de fato, as normas questionadas foram produzidas após os malfeitos penais, entendemos que não se trata, com a licença poética necessária, de *hard case*, mas sim de *easy case*. É clara não apenas a ofensa aos mencionados preceitos citados no início deste tópico, mas também da própria moralidade do legislador na sua atuação e, também, no mérito da norma produzida, haja vista o nítido vício existente na motivação, nos motivos determinantes da norma elaborada, este sendo o parâmetro por nós indicado como forma de aplicação da moralidade ao controle de constitucionalidade de uma norma.

Portanto, apesar de não termos analisado especificamente a situação colocada alhures, fato é que a discussão que travamos neste estudo se amolda

perfeitamente às hipóteses em que há *aquisição* de legislação, possibilitando o controle de constitucionalidade das normas com base no princípio da moralidade. O vício de motivação nos parece latente.

4.4 Maior ônus argumentativo para a declaração de inconstitucionalidade quando atendida a moralidade

Por fim, e este é o outro lado da moeda acerca da aplicabilidade do princípio da moralidade – que, de fato, é complexa –, é importante destacar uma peculiaridade no exame de constitucionalidade de uma norma que tenha passado pelo teste da motivação. Vimos que o princípio da moralidade não possui uma aplicabilidade fácil, mas que este ponto não acarreta em caracterização em pouca densidade jurídica, pois são conceitos distintos. Em verdade, o que temos é a necessidade do interprete em depreender maior ônus argumentativo na aplicação do princípio da moralidade quando este for ofendido por norma instituída publicada.

Aliás, todo exame de constitucionalidade pressupõe uma análise complexa, até porque “vige no direito brasileiro o postulado de que lei formal goza de presunção de constitucionalidade até declaração em sentido contrário”³³⁸. Agora, o que queremos colocar rapidamente é que o jurista deverá sempre ter uma argumentação ainda densa para a declaração (ou arguição) de inconstitucionalidade de norma que, além dos pressupostos básicos, também se demonstre como moral.

Com isto, pretendemos passar a ideia de que, caso se alegue a inconstitucionalidade de uma norma e, ao mesmo tempo, seja constatada a presença inequívoca da moralidade, o interprete deverá depreender maior ônus argumentativo para a declaração (ou arguição) da inconstitucionalidade. Isto porque,

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário. ARE 1147266. Agravante: IRB Brasil Resseguros S/A. Agravado: União. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 14, de dezembro de 2018. ementa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=748971556>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

como visto, o princípio da moralidade é um valor-ético-republicano, sendo decorrente da própria ideia de democracia. Em outras palavras, em sendo moral a norma, ela igualmente estará atendendo ao princípio da democracia, sendo que a sua extirpação do ordenamento jurídico será muito mais dificultosa.

CONCLUSÃO

Este estudo foi efetivado para tentar lançar alguns argumentos que permitam o controle de constitucionalidade de normas com base no princípio da moralidade. Logo na introdução destacamos que o princípio da moralidade não encontra sua limitação no artigo 37 da Constituição Federal. Pelo contrário, está previsto em diversos momentos do texto constitucional, algumas vezes na forma de termos correlatos, tais como “reputação ilibada” e “idoneidade moral”. Esta constatação inicial, aliada à crise de confiança pela qual a classe política atravessa, por si só, já caracteriza a evidente importância do trabalho.

Importa destacar, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal já se deparou com o assunto aqui debatido. Com toda humildade, ousamos discordar e lançar outros argumentos para que o princípio da moralidade seja sim parâmetro de controle de constitucionalidade. O principal fundamento, quando daquele julgamento (ADI 2.306), para a não aplicação é que o artigo 37 da Constituição limita a aplicação dos princípios ali expostos à administração pública.

Ocorre que, para desconstruir este argumento, tivemos que passar por algumas etapas, as quais formam, no nosso entendimento, a linha de argumentação possível para defender a utilização da moralidade como parâmetro de controle de constitucionalidade de uma norma.

Deste modo, foi iniciado com a verificação do Estado-legislador e aspectos importantes para a democracia e para o processo legislativo. Prosseguindo, tratamos do princípio da moralidade, notadamente acerca do conceito mínimo de moralidade, destacando as peculiaridades do princípio. Na sequência, analisamos a abrangência do princípio da moralidade no sistema jurídico brasileiro, sobretudo no âmbito constitucional. Por fim, falamos do controle de constitucionalidade perpetrado pelo Poder Judiciário com base no princípio da moralidade. Como é perceptível, os quatro capítulos se ligam intrinsecamente numa linha de pensamento que levou à

única conclusão, no nosso modo de pensar, que permite a aferição da constitucionalidade de uma norma com base na moralidade.

Todavia, é salutar ressaltar alguns pontos importantes de cada tópico do trabalho, o que será feito na sequência de forma sintética, sendo avultados os principais argumentos e complicações.

Quanto ao capítulo primeiro, tratamos do Estado-legislador. A importância da sua conceitualização e análise dos pontos inerentes decorre não apenas da necessária argumentação da submissão da norma ao controle de constitucionalidade judicial, mas também – e principalmente – da própria utilização do princípio da moralidade como parâmetro de aferição da constitucionalidade.

Assim sendo, foram examinados (i) a abrangência do conceito de Estado-legislador; (ii) o processo legislativo na democracia, com especial enfoque para a importância deste regime para o processo de formação das leis; (iii) o devido processo legislativo no século XXI, com a alteração da ideia de soberania do parlamento para a prevalência da Constituição, assegurando os direitos de todos, notadamente os direitos fundamentais e individuais, demonstrando que democracia não se restringe ao voto e a inexistência da soberania dos poderes individualmente identificados; (iv) para finalizar propondo a análise pelo viés do princípio do devido processo legal substantivo.

Especificamente quanto aos pontos tratados, merece destaque a relevância que a separação dos poderes detém na democracia brasileira. Para demonstrar o afirmado, analisamos a evolução do conceito de separação dos poderes, iniciando com as lições de ARISTÓTELES, passando também por MAQUIAVEL, LOCKE e MONTESQUIEU. De tudo quanto sintetizado naquele momento, reputamos como essencial lembrar que a ideia de separação dos poderes é uma forma de garantia da segurança e liberdade dos indivíduos que convivem em sociedade, servindo, da mesma forma, como controle e autonomia dos poderes. Assim, a separação dos poderes impede que um Poder exerça sobre o indivíduo atos não condizentes com a democracia. Com isso, a separação dos poderes exerce uma função dupla, também

na situação brasileira, pois é uma forma de limitar o poder, assegurando os direitos individuais dos cidadãos, e é a justificativa e o modo de limitação dos próprios poderes, controlando o exercício abusivo. A separação dos poderes, neste sentido, impede a existência de poder hegemônico.

No caso da Constituição de 1988 demonstramos, ainda, que o legislador transcende a ideia de Poder Legislativo, pois os outros dois poderes (Executivo e Judiciário) igualmente exercem a capacidade legislativa em determinadas hipóteses previstas. Aliás, todos igualmente participam do processo de formação das legislações, seja na fase de proposição, seja na fase de debates e votação, seja na parte de sanção e promulgação ou, até mesmo, quando realizam a subsunção e interpretação da norma e o controle de constitucionalidade repressivo ou preventivo. Esta constatação de que todos realizam o controle de constitucionalidade e participam na elaboração das normas é mais um benefício da separação os poderes.

Também no primeiro capítulo, seguindo o raciocínio, explicitamos o processo legislativo na democracia, destacando a importância desta. Dentre os temas retratados, é indubitável a importância que a soberania do povo exerce na democracia. Ocorre que a soberania não é sinônimo, tampouco autorizativa, do exercício de tudo o que a maioria desejar, sendo impositiva o respeito de direitos, notadamente os fundamentais. De todo modo, a soberania do poder do povo é extremamente relevante, tanto que o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade de norma que pretendeu retroagir para alterar a legislação eleitoral possibilitando que vereadores suplentes fossem alçados ao cargo eletivo após encerrado o pleito eleitoral. Os ministros da corte constitucional utilizaram como fundamento para a decisão de inconstitucionalidade a ofensa ao princípio democrático da soberania popular (ADI 4307).

Deste modo, sendo a democracia e a soberania conceitos que andam juntos, constatamos que aquela é o limite para o exercício da atividade legislativa. Isto porque a democracia externa a forma de representação do povo, este, mais uma vez, real “proprietário” do poder, que apenas e tão somente delega ao Estado-

legislador a competência para legislar nos limites constitucionais: os legisladores podem exercer a atividade nos limites e procedimentos devidamente previstos na Constituição. Não por outra razão que democracia e processo legislativo estão intrinsicamente ligados: inexistindo este, não há como ter democracia. Sem a democracia não há devido processo legislativo. Sem o devido processo legislativo não poderá ser exercido adequadamente o poder, o qual emana do povo e deve ter a sua vontade respeitada pelos seus representantes. Como destacamos, seria a concretização da desordem.

Já na sequência, após essa demonstração da importância e vinculação entre separação dos poderes, democracia e processo legislativo, ressaltamos alguns fatos que levaram a sociedade ocidental mundial – e, também, a brasileira – da soberania do Parlamento (Congresso, na situação pátria) para a soberania da Constituição. Inoportuno reprisar, aqui, os fatos que levaram a evolução, bastando destacar que as revoluções foram um caminho sem volta para a garantia de direitos e liberdades individuais dos cidadãos. Aliás, esta constatação é o que leva ao conceito anterior de separação dos poderes e sua vinculação com democracia, porquanto esta não se restringe ao voto e o Poder Legislativo não é soberano, pelo que inexistente soberania de um Poder sobre o outro, reforçando a ideia de separação dos poderes. Assim, concluímos que a democracia – independente da sua forma, se direta ou representativa – é a vontade comunitária qualificada pelo interesse público, sempre atendendo e respeitando os direitos individuais e das minorias, especialmente quando fundamentais.

Passado ao segundo capítulo do estudo, cuidamos de analisar os pontos importantes do princípio da moralidade no sistema jurídico brasileiro. Naquela oportunidade, iniciamos destacando as duas dificuldades, a saber, a análise acerca da possibilidade de controle de constitucionalidade com base na moralidade e, na sequência, a própria definição do parâmetro deste controle. Justamente por isto que analisamos a importância do princípio da moralidade, desenvolvendo a análise do princípio, diferenciando-o de uma regra e destacando a relevância deste fato, mas,

por outro lado, demonstrando que o conteúdo do princípio é o mais importante quando da sua interpretação.

De todo modo, foi neste momento do trabalho que pudemos analisar com mais profundidade o fato de que o artigo 37 é o principal que trata da moralidade. Ocorre que, inobstante exista limitação à “administração pública direta e indireta”, igualmente há vinculação aos “Poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios”, sendo que, de acordo com o artigo 2º também da Constituição são “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Ultrapassado este argumento, e ainda que seja afastado, entendemos que a Constituição deve ser interpretada como um texto unificado. Aliando isto à percepção de que existem previsões acerca da moralidade em outros dispositivos constitucionais, tais como (i) quanto à legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular que fira este princípio (art. 5º, LXXIII); (ii) necessidade de possuir idoneidade moral para ser considerado brasileiro nato (art. 12, II, a); (iii) a necessidade de proteção da moralidade para o exercício de mandato eletivo (art. 14, §9º); (iv) idoneidade moral para nomeação como ministro do TCU (art. 73, II), ministro do TSE (art. 119, II) e desembargador dos TREs (art. 120, §1º, III), conclusão não há a não ser de que o constituinte sempre buscou o agir moral nos mais diversos campos da vida republicana. Assim, não podemos excluir a formação da legislação deste parâmetro de controle de constitucionalidade, qual seja, a moralidade.

Relativamente ao sistema jurídico brasileiro, pudemos demonstrar e argumentar no sentido de que a moralidade se materializa como um verdadeiro princípio. Portanto, diferencia-se das regras, inclusive permitindo que estas sejam derivações suas. Ressaltamos, mais de uma vez, que a moral é fonte para as normas, não o contrário. Aliás, este ponto faz com que seja afastado o argumento de que a moralidade encontra sua limitação no princípio da legalidade, o que tivemos a oportunidade de refutar também no terceiro capítulo. Não por outro motivo que

afirmamos, veementemente, que o princípio da moralidade é um valor que a sociedade brasileira, devendo sempre ser perquirido. O princípio da moralidade, presente a todo momento na Constituição Federal, tem capacidade coercitiva ampla, com aplicação imediata e eficácia plena.

Igualmente constatamos que, por ser princípio, é que possui aplicação finalística. Ocorre que, contrariando o que alguns mencionam, a sua aplicação não tem pouca densidade, mas, justamente por ser princípio e ter uma aplicação mais dificultosa é que faz ser o princípio da moralidade um dos com maior densidade jurídica na Constituição de 1988. Ademais, quanto maior ônus argumentativo para a sua aplicação, mais coercitividade ele terá, especialmente porque a sua incidência será de difícil negação.

Constatada a relevância do princípio da moralidade, destacamos, na sequência, o conceito de moralidade. Expusemos que existe uma diferenciação entre a privada e a pública, sendo esta última aquela que ultrapassa os interesses individuais de cada pessoa da sociedade, de tal modo que a moralidade pública não está limitada ao que um indivíduo faz por se sentir melhor ou porque teve empatia com o outro. Todavia, entendemos que a moralidade privada tem a sua conceitualização quando as razões pelas quais o indivíduo agiu forem as corretas, ainda que movido pela compaixão ou pela empatia. Assim, para se chegar à moralidade pública deve ser adicionada a garantia de liberdades à moralidade privada, justamente em conjugação com o conceito de democracia.

Importante lembrar que a leitura da moralidade não pode ser feita com olhos do passado. Entretanto, isto não quer dizer que podemos julgar o passado com os olhos de hoje. Portanto, sugerimos que os atos devem ser interpretados hoje com base no atual parâmetro de moralidade, mas sem julgamentos pejorativos. Isto porque fomos bem claros ao afirmar que a sociedade evolui.

Também no segundo capítulo pudemos destacar que o âmbito do Supremo Tribunal Federal lê a moralidade em três vertentes, a saber: (i) devido processo legal (due process o law); (ii) abuso ou excesso de poder legislativo; e (iii) desvio de

poder. Ocorre que, para nós, emprestando as considerações feitas pelo Ministro Sepúlveda Pertence quando do julgamento do caso que deu início ao presente estudo, “[p]ode até mudar de nome, mas há abuso do Poder Legislativo”. É a ofensa à unicidade do texto constitucional que busca a moralidade como um valor exigido pela sociedade brasileira. Sabemos, e deixamos claro, que apesar de alguns casos serem julgados de forma contrária ao que o presente trabalho defende, fato é que o Supremo concedeu ao princípio da moralidade grande “envergadura sistêmica”, o que traz a capacidade de aplicação densa do mencionado princípio, especialmente com base no valor ético-democrático-republicano.

Com base nisso tudo, tiramos as seguintes conclusões no segundo capítulo deste trabalho, sendo relevante reprimir:

1. A moralidade é valor exigido pela sociedade brasileira.
2. A moralidade se materializa de diversas formas, estando comprovada que a sua relação com a sociedade pode ser lida em diversos campos.
3. Juridicamente, a moralidade se materializa como princípio nato e está presente em diversas oportunidades da Constituição, não se limitando ao texto do artigo 37.
4. Por ser princípio, sua aplicação deve ser finalística e as regras constitucionais devem ser interpretadas com base nele, justamente por derivarem dele. As regras derivam do princípio e não o contrário. O Direito surge da Moral e, portanto, não se pode aceitar que a moralidade se encontra limitada à legalidade.
5. O princípio da moralidade pode ser aplicável isoladamente, prescindindo de qualquer outro princípio, justamente porque possui ampla densidade.

6. O fato de sua aplicação ser mais complexa, exigindo que o interprete tenha maior ônus argumentativo não traz nenhum detrimento, mas sim maior densidade.
7. O princípio da moralidade se transmite em valor ético-democrático-republicano, sendo perfeita a harmonia decorrente da materialização quanto ao conteúdo e quanto à forma.

Por fim, temos apenas que lembrar que foi no capítulo segundo que suscitamos um ponto relevante, notadamente acerca da análise da moralidade sob um viés fisiológico, demonstrando, com base em estudo empírico, que o agir moral de um indivíduo pode ser decorrência de ações químicas. Concluímos, neste tópico que, quanto mais oxitocina, mais empatia, levando o indivíduo a agir moralmente, aumentando a confiança, o que libera ainda mais oxitocina e o ciclo continua fazendo com que toda a sociedade tenha um agir mais moral. Deste ponto podemos extrair – e até comprovar algumas teorias filosóficas, tal como a de Aristóteles – que a moralidade está ligada à empatia, confiança e, por fim, à felicidade. Ainda neste ponto, analisamos que a testosterona traz a possibilidade de agir de modo não empático, trazendo, com isso, ações moralmente questionáveis. Com base nesse estudo, concordamos que devemos, enquanto sociedade, buscar a felicidade, sendo um modo de fazer com que os cidadãos tenham mais confiança, produzam oxitocina e possam, deste modo, perpetuar o ciclo virtuoso que leva ao agir moral.

Agora, passando ao capítulo terceiro da obra, tivermos a oportunidade de analisar a aplicação da moralidade ao legislador e à norma no sistema jurídico brasileiro. Neste momento do estudo pudemos demonstrar que não merecem conhecimento as duas objeções que são feitas quanto ao princípio da moralidade aplicável ao controle de constitucionalidade da legislação, as quais pretendem sempre mantê-lo limitado aos atos administrativos da administração pública. Primeiramente, para refutar a leitura restritiva do artigo 37, temos que ressaltar a ligação que há, também, aos “Poderes da União” e o que isto quer dizer, conforme

ressaltamos alguns parágrafos acima. Ademais, em decorrência da importância que a moralidade tem no texto constitucional, não há motivo para se limitar o conceito da expressão “administração pública”, especialmente porque o conceito que adotamos desta é muito mais abrangente para o fim que se pretende. Inobstante este fato, ressaltamos em muitas oportunidades que o princípio da moralidade é constatado em outras diversos momentos da Constituição, sendo que, portanto, transcende qualquer limitação do texto legal. É um princípio pan-republicano, valor ético-democrático-republicano. Ademais, também rejeitamos a pouca densidade jurídica do princípio, sendo que a sua complexidade de aplicação não traz consigo nenhum viés pejorativo, muito pelo contrário, é a concretização do princípio na sua essência.

Ora, por ser princípio deve ser interpretado de forma finalística. E é exatamente isto que demonstramos com base nas doutrinas especializadas e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Aliás, é importante rememorar que há dificuldade na interpretação e aplicação de princípio constitucional quando igualmente presente o conflito. Isto é resolvido, como visto, pela técnica da ponderação. Ocorre que, ao que nos parece, não há conflito de princípio quando da aplicação da moralidade como controle de constitucionalidade. Pode-se afirmar que haveria conflito entre os princípios democrático e da legalidade de um lado e o da moralidade de outro. Todavia, entendemos que o princípio da moralidade externa um viés republicano, sendo, em verdade, um princípio pan-republicano, externando valor ético-democrático-republicano. Assim, há, na verdade, simetria com a própria ideia de democracia e república. Portanto, entendemos que é meramente aparente qualquer argumentação que se tenha no sentido de que haveria uma colisão entre princípio da moralidade em face dos demais princípios constitucionais na aferição da constitucionalidade de uma norma com base naquele. Não há, contudo, sobreposição de princípio, mas sim uma coerência do próprio sistema.

Após analisar a moralidade aplicada ao legislador e à norma, que são pontos importantíssimos para o trabalho, momento no qual concluímos que todas as normas devem estar submetidas ao princípio da moralidade, propusemos o método de controle. Entendemos que a moralidade pública não deve estar adstrita ao que um

indivíduo entende como moral. Assim, a verificação da moralidade de uma norma deve sempre permear uma averiguação que leve em consideração todo o aspecto coletivo, buscando sim garantir direitos individuais, mas sem que isso acarrete em prejuízo de outras pessoas, sempre pelos motivos corretos. Ora, a moralidade pública é a moralidade privada qualificada pela liberdade. E esta qualificação igualmente deve abranger os motivos na aferição da constitucionalidade.

Com base nessa percepção é que sugerimos a aferição da moralidade com base na motivação. Não é apenas o motivo determinante do próprio ato do legislador, mas sim do que move a edição daquela própria norma, no sentido daquilo que ela pretende produzir de efeitos. Em adição à aferição com base na motivação, deve sempre atenção à eficiência, que deve ser entendido como o melhor meio para a obtenção do resultado.

Citamos alguns exemplos, tais como alteração de leis eleitorais, alteração do uso do solo, privilégios sem justificativa, entre outros. Ou seja, existem situações nas quais a legislação é claramente editada para beneficiar os próprios legisladores ou um grupo específico que demanda tal necessidade aos congressistas. Contudo, não é para isto que servem os legisladores, ou seja, não podem escolher atender um ou outro grupo para o fim de beneficiá-los. A escolha deve ter uma razão que se justifique. E a justificativa não pode ser contrária à moralidade.

Por outro lado, ressaltamos que a moralidade pode servir como confirmação de constitucionalidade, tendo sido citado o exemplo de alguns parcelamentos tributários se justificam por algumas razões além da possibilidade de beneficiar um ou outro grupo específico (políticos ou grupos empresariais). Nesta hipótese – e em outras análogas –, entendemos como correto que o Poder Judiciário pode, se for o caso, limitar a aplicação, excluindo os legisladores dos benefícios.

Esta questão da atuação do Poder Judiciário é o que nos leva ao quarto e derradeiro capítulo, no qual sintetizamos a possibilidade do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário da norma com base no princípio da moralidade. Em síntese, aplicamos os conceitos de democracia e separação dos

poderes tratados no primeiro capítulo para legitimar o controle de constitucionalidade, tudo para concluir que o *judicial review* não apenas se justifica na situação brasileira, mas é extremamente necessário para a nossa democracia.

Por fim, não podemos deixar de mencionar que uma norma que tenha passado pelo teste da motivação somente poderá ter a sua legitimidade – constitucionalidade – questionada se o interprete depreender ônus argumentativo muito maior. Isto justamente em decorrência da moralidade no sentido de ser um valor ético-democrático-republicano.

Assim sendo, encerrando o trabalho neste momento, mas ainda pendente de muitas outras críticas, estudos, complementos e compreensões, temos a colocar que o princípio da moralidade é sim vetor de aferição da constitucionalidade de norma no direito brasileiro. É muito atual a consideração feita pelo Ministro Marco Aurélio, em 27/09/2000, quando do julgamento da ADI que inspirou este trabalho, no sentido de suspender a eficácia da lei imoral “nessa quadra em que se busca uma correção de rumos no Brasil”³³⁹. Ainda estamos buscando a correção dos rumos, mas com a certeza que a Constituição de 1988 possui todos os instrumentos.

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 2306 MC. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, 27, de setembro de 2000. p. 422. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347535>>. Acesso em: 04 setembro 2018.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

ATALIBA, Geraldo. Poder Regulamentar do Executivo. In: *Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, abr. 2003.

_____, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 102.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, Ruy. Constituição Brasileira. Princípios fundametaes. In: *Direito Constitucional: Teoria Geral da Constituição*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. SARMENTO, Daniel. Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Luís Roberto. Reforma Política no Brasil: os Consensos Possíveis e o Caminho do Meio. In: *Sistema Político e Direito Eleitoral Brasileiros: Estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli*. Coordenação João Otávio de Noronha e Richard Pae Kim. São Paulo: Atlas, 2016.

_____, Luís Roberto. Vinte anos da constituição Brasileira de 1988: O Estado a que chegamos. In: *A CONSTITUIÇÃO de 1988 na visão dos ministros do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição Brasileira. In: *Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Carlos Ayres. A Supremacia do Poder Executivo da União na Partilha Constitucional de Competências. In: *Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BURKE, Peter; PALLARES-BURKE, Maria Lúcia Garcia. *Os Ingleses*. São Paulo: Contexto, 2016.

CALMON, Pedro. *Segredos e revelações da história do Brasil*, tomo III. Brasília: Senado Federal, Conselho Editoria, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. GOMES. A crise da representação democrática: Abdicação de paradigma normativo no direito constitucional? In: *A Constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições*. Organizador Marcos Vinicius Furtado Coelho. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Poder Legislativo no Brasil Contemporâneo. In: *Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: Uma nova crença na Constituição. In: *Direito Constitucional: Teoria Geral da Constituição*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29ª ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Tendências do Direito Constitucional Brasileiro. in: *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. Org. Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DOWRKIN, Ronald. *Freedom 's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press. Massachusetts, 1996.

FEITOSA, Santana. *Da Revolução Francesa até nossos dias: um olhar histórico*. Curitiba: InterSaberes, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9 Ed. Salvador: JusPDIVM, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A revisão da doutrina democrática. In: *Direito Constitucional: Teoria Geral da Constituição*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1999.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Hitomar Martins Oliveira, Belo Horizonte. Ed. Líder, 2003.

HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 6. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa, 2011.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

_____, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?: o outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____, Saul Tourinho. *Controle de Constitucionalidade Moderno*. 2 ed. Niterói: Impetus, 2012.

LEWANDOWSKI, Ricardo. A ideia de Democracia no mundo contemporâneo. In: *A Constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições*. Organizador Marcos Vinicius Furtado Coelho. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. In: *Os Pensadores (Maquiavel)*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MARQUES, Adhemar Martins; BERUTTI, Flávio; FARIA, Ricardo. *História Contemporânea através de textos*. 12 ed. São Paulo: Contexto, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015.

MESGRAVIS, Laima. *História do Brasil colônia*. São Paulo: Contexto, 2015.

MIRANDA, Jorge. Constituição e Democracia. In: *A Constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições*. Organizador Marcos Vinicius Furtado Coelho. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

MIRANDA, Pontes. Independência e harmonia dos poderes. In: *Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOISÉS, J. Á., & MENGUELLO, R. *A Desconfiança Política e os seus Impactos na Qualidade da Democracia*. São Paulo: Edusp, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9 Ed. São Paulo, Atlas: 2001.

NEVINS, Allan; COMMAGER, Henry Steele. *Breve História dos Estados Unidos*. Tradução de Luiz Roberto de Godoi Vidal. 17ª ed. Editora Alfa-Omega: São Paulo, 1986.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Conceituação Do Direito Administrativo*. RDA. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 120.

RAWLS, John. 1921-2002. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Jussara Simões; revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SANDEL, Michael. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

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

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____, José Afonso. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. Tradução de Lya Luft, revisão de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

TÁCIO, Caio. *Constituições Brasileira*, Volume VII, 1988. Brasília: Senado Federal, 2015.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. Um Poder Legislativo Autêntico. In: *Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República*. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. V. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In: BIGONHA; Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A Crucificação e a Democracia*. Tradução Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAK, Paul. *A molécula da moralidade: as surpreendentes descobertas sobre a substância que desperta o melhor em nós*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.