

O direito como ramo da moral política e o STF

Thiago dos Santos Luz

Procurador da República. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Resumo: Proposta por Ronald Dworkin na obra *A Raposa e o Porco-Espinho: justiça e valor* (*Justice for Hedgehogs*), a teoria integrada e unissistemática – que situa o Direito dentro da moral política – tenta romper com um velho (mas resistente) paradigma, o qual parte da falha premissa de que o Direito e a moral são sistemas normativos diferentes. O presente artigo visa a revelar, em caráter ilustrativo, como essa nova concepção, que se reveste da característica da transdisciplinaridade, explicaria algumas decisões jurisdicionais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Em conclusão, verificou-se que os julgados selecionados da Corte ostentam fundamentação perfeitamente legível com as lentes do modelo integrado dworkiniano: no subitem 2.1 (*Leis más*), foram colocados em evidência os dilemas genuinamente morais – e não exatamente jurídicos – enfrentados pelo tribunal diante de coerções penais iníquas (HCs n. 102.094, 111.017, 105.904) e dispositivos constitucionais e legais em matéria cível reputados injustos (ADI n. 1.158; RE n. 405.386); no tópico 2.2 (*Imposição parcial*), foi possível demonstrar que o STF, precisamente por estar mergulhado na concepção bissistemática, chegou ao extremo de afirmar a existência de um direito constitucional insuscetível de tutela judicial (RE n. 327.621); no subitem 2.3 (*A moral no procedimento*), buscou-se expor que o instituto da mutação constitucional, expressamente admitido pela jurisprudência da Corte (MS n. 26.603; HC n. 91.361), reflete inequívoca preocupação com a moralidade no processo de criação do direito, numa profunda sintonia com os ditames da teoria integrada.

Palavras-chave: Teoria integrada. Unissistemática. Direito, moral e política. Ronald Dworkin. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: Proposed by Ronald Dworkin in the book *Justice for Hedgehogs*, the integrated and global systematic theory – which places the law as a branch of moral politics – tries to break away from an old (but resistant) paradigm which parts of the fault assumption that law and morality are different regulatory systems. This article aims to reveal, for illustrative purposes, how this new design, which has the characteristic of transdisciplinarity, explains some judicial decisions delivered by the Brazilian Federal Supreme Court. In conclusion, it was found that the reasons of the selected Court’s decisions are perfectly legible with the lens of Dworkin’s integrated model: in subsection 2.1 (*Bad laws*), were placed in evidence the genuinely moral dilemmas – not exactly legal – faced in cases of wicked criminal coercion (HCs 102094, 111017, 105904) and constitutional and legal provisions in civil proceedings reputed unfair (ADI 1158; RE 405 386); in the topic 2.2 (*Partial enforcement*), it was possible to demonstrate that the STF, just by being immersed in dual systematic design, went so far as to state the existence of a constitutional right unsusceptible to judicial protection (SR 327621); in subsection 2.3 (*Moral in the procedure*), we sought to expose that the institute of constitutional change, expressly admitted by the Court’s jurisprudence (MS 26603; HC 91361), reflects unequivocal concern with morality in the process of the law creation, in profound harmony with the dictates of integrated theory.

Keywords: Integrated theory. Global systematic theory. Law, moral and politics. Ronald Dworkin. Jurisprudence. Brazilian Supreme Court.

Sumário: 1 Introdução. 1.1 Problema contextualizado. 1.2 Transdisciplinaridade. 1.3 Justificativa do estudo. 2 A teoria integrada aplicada à jurisprudência nacional. 2.1 Leis más. 2.2 Imposição parcial. 2.3 A moral no procedimento. 3 Conclusão.

1 Introdução

1.1 Problema contextualizado

No auge de sua maturidade intelectual, o renomado jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin propôs, em sua obra *A*

Raposa e o Porco-Espinho: justiça e valor (Justice for Hedgehogs), uma concepção integrada, unissistemática do direito e da moral.

No esforço de integrar os departamentos do valor, ele trata o direito como uma subdivisão da moral política, a qual, por sua vez, deflui da moral pessoal, e esta, por fim, da ética. Nega, assim, a existência de conflito entre a justiça e o direito:

Os filósofos da política insistem num outro conflito entre valores políticos: o conflito entre a justiça e o direito. Nada garante que nossas leis serão justas; se forem injustas, os representantes do Estado e os cidadãos poderão ter de comprometer as exigências da justiça para obedecer ao Estado de Direito. No capítulo 19, refiro-me a esse conflito: descrevo uma concepção de direito que não o entende como um sistema rival de regras que podem conflitar com a moral, mas sendo ele mesmo um ramo da moral (DWORKIN, 2014a, p. 9).

Dworkin sustenta haver uma falha na imagem do direito e da moral como dois sistemas normativos separados, asseverando que não existe um ponto de vista neutro a partir do qual avaliar essa relação. Examiná-la como uma questão jurídica ou como uma questão moral geraria, em ambos os casos, argumentos circulares.

Com efeito, perguntar qual a ligação entre o direito e a moral pressupõe saber, por exemplo, o papel que a segunda exerce na determinação do conteúdo do primeiro. Em outras palavras: não podemos responder qual o vínculo existente entre direito e moral sem antes definirmos o que é o direito – se ele depende somente de questões factuais históricas, daquilo que a comunidade aceita como direito em matéria de costume e prática (positivismo) ou, contrariamente, se além das regras postas em vigor de acordo com tais práticas (regras com *pedigree*) ele também abrange seus princípios justificadores e outras regras deles decorrentes, embora não promulgadas (interpretativismo). A indagação somente pode ser respondida quando a resposta é pressuposta desde o princípio, impondo uma dificuldade lógica.

Ainda segundo o autor, a controvérsia também não pode ser resolvida como um problema *conceitual*, como proposto pela teoria

analítica do direito. Defender que o direito e a moral são conceitualmente distintos ou, inversamente, sustentar que a moral exerce um papel no raciocínio jurídico, seria, em qualquer caso, partir do pressuposto falacioso da imagem dos dois sistemas, cujo problema da circularidade somente poderia ser solucionado caso o conceito de direito fosse *criterial*. Todavia, o desacordo entre juizes, advogados e demais membros das comunidades políticas sobre como determinar a veracidade das proposições de direito estampa que o conceito doutrinário de direito não é *criterial*, mas sim *interpretativo*. Disso resulta que sua análise só pode se identificar com uma teoria controversa de moral política, mediante investigação das práticas políticas, comerciais e sociais em que o conceito figura. E elas revelam, por sua vez, que entre vários outros direitos políticos, as pessoas possuem alguns dotados de característica especial: os *direitos jurídicos* – aqueles que podem ser exigidos por seus titulares, sem nenhuma intervenção legislativa, em instituições judiciais que comandam o poder executivo de polícia. Em duas palavras: o direito a uma decisão judicial. Para se construir uma concepção do direito é preciso, então, encontrar uma justificativa para essa prática numa rede integrada maior de valores políticos (como igualdade, liberdade e democracia).

Assim, a teoria do direito cuida dos *direitos jurídicos*, mas consiste em uma teoria política, porquanto visa a responder a uma questão de natureza moral política, qual seja: sob que condições as pessoas adquirem os direitos jurídicos?

O positivismo jurídico diria que somente os fatos legislativos históricos e as convenções sociais determinam os direitos jurídicos; o interpretacionismo, a seu turno, incluiria também os princípios da moral política.

Depara-se aí, portanto, com duas teorias políticas normativas rivais, e não com duas teses antagônicas sobre conceito (*criterial*) de direito. E é exatamente essa nova visão, conforme Dworkin, que nos permitirá corrigir um erro histórico da filosofia e teoria do direito: não é o vocabulário, a essência ou o conceito de direito que devem determinar essa complexa prática social; ao revés, é a

discussão política que nos conduz aos direitos e deveres das comunidades. Nas palavras do pensador:

Quando vemos essas duas posições como teorias políticas normativas rivais e não como teses rivais acerca do entendimento de conceitos criteriosais, conseguimos corrigir um erro histórico. Com demasiada frequência, a jusfilosofia e a teoria do direito partem de alguma declaração acerca da essência ou do próprio conceito de direito e chegam em teorias acerca dos direitos e deveres do povo e das autoridades. Devemos caminhar na direção oposta: é o vocabulário que deve seguir a discussão política, e não o contrário (DWORKIN, 2014a, p. 623).

Argumentando que a imagem unissistemática não nega a distinção entre o que o direito é e o que ele deve ser, Dworkin, em outra passagem, reafirma o caráter revolucionário dessa nova concepção:

Se os juristas e os leigos assumirem essa teoria do direito integrada e unissistemática em lugar do estéril modelo de dois sistemas, a filosofia e a prática do direito vão mudar. A substância do antigo confronto entre o positivismo e o interpretacionismo continuaria existindo, mas assumiria [...] uma forma política, não conceitual. [...] A jusfilosofia e a teoria do direito se tornariam mais interessantes e mais importantes. Se a teoria do direito fosse tratada como um ramo da filosofia política, a ser desenvolvido não só nas faculdades de direito, mas também nos departamentos de política e filosofia, ambas as disciplinas se aprofundariam (2014a, p. 626-627).

Para demonstrar a veracidade de sua proposição, Ronald Dworkin argumenta, por exemplo, que um positivista deveria justificar, com razões políticas, por que a justiça nunca deve ser levada em conta na interpretação do direito constitucional ou substantivo de uma comunidade. Ilustra, também, como a teoria se aplicaria nos casos em que os juízes se deparam com leis más, injustas, possibilitando análise e descrição mais adequadas e precisas sobre as diferentes espécies de dilemas que eles realmente enfrentam nessas situações. Mostra, ainda, como a teoria melhor explica os casos em que os tribunais deixam de impor determinados direitos declarados na Constituição, negando-lhes exigibilidade. Finalmente, expli-

cita como a teoria integrada, ao contrário da bissistemática, abarca discussões que alcançam não apenas o conteúdo, a substância do direito, mas também o processo, o procedimento de sua criação.

Em síntese, o marco teórico aqui adotado pode ser traduzido na proposição, formulada por Dworkin, de que “o direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política” (2014a, p. 620). Na linguagem do autor:

Já nos livramos da antiga imagem que entende o direito e a moral como dois sistemas separados e busca então afirmar ou negar, em vão, possíveis interligações entre eles. Substituímo-la pela imagem de um só sistema: agora tratamos o direito como uma parte da moral política (2014a, p. 620).

A imagem bissistemática por ele atacada, que concebe o direito e a moral como dois sistemas normativos distintos, é a premissa fundamental da clássica pergunta que tradicionalmente se colocam os filósofos do direito: como o direito e a moral se relacionam ou se interligam?

A questão, que nos remete à velha polêmica entre o *jusnaturalismo* e o *positivismo*, é enfrentada pelo saudoso jurista argentino Carlos Santiago Nino (2010, p. 17), o qual advertiu que “a ideia de que há uma relação essencial entre o direito e a moral pode ter muitas variantes e nem todas elas são relevantes para a caracterização do conceito de direito”.

Partindo do mesmo dogma, Robert Alexy inicia sua obra *Conceito e Validade do Direito* já lançando as seguintes assertivas, categóricas:

O principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista (2009, p. 3).

De outra face, agora se opondo a essa visão clássica, Dworkin (2014a, p. 620) sustenta que “o direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política”, afirmando que “a moral pessoal deflui da ética e a moral política, da moral pessoal”. Em outro trecho do livro, ele resume tais conceitos, esclarecendo:

A ética estuda como as pessoas devem administrar sua responsabilidade de viver bem, e a moral pessoal, o que cada qual, como indivíduo, deve aos outros indivíduos. A moral política, por sua vez, estuda o que todos nós, juntos, devemos uns aos outros enquanto indivíduos quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial (2014a, p. 500).

Pois é precisamente nesse cenário que emerge o escopo do presente artigo: revelar, em caráter ilustrativo, como a teoria integrada e unissistemática do direito de Ronald Dworkin acima resumida explicaria algumas decisões jurisdicionais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Tentar ler e compreender determinados julgados do Pretório Excelso usando como lente a tese segundo a qual o direito consiste em um ramo da moral política, e não um sistema diferente e separado dela, eis o desafio proposto.

1.2 Transdisciplinaridade

A tarefa em liça, como desponta cristalino, parte de um referencial teórico *transdisciplinar*, erigido sobre campos do conhecimento tradicionalmente compreendidos como autônomos: direito, moral e política.

Cuida-se de uma postura que antagoniza com a concepção metodológica monográfica, bem representada, em sede de teoria do Direito, na célebre obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, cujo projeto visava a “garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto [...] libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos” (1996, p. 1), delimitando o conhecimento do Direito em face de disciplinas como a Psicologia, a Sociologia, a Ética e a Teoria Política.

Fazendo especial referência a John Rawls, por conta de sua magistral obra *Uma Teoria da Justiça*, Dworkin chega a exteriorizar ousada afirmação:

Na verdade, a maior parte das obras mais importantes de teoria jurídica é hoje produzida não por juristas, mas por filósofos e eco-

nomistas políticos que atuam tanto nas faculdades de direito quanto em seus próprios departamentos acadêmicos. Modernamente, nenhum teórico deu maior contribuição à filosofia do direito do que o filósofo político John Rawls (2010a, p. 50).

A propósito da mudança de rumos na concepção da pesquisa científica, atualmente tendente à transdisciplinaridade, leciona a abalizada doutrina sobre a matéria:

Até muito recentemente (meados do século XX), predominaram a unidisciplinaridade e a metodologia monográfica, que não pretendiam uma visão de totalidade. No pós-guerra, ocorre uma mudança de rumos. A realidade, cada vez mais complexa, é problematizada e experimenta-se a institucionalização da pesquisa. O enfoque metodológico deixa de ser monológico e, no primeiro momento, assume uma vertente da *multidisciplinaridade*, ou seja, de cooperação teórica entre campos do conhecimento, antes distanciados. Passa-se, daí, não mais, somente, para a cooperação, mas para a coordenação de disciplinas conexas ou para a *interdisciplinaridade*. Atualmente, a *transdisciplinaridade* ou a produção de uma teoria única a partir de campos de conhecimento antes compreendidos como autônomos é a tendência metodológica que emerge com maior força (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 8, grifos do autor).

Corroborando a veracidade de tal assertiva, Carla Faralli (2006, p. 11), ao tratar dos temas e desafios da filosofia contemporânea do direito, dedicou um capítulo de seu livro para assinalar a abertura da filosofia do direito aos valores ético-políticos. Michel Troper, a seu turno, cuidou do “estado da disciplina” anotando que os autores tentam ultrapassar a mera oposição jusnaturalismo e positivismo jurídico (2008, p. 31).

1.3 Justificativa do estudo

Parece-nos conveniente, para a evolução dos estudos e da prática jurídica em âmbito nacional, buscar enxergar de que maneira uma teoria que se anuncia revolucionária, elaborada no contexto de uma cultura jurídica anglo-saxônica mas de pretensões nitidamente universais, pode ser manejada e interpretada concretamente sobre matéria-prima brasileira.

O poder das influentes ideias de Ronald Dworkin, Robert Alexy e outros escritores estrangeiros sobre a experiência jurídica nacional não passou despercebido, nem mesmo sob os aspectos negativos, muitos dos quais derivados de uma transposição inadequada, para o Brasil, de pensamentos alienígenas incompatíveis com nossa realidade. Pretendendo oferecer um modelo alternativo, Marcelo Neves se propôs a uma desmistificação “[...] da teoria, da dogmática e da prática jurídicas e constitucionais que, sob a rubrica do princípio, da ponderação, da otimização e de rótulos afins, passou a ser não apenas dominante, mas também sufocante no Brasil da última década” (2014, p. X).

No entanto, quase tudo do que já se debateu no País sob a rubrica do “Pós-positivismo” – e não foi pouco (CRUZ; DUARTE, 2013) – remete-nos a ideias sustentadas por Dworkin ainda em etapas liminares ou intermediárias de sua longa carreira acadêmica. Naturalmente, resta muito para se discutir sobre seu pensamento final, que passou a conceber o direito como um ramo da moral.

Afirmou o próprio doutrinador, em certa passagem de *Justice for Hedgehogs*: “[...] foi só muito tempo depois, quando comecei a pensar nas grandes questões deste livro, que vim a compreender plenamente a natureza desse quadro e o quanto ele é diferente do modelo ortodoxo” (DWORKIN, 2014a, p. 616).

Ao defender o caráter universal da teoria do direito, Joseph Raz se contrapôs a Dworkin, atribuindo-lhe a equivocada postura de admitir o *localismo*, concebendo uma teoria do direito restrita aos Estados Unidos e ao Reino Unido (RAZ, 2013, p. 85) – ponto também notado por Gianluigi Palombella (2005, p. 326). Independentemente do mérito da questão, o certo é que tal objeção não tem pertinência aqui, pois ela nos remete a outra época, anterior ao marco teórico ora adotado, o qual ostenta ambição de alcance incontestavelmente global.

Enfim, a aplicação à experiência jurídica brasileira de uma teoria do direito desse quilate, a despeito de sua origem estrangeira, afigura-se-nos cabível e oportuna para contribuir com a evolução do pensamento jusfilosófico no País.

Passemos então, doravante, a conjugar a teoria integrada e unissistemática do direito com precedentes jurisprudenciais da corte pátria suprema (originalmente fundamentados a partir da imagem ortodoxa dos dois sistemas – direito e moral), balizando-nos nas hipóteses elencadas por Dworkin nos subtítulos “Leis más”, “Imposição parcial” e “A moral do procedimento”, todos sob o título “Que diferença faz”, do capítulo dezenove do livro *Justice for Hedgehogs*.

2 A teoria integrada aplicada à jurisprudência nacional

2.1 Leis más

Conforme Dworkin, o novo modelo proposto – que trata o direito como um ramo da moral – promove mudanças na teoria substantiva do direito, exigindo a distinção entre direitos jurídicos (direito a uma decisão judicial em determinado sentido) e direitos políticos em sentido amplo. O autor enfrenta, então, o chamado “enigma das leis más”, dando como exemplo a antiga lei norte-americana que previa que os escravos que fugissem para estados não escravocratas continuariam escravos e deveriam ser devolvidos a seus donos. Deparando-se com tais casos, os juízes enfrentavam um dilema moral, pois acreditavam que, embora má, a lei era válida, de modo que ou deveriam aplicar a lei injusta ou mentir sobre sua interpretação acerca da lei. Essa maneira de enxergar o problema parece pressupor a teoria dos dois sistemas normativos diferentes: de um lado, o direito (o que a lei diz) e, de outro, a moral (se os juízes devem ou não aplicar a lei, reputada injusta).

No entanto, segundo Dworkin, a teoria unissistemática, que exige distinção entre direitos políticos e direitos jurídicos, explica – e melhor – tal fenômeno. Diria que os senhores tinham em princípio o *direito político* de exigir a devolução de seus escravos, mas uma emergência moral atuaria como trunfo contra tal direito (em outras palavras: a lei era válida, mas injusta demais para ser imposta). Isto porque os princípios estruturadores de justiça, que fazem do direito uma parte bem definida da moral política (como o da autoridade

política, do precedente e da confiabilidade) e que davam força moral maior às pretensões dos donos de escravos do que elas normalmente teriam, sucumbiriam, no caso concreto, diante dos direitos humanos. A teoria integrada, assim, evidencia o que a bissistemática obscurece: estampa que se depara, na espécie, com um autêntico caso de dilema moral – e não meramente de prudência (direito).

Com efeito, camuflando tal essência, o pensamento tradicional, talvez sem muita coerência, honestidade ou clareza em sua argumentação, simplesmente negaria que os senhores de escravos tinham, mesmo em princípio, o direito ao que demandavam (alguns, de vertente com matriz jusnaturalista, diriam que a lei era injusta demais para ser considerada válida).

Por outro lado, os decretos nazistas – cuja imposição afrontava os próprios princípios estruturadores de justiça – não podiam, exatamente por tal razão, ser considerados direito.

A teoria integrada e unissistemática, portanto, teria a vantagem, segundo Dworkin, de colocar em destaque esse aspecto, nublado pelo pensamento ortodoxo: que os dilemas enfrentados pelos juízes alemães, ao contrário do que se viu em relação ao caso da Lei dos Escravos Fugitivos, eram estritamente jurídicos, de prudência, e não morais. Anotou o autor:

A teoria integrada do direito nos permite fazer essa discriminação. A estéril imagem de dois sistemas, não. [...] Seria enganoso, a meu ver, declarar simplesmente que a Lei dos Escravos Fugitivos não era válida ou que os decretos nazistas eram leis válidas. Seria enganoso em ambos os casos, pois essas descrições nublam os aspectos moralmente importantes de cada caso e as diferenças entre eles (DWORKIN, 2014a, p. 630).

Transplantando esse raciocínio para aplicação no exame crítico da jurisprudência nacional, parece exsurgir profunda similaridade entre o pensamento tradicional dos dois sistemas criticado por Dworkin e a fundamentação adotada, por exemplo, na decisão monocrática proferida pelo eminente ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello em liminar no Habeas Corpus n. 102.094.

No *decisum*, o magistrado se contrapôs à quantidade de pena abstratamente cominada pela lei ordinária ao crime de receptação qualificada, tipificado no art. 180, § 1º, do Código Penal, reputando-a inconstitucional por afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização *in abstracto* da pena, como resume sua ementa, abaixo transcrita:

RECEPTAÇÃO SIMPLES (DOLO DIRETO) E RECEPTAÇÃO QUALIFICADA (DOLO INDIRETO EVENTUAL). COMINAÇÃO DE PENA MAIS LEVE PARA O CRIME MAIS GRAVE (CP, ART. 180, “CAPUT”) E DE PENA MAIS SEVERA PARA O CRIME MENOS GRAVE (CP, ART. 180, § 1º). *TRANSGRESSÃO, PELO LEGISLADOR, DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO “IN ABSTRACTO” DA PENA. LIMITAÇÕES MATERIAIS QUE SE IMPÕEM À OBSERVÂNCIA DO ESTADO, QUANDO DA ELABORAÇÃO DAS LEIS. A POSIÇÃO DE ALBERTO SILVA FRANCO, DAMÁSIO E. JESUS E DE CELSO, ROBERTO, ROBERTO JÚNIOR E FÁBIO DELMANTO. A PROPORCIONALIDADE COMO POSTULADO BÁSICO DE CONTENÇÃO DOS EXCESSOS DO PODER PÚBLICO. O “DUE PROCESS OF LAW” EM SUA DIMENSÃO SUBSTANTIVA (CF, ART. 5º, INCISO LIV). DOUTRINA. PRECEDENTES. A QUESTÃO DAS ANTINOMIAS (APARENTES E REAIS). CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO AB-ROGANTE. EXCEPCIONALIDADE. UTILIZAÇÃO, SEMPRE QUE POSSÍVEL, PELO PODER JUDICIÁRIO, DA INTERPRETAÇÃO CORRETIVA, AINDA QUE DESTA RESULTE PEQUENA MODIFICAÇÃO NO TEXTO DA LEI. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.”* (HC n. 102.094 MC/SC, rel. min. Celso de Mello, j. em 1º.7.2010, grifos nossos).

A invocação do princípio da proporcionalidade – *due process of law* na dimensão substantiva (art. 5º, LIV, da CF/1988) – para “conter os excessos do Poder Público” e justificar excepcional “interpretação ab-rogante”, “corretiva, ainda que desta resulte pequena modificação no texto da lei”, impõe-nos fundadas razões para mergulho em uma profunda reflexão sobre a essência desse postulado e o que esse discurso de aparente roupagem suposta-

mente apenas jurídica – naquela acepção tradicional do modelo bissistemático, combatido por Dworkin – pode esconder.

A propósito dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na interpretação constitucional, calha trazer à baila o escólio doutrinário de José Adércio Leite Sampaio:

Embora já estivesse presente na *clássica ideia de justiça como proporção ou equilíbrio* e, recentemente, com a *adequação justa das penas aos ilícitos* e, ainda mais diretamente, como pauta de legitimidade do direito administrativo sancionador alemão, a proporcionalidade hoje apresenta um conceito muito mais complexo e que serve para aferir se uma dada intervenção no âmbito dos direitos fundamentais é legítima ou indevida. Em geral, diz-se proporcional a intervenção que não é excessiva tampouco insuficiente. Excessiva para restringir um direito; insuficiente para realizá-lo. [...] Razoabilidade é a racionalidade possível do direito, dizia Siches. [...] A razoabilidade é, em geral, identificada com a proporcionalidade ou com algumas de suas máximas, especialmente a adequação e a proporcionalidade estrita (2013, p. 450 e 456, grifos nossos).

Luís Roberto Barroso explicita que o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade “tem seu fundamento na ideia de devido processo legal substantivo e na de *justiça*” (2009, p. 375, grifo nosso).

Não nos parece ousado questionar se a aclamada aplicação do princípio da proporcionalidade (devido processo legal sob o aspecto material) não estaria de algum modo a camuflar o fato de que naquele caso concreto o decano da Suprema Corte teria se deparado, a rigor, com um autêntico dilema moral, e não com uma questão meramente de prudência (jurídica), como coloca em evidência a visão integrada dworkiniana.

Nessa hipótese, diríamos que, mesmo compreendendo que a norma proibitiva veiculada no art. 180, § 1º, do Código Penal atendia a todos os critérios definidores do que é o direito válido (no caso, trata-se de lei ordinária regularmente editada pela autoridade competente, que tipifica condutas efetivamente lesivas a bem jurídico relevante para a sociedade e comina modalidades de sanções

penais admitidas pela Constituição da República e em quantidades a princípio ordinárias – arts. 5º, XLVI e XLVII, 22, I, 59 e 61 da CF/1988), o juiz, reputando em seu íntimo que a lei era extremamente iníqua, socorreu-se, de modo velado e não confessado, de uma emergência moral externa ao direito para declará-la não imponível ao réu, paciente no *habeas corpus*.

Dizendo de outro modo: o magistrado optou por lançar mão do conhecido expediente hermenêutico de socorro ao princípio *coringa* da razoabilidade, para dizer que a lei era inválida (inconstitucional) e assim confortar a consciência com o discurso de que a solução da questão não teria provindo diretamente da moral, mas sim que esteve circunscrita exclusivamente à esfera jurídica.

A teoria unissistemática explicaria que os princípios estruturadores de justiça (da autoridade política, do precedente, da confiabilidade etc.), os quais definem o direito dentro da moral política e que no caso concreto elevavam a força moral da pretensão do Estado-Acusação em condenar o réu às penas cominadas no art. 180, § 1º, do Código Penal, sucumbiram face a um trunfo moral. No caso, os valores da liberdade e igualdade despontariam como fundamento para a clemência ao indivíduo, haja vista a iniquidade extrema da quantidade da reprimenda prevista na lei. Haveria, pois, apenas um *direito político* – mas não *direito jurídico* – do Estado ou da vítima do delito em ver o agente punido nos limites estabelecidos naquele dispositivo legal (3 a 8 anos de reclusão e multa).

Ainda com as lentes da teoria integrada, poderíamos afirmar que esse mesmo dilema moral – e não exatamente jurídico –, quando enfrentado pelos pares do relator, resolveu-se em sentido oposto: os demais ministros formaram jurisprudência que optou por conferir primazia aos princípios da autoridade política e da confiabilidade, impondo a aplicação do preceito secundário do art. 180, § 1º, do Código Penal.

Como constou da decisão de mérito no *writ*, a Corte já havia pronunciado, em caso semelhante, a

[...] Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. *Cuida-se de opção*

político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, conseqüentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma. (RE n. 443.388/SP, rel. min. Ellen Gracie, citado no HC n. 102.094 /SC, rel. min. Celso de Mello, j. em 20.3.2014, grifos nossos).

Um outro exemplo de dilema moral por iniquidade de coerção penal, agora ainda mais emblemático, provém do Superior Tribunal de Justiça. Cuida-se da arguição de inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363, alusiva às penas cominadas no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. Mais uma vez, a válvula de escape dos magistrados foi o postulado constitucional da razoabilidade. A decisão foi assim ementada:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. *A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.* 2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais. 3. Em atenção ao *princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.* 4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas – notoriamente mais grave e cujo bem

jurídico também é a saúde pública. 5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela *falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso*. 6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma. (AI no HC n. 239.363 - PR (2012/0076490-1), rel. min. Sebastião Reis Júnior, j. em 26.2.2015, DJe de 10 abr. 2015, grifos nossos).

Voltando à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, certo é que a Egrégia Corte tem-se socorrido com bastante frequência dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (albergados pelo postulado do devido processo legal substantivo) para afastar a eficácia de normas criminais em determinados casos concretos e às vezes até mesmo para rechaçar sua própria validade *in abstracto*, como ilustram os trechos de arestos abaixo reproduzidos:

HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL. TIPICIDADE PENAL. JUSTIÇA MATERIAL. JUÍZO DE ADEQUAÇÃO DE CONDUTAS FORMALMENTE CRIMINOSAS, PORÉM MATERIALMENTE INSIGNIFICANTES. SIGNIFICÂNCIA PENAL. CONCEITO CONSTITUCIONAL. DIRETRIZES DE APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. ORDEM DENEGADA. 1. [...] 2. *A norma legal que descreve o delito e comina a respectiva pena atua por modo necessariamente binário, no sentido de que, se, por um lado, consubstancia o poder estatal de interferência na liberdade individual, também se traduz na garantia de que os eventuais arroubos legislativos de irrazoabilidade e desproporcionalidade se expõem a controle jurisdicional. Donde a política criminal-legislativa do Estado sempre comportar mediação judicial, inclusive quanto ao chamado “crime de bagatela” ou “postulado da insignificância penal” da conduta desse ou daquele agente. Com o que o tema da significância penal confirma que o “devido processo legal” a que se reporta a Constituição Federal no inciso LIII do art. 5º é de ser interpretado como um devido processo legal substantivo ou material. Não meramente formal.* 3. [...] 14. Ordem denegada. (HC n. 111.017/RS, 2ª T., rel. min. Ayres Britto, j. em 7.2.2012, grifo nosso).

HABEAS CORPUS – CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI Nº 11.343/2006, ART. 33, § 4º) [...] – CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, “CAPUT” E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL QUE VEDA, “IN ABSTRACTO” (ART. 33, § 4º, E ART. 44), ESSA CONVERSÃO (HC 97.256/RS) – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA – POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, NOS CASOS DE TRÁFICO PRIVILEGIADO DE ENTORPECENTES, EM REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO QUE O REGIME FECHADO (HC 111.840/ES) – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE HIPÓTESE DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO – PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, reconheceu a inconstitucionalidade de normas constantes da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), no ponto em que tais preceitos legais vedavam a conversão, pelo magistrado sentenciante, da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos. - *O Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.* - Atendidos os requisitos de índole subjetiva e os de caráter objetivo previstos no art. 44 do Código Penal, torna-se viável a substituição, por pena restritiva de direitos, da pena privativa de liberdade imposta aos condenados pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, todos da Lei nº 11.343/2006. - Possibilidade de o condenado pelo crime de tráfico privilegiado de entorpecentes (Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º) iniciar o cumprimento da pena em regime menos gravoso que o regime fechado. Precedente do Plenário (HC n. 111.840/ES, rel. min. Dias Toffoli, “Informativo/STF n. 672”; HC n. 105.904/ES, 2ª T., rel. min. Celso de Mello, j. em 22.5.2012, grifos nossos).

Argumentariam alguns que todos os exemplos acima selecionados, por concernirem ao Direito Penal, não seriam os mais

adequados, afinal, a doutrina hodierna tem rejeitado intensamente a concepção tradicional que atribui ao *jus puniendi* a natureza de direito subjetivo. Nessa linha, Zaffaroni afirma que admitir a existência de um direito subjetivo do Estado a incriminar ou penalizar seria pressupor que todos os delitos estariam a lesar um único bem jurídico (direito estatal), colocando inadvertidamente em segundo plano, em contrariedade à Constituição, os direitos das próprias pessoas humanas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 86). Aliás, o próprio Dworkin chegara a advertir, há meio século, em um de seus escritos componentes da clássica coletânea *Levando os direitos a sério*, que sua então tese dos direitos era válida apenas nos casos civis, pois “em um processo criminal, o acusado tem direito a uma decisão em seu favor, caso for inocente, mas o Estado não tem nenhum direito paralelo de condená-lo se ele for culpado.” (2010b, p. 157).

De todo modo, a alegação é superada quando constatamos que também a jurisprudência *cível* do Supremo Tribunal Federal revela exemplos de apelo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para “inibir e [...] neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas” (ADI n. 2.667 MC/DF, Tribunal Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. em 19.6.2002).

Com efeito, ao deferir o pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.158, ao final julgada procedente, o plenário do STF, por maioria de votos, assentou que a norma estadual questionada – que havia concedido adicional de férias a servidores públicos inativos – ofendera o critério da razoabilidade (projeção concretizadora da cláusula do *substantive due process of law*), aduzindo que o legislador, no caso, incidira em “desvio ético-jurídico”:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL QUE CONCEDE GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS (1/3 DA REMUNERAÇÃO) A SERVIDORES INATIVOS - VANTAGEM PECUNIÁRIA IRRAZOAVEL E DESTITUÍDA DE CAUSA - LIMINAR DEFERIDA. - *A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do “substantive due process of*

law”, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa (ADI n. 1158 MC/AM, Tribunal Pleno, rel. min. Celso Mello, j. em 19.12.1994, grifos nossos).

Veja-se que, à época do *decisum*, o texto do art. 40, § 4º, da Carta Política de 1988, emanado do poder constituinte originário, previa expressamente a paridade de remuneração entre servidores públicos ativos e inativos, estabelecendo aos aposentados o direito a quaisquer benefícios ou vantagens concedidos aos servidores em atividade. Não à toa, o ministro Celso de Mello, relator no feito, chegou a admitir que a regra da lei estadual impugnada, “ainda que contenha esdrúxula outorga de adicional de férias a servidor aposentado, parece ajustar-se ao espírito que inspirou o legislador constituinte na formulação da norma (art. 40, § 4º, da CF/88)”.

A despeito disso, extrai-se dos votos vencedores a literal invocação do “princípio moral” (ministro Maurício Corrêa) e dos princípios da moralidade, igualdade e razoabilidade (ministro Sepúlveda Pertence) para suspender a vigência da lei, a qual, *a priori* compatível com a norma constitucional originária (art. 40, § 4º), foi considerada pelo próprio relator, ministro Celso de Mello, como “destituída do necessário coeficiente de razoabilidade”.

Nessa situação, a teoria integrada lançaria luzes sobre o fato de que a lei estadual impugnada – e em última instância o próprio dispositivo positivado no art. 40, § 4º, da Constituição da República – geraria aos servidores públicos inativos o *direito* (tão somente) *político* – mas não *jurídico* – ao acréscimo pecuniário de um terço de férias. Segundo essa nova visão, uma emergência moral externa ao direito é que teria determinado a solução para a causa: os princípios delinadores do direito (autoridade política, precedente, confiabilidade etc.), que davam força moral maior às pretensões dos servidores aposentados do que elas normalmente teriam, curvaram-se, no caso concreto, diante de outro valor moral político (igualdade – questão de justiça distributiva), afastando a juridicidade da regra examinada (que estaria a veicular, portanto, um *direito político*, mas não propriamente *jurídico*, uma vez que inexigível por meio judicial).

A força do paradigma ortodoxo bissistemático no órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional também pode ser testemunhada, agora em toda sua intensidade e de maneira emblemática, no Recurso Extraordinário n. 405.386, cuja decisão foi assim ementada:

CONSTITUCIONAL. PENSÃO ESPECIAL A VIÚVA DE PREFEITO. LEI MUNICIPAL DE EFEITOS CONCRETOS. VALIDADE. ISONOMIA E PRINCÍPIO DA MORALIDADE (CF, ART. 37). IMUNIDADE MATERIAL DE VEREADORES (CF, ART. 29, VIII). EXTENSÃO QUANTO À RESPONSABILIDADE CIVIL. 1. Não há empecilho constitucional à edição de leis sem caráter geral e abstrato, providas apenas de efeitos concretos e individualizados. Há matérias a cujo respeito a disciplina não pode ser conferida por ato administrativo, demandando a edição de lei, ainda que em sentido meramente formal. É o caso da concessão de pensões especiais. 2. *O tratamento privilegiado a certas pessoas somente pode ser considerado ofensivo ao princípio da igualdade ou da moralidade quando não decorrer de uma causa razoavelmente justificada.* 3. *A moralidade, como princípio da Administração Pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5.º, LXXIII), tem a sua fonte por excelência no sistema de direito, sobretudo no ordenamento jurídico-constitucional, sendo certo que os valores humanos que inspiram e subjazem a esse ordenamento constituem, em muitos casos, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade.* A quebra da moralidade administrativa se caracteriza pela desarmonia entre a expressão formal (= a aparência) do ato e a sua expressão real (= a sua substância), criada e derivada de impulsos subjetivos viciados quanto aos motivos, ou à causa, ou à finalidade da atuação administrativa. 4. *No caso, tanto a petição inicial, quanto os atos decisórios das instâncias ordinárias, se limitaram a considerar “imoral” a lei que concedeu pensão especial a viúva de prefeito falecido no exercício do cargo por ter ela conferido tratamento privilegiado a uma pessoa, sem, contudo, fazer juízo algum, por mínimo que fosse, sobre a razoabilidade ou não, em face das circunstâncias de fato e de direito, da concessão do privilégio.* 5. [...]. (RE n. 405.386/RJ, 2ª T., rel. min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão min. Teori Zavascki, j. em 26.2.2013, grifos nossos).

Naquele processo, que tratou de pretensa nulidade de uma lei municipal concessória de pensão vitalícia a viúva de prefeito fale-

cido no curso do mandato, os integrantes do Supremo Tribunal Federal, por maioria, concluíram pela validade do ato normativo, censurando a postura das instâncias judiciais ordinárias, que

[...] se limitaram a considerar “imoral” a lei que concedeu pensão especial a viúva de prefeito falecido no exercício do cargo por ter ela conferido tratamento privilegiado a uma pessoa, sem, contudo, fazer juízo algum, por mínimo que fosse, sobre a razoabilidade ou não, em face das circunstâncias de fato e de direito, da concessão do privilégio.

Ao pedir vista dos autos após voto proferido pela relatora (que ao final restou isoladamente vencida), o ministro Eros Grau justificou-se afirmando: “o aspecto da moralidade me preocupa muito. Temo um dia rompermos a garantia da certeza e segurança jurídica e substituímos o direito pela moral”. Mais de três anos depois, em 2009, ao enfim ofertar seu voto em sentido contrário, o magistrado pronunciou-se sobre o princípio da moralidade administrativa, consignando que

[...] o conteúdo desse princípio há de ser encontrado no interior do próprio direito, até porque a sua contemplação não pode conduzir à substituição da ética da legalidade por qualquer outra. Vale dizer, 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 a constituir-se a si próprio, enquanto suprassume a sociedade civil, conferindo concomitantemente a ela a forma que a constitui. Nessa medida, *o sistema jurídico tem de recusar a invasão de si próprio por regras estranhas a sua eticidade própria, advindas das várias concepções morais ou religiosas presentes na sociedade civil, ainda que isto não signifique o sacrifício de valorações éticas. Ocorre 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 ultrapassado, sob pena de dissolução do próprio sistema.* Isto posto, compreenderemos facilmente esteja confinado, o questionamento da moralidade da Administração, nos lindes do desvio de poder ou de finalidade [grifos nossos].

Outros três anos se passaram após novo pedido de vista, dessa feita do ministro Cezar Peluso, até que em 2013 seu sucessor, Teori Zavascki, trouxe seu voto, realçando com ainda mais vigor a tese dos dois ordenamentos – direito e moral –, embora reconhecendo a decisiva influência da segunda na formação e interpretação do primeiro:

[...] a moralidade, tal como erigida na Constituição – como princípio da Administração Pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5º, LXXIII) –, não é, simplesmente, um puro produto do jusnaturalismo, ou da ética, ou da moral, ou da religião. É o sistema de direito, o ordenamento jurídico e, sobretudo, o ordenamento jurídico-constitucional a sua fonte por excelência, e é nela que se devem buscar a substância e o significado do referido princípio. É certo que os valores humanos, que inspiram o ordenamento jurídico e a ele subjazem, constituem, em muitos casos, inegavelmente, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. Sob esse aspecto, *há, sem dúvida, vasos comunicantes entre o mundo da normatividade jurídica e o mundo normativo não jurídico (natural, ético, moral), razão pela qual esse último, tendo servido como fonte primária do surgimento daquele, constitui também um importante instrumento para a sua compreensão e interpretação. É por isso mesmo que o enunciado do princípio da moralidade administrativa – que, repita-se, tem natureza essencialmente jurídica – está associado à gama de virtudes e valores de natureza moral e ética: honestidade, lealdade, boa-fé, bons costumes, equidade, justiça. São valores e virtudes que dizem respeito à pessoa do agente administrativo, a evidenciar que os vícios do ato administrativo por ofensa à moralidade são derivados de causas subjetivas, relacionadas com a intimidade de quem o edita: as suas intenções, os seus interesses, a sua vontade. Ato administrativo moralmente viciado é, portanto, um ato contaminado por uma forma especial de ilegalidade: a ilegalidade qualificada por elemento subjetivo da conduta do agente que o pratica. [...] É por isso que o desvio de finalidade e o abuso de poder (vícios originados da estrutura subjetiva do agente) são considerados defeitos tipicamente relacionados com a violação à moralidade. Pode-se afirmar, em suma, que a lesão ao princípio da moralidade administrativa é, rigorosamente, uma lesão a valores e princípios incorporados ao ordenamento jurídico, constituindo, portanto, uma injuridicidade,*

uma ilegalidade *lato sensu*. Todavia, é uma ilegalidade qualificada pela gravidade do vício que contamina a causa e a finalidade do ato, derivado da ilícita conduta subjetiva do agente [grifos nossos].

No entanto, independentemente do mérito da causa, o que impende aqui ressaltar é que a Corte, *data venia*, não explicou satisfatoriamente por que a “garantia da certeza e segurança jurídica” – interesses cuja realização se busca por meio da legalidade e que consistiram no foco de preocupação do ministro Eros Grau – deveria apriorística e necessariamente gozar de primazia sobre todos e quaisquer outros valores morais políticos na prestação da jurisdição.

Pergunta-se: por qual razão não seria admissível nem mesmo em tese que o STF subordinasse a segurança, a previsibilidade e a confiabilidade (princípios definidores do direito dentro da moral política) a outros princípios de moral política para afastar a eficácia da lei municipal e assim hipoteticamente concluísse, nos termos da teoria integrada dworkiniana, pela inexistência de *direito jurídico* da viúva do falecido prefeito à pensão especial? Em outras palavras: por que a lei municipal deveria automática e obrigatoriamente prevalecer e ser imposta mesmo que o órgão jurisdicional hipoteticamente a reputasse, pelas circunstâncias e atributos do caso concreto, como injusta e imoral?

E mais: qualquer que fosse o entendimento final após o sopesamento, mesmo no sentido da imposição da lei, não seria mais adequado e sincero reconhecer abertamente que o vetor da decisão judicial teria resultado de razões de natureza moral política, e não propriamente de um determinado conceito doutrinário de direito maculado por pressupor o criticado dogma dos dois sistemas diferentes (direito e moral)?

Consoante o paradigma unissistemático, as teorias do direito devem se originar das discussões políticas, e não de uma suposta essência ou conceito prévio de direito. Nesse diapasão é que Dworkin assevera:

Para construir uma concepção do direito – uma exposição das justificativas necessárias para apoiar, desse modo, uma pretensão de direito

passível de imposição a pedido de seu titular –, temos de encontrar uma justificativa para essas práticas [políticas, comerciais e sociais] numa rede integrada maior de valores políticos (2014a, p. 619).

Do exposto constata-se, em última análise, que o STF, perfilhando a corrente tradicional e dominante – atacada pelo modelo integrado de Dworkin –, sustentou nesse precedente que o direito, que é por ele declarado com força definitiva e em última instância no Estado Brasileiro, pode em tese perfeitamente conflitar com o valor da justiça e, nessa hipótese, sobre ele sempre deve prevalecer, mesmo à míngua de qualquer justificativa moral e política, como uma decorrência simples, direta e automática da adesão a um determinado conceito de direito.

Se o ministro Eros Grau temia romper a garantia da certeza e a segurança jurídica com a substituição do direito pela moral, parece-nos legítimo e fundado o receio inverso: de que a justiça seja gravemente sacrificada pela corte maior do País em nome de um conceito, erigido de fonte misteriosa, que se expressa pelo vocábulo “direito”.

2.2 Imposição parcial

A criticada imagem dos dois sistemas – direito e moral – também aparece quando os tribunais reconhecem que certos direitos constitucionais atendem plenamente aos critérios definidores do que é o direito (conjunto de normas jurídicas válidas) mas, a despeito disso, negam-lhes exigibilidade.

Dworkin ilustra, no âmbito do Direito norte-americano, com uma decisão do Tribunal Recursal do Distrito de Columbia, que, ao apreciar caso envolvendo presos na Baía de Guantânamo, declarou que “nem toda violação de um direito gera um remédio jurídico, mesmo quando o direito é constitucional” (2014a, p. 630). Outro exemplo, extraído da doutrina estadunidense, consistiria no direito constitucional dos cidadãos à assistência médica financiada pelo Estado, direito que, todavia, não seria suscetível de total garantia pela via judicial (mesmo reconhecendo que todos os indivíduos possuem tal direito, um tribunal não poderia exigir do

governo a implantação deste ou daquele plano específico de saúde, por inaptidão para lidar com delicadas questões de orçamento e medicina; a atuação das cortes se limitaria a enfrentar determinadas situações como, por exemplo, discriminação no atendimento).

Observe-se que nesses casos buscam-se razões independentes para justificar a ausência de tutela judicial de determinados direitos, que somente são considerados como tais – ou seja, como “direitos” – precisamente por conta da adoção do pressuposto (equivocado) da existência dos dois sistemas distintos (direito e moral) e, mais que isso, de uma teoria positivista, a qual consagre que tudo o que está escrito na Constituição constitui direito, por corresponder a critério factual-histórico aceito pela comunidade.

Sob a ótica da teoria integrada, que diferencia *direitos políticos* de *direitos jurídicos*, Dworkin argumenta que nem todos os direitos expressos na Constituição são jurídicos (exigíveis pelos cidadãos junto aos tribunais). Os referentes à política externa e aqueles que podem ser supridos de modo mais eficiente por outros ramos do governo – como o da assistência médica – são apenas direitos políticos, mas não jurídicos. Aqui, os princípios estruturadores de justiça (que distinguem os direitos jurídicos dos demais direitos políticos) – tais como o da melhor distribuição do poder político num Estado coercitivo – emergem como argumentos contra a exigibilidade/imposição da norma, diferentemente da hipótese anterior da Lei dos Escravos Fugitivos (em que tais princípios atuam a favor de sua exigibilidade, mas sucumbem face ao trunfo de uma emergência moral).

Pois voltemos os olhos ao cenário nacional.

Por aqui, toma-se como exemplo o art. 37, X, da Constituição da República, o qual assegura expressamente aos servidores públicos a revisão geral anual de sua remuneração. Pela consagrada doutrina do constitucionalista José Afonso da Silva (1998), a norma em apreço seria classificada como de eficácia limitada, pois dependeria, para produzir efeitos, de lei integrativa infraconstitucional.

Ocorre que a cláusula constitucional é solenemente inobservada pelo Poder Executivo, contumaz em se omitir na iniciativa de proje-

tos de lei tendentes à reposição do poder aquisitivo dos vencimentos dos agentes públicos. O tema teve repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário n. 565.089, que se encontra em fase de julgamento no STF, com votos divergentes entre os ministros¹.

Mas a Corte já teve a oportunidade de julgar anteriormente a matéria no agravo regimental no Recurso Extraordinário n. 327.621, ocasião em que assim decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. INFLAÇÃO. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA QUAL NÃO DECORRE O DIREITO À REVISÃO GERAL DE QUE TRATA O INCISO X DO ART. 37 DA CARTA DE OUTUBRO (REDAÇÃO ORIGINÁRIA). NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO FIXAR O ÍNDICE OU DETERMINAR QUE O EXECUTIVO O FAÇA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. *A garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos não autoriza o Poder Judi-*

1 VENCIMENTOS - REPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO - ATO OMISIVO - INDENIZAÇÃO - INCISO X DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO DO TEMA. Ante a vala comum da inobservância da cláusula constitucional da reposição do poder aquisitivo dos vencimentos, surge com repercussão maior definir o direito dos servidores a indenização. RE 565089 RG / SP, rel. min. Marco Aurélio, j. 13.12.2007. “Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), conhecendo do recurso extraordinário e provendo-o, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Cármen Lúcia. [...] Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). Plenário, 09.06.2011. Decisão: Após o voto-vista da Ministra Cármen Lúcia, acompanhando o Relator, conhecendo e provendo o recurso, e o voto do Ministro Roberto Barroso, negando-o, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 03.04.2014. Decisão: Após o voto-vista do Ministro Teori Zavascki, negando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber e Gilmar Mendes, e o voto do Ministro Luiz Fux, que lhe dava provimento, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 02.10.2014.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar-jurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+565089%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+565089%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/b9f2rvc>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

ciário a fixar índice de revisão geral, na forma do inciso X do art. 37 da Magna Carta (redação originária), dada a necessidade de lei específica, cujo processo legislativo é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Não altera esse entendimento o suposto fato de as leis específicas editadas pelo ente federado terem concedido aumentos inferiores aos índices inflacionários apurados no período. Mesmo que reconheça mora do Chefe do Poder Executivo, o Judiciário não pode obrigá-lo a apresentar projeto de lei que trate da revisão geral anual da remuneração dos servidores, prevista no inciso X do art. 37 da Lei Maior. Ressalva do entendimento pessoal do Relator. Precedentes: ADI 2.061, Relator Ministro Ilmar Galvão; MS 22.439, Relator Ministro Maurício Corrêa; MS 22.663, Relator Ministro Néri da Silveira; AO 192, Relator Ministro Sydney Sanches; e RE 140.768, Relator Ministro Celso de Mello. Agravo regimental desprovido. (RE n. 327.621 AgR/SP, rel. min. Carlos Britto, 1ª Turma, j. em 21.2.2006, grifos nossos).

Note-se que o precedente *supra*, em última análise, negou a exigibilidade (pela via judicial) de um direito conferido aos servidores públicos por dispositivo de matriz constitucional!

Realmente, o tribunal guardião da Constituição afirmou, por unanimidade, a existência de um direito material de fonte constitucional insuscetível de tutela pelo Poder Judiciário. Nesse diapasão, o voto do relator assinalou explicitamente que “a só condição de destinatário da proteção constitucional não basta para conferir ao beneficiário dessa expressiva garantia o direito à revisão corretiva dos efeitos nocivos gerados pelo processo inflacionário”, pontuou que “a revisão geral originariamente prevista no inciso X do art. 37 da Carta de Outubro depende da edição de lei específica”, e declarou, por derradeiro,

[...] a impossibilidade de obrigar o Chefe do Poder Executivo, mesmo que reconhecida mora legislativa de sua responsabilidade, a apresentar projeto de lei que trate da revisão geral anual da remuneração dos servidores, prevista no mencionado inciso X.

A teoria unissistemática explicaria o fenômeno esclarecendo que os servidores públicos teriam o *direito político* – mas não *jurídico* – ao reajuste anual previsto no art. 37, X, da Magna Carta. Na

espécie sob exame, os próprios princípios estruturadores de justiça (distintivos dos direitos jurídicos face aos demais direitos políticos), mormente o princípio da melhor distribuição do poder político num Estado coercitivo, serviriam como justificativa para a inexigibilidade da norma constitucional.

2.3 A moral no procedimento

Finalmente, a falha concepção bissistemática gerou, na visão de Dworkin, uma relevante divisão entre processo (procedimentos de criação do direito) e substância (conteúdo do direito criado), sendo que o eterno debate se concentrou apenas na substância (lei imoral é lei?; princípio de justiça não positivado é direito?), em detrimento do processo, a respeito do qual prevaleceu a corrente positivista de que o direito é criado e conformado exclusivamente pelas convenções locais. Defende ele:

Quando, porém, rejeitamos o modelo dos dois sistemas e entendemos o direito como um elemento bem definido da moral política, temos de tratar os próprios princípios estruturadores especiais que separam o direito do restante da moral política como princípios políticos que devem ser interpretados do ponto de vista moral.

E aí o doutrinador cita a regra mítica na Inglaterra, outrora inquestionável, de que o Parlamento seria supremo e seu poder ilimitado. Historicamente, com a superação do jusnaturalismo de Coke e a introdução do utilitarismo de Jeremy Bentham, a norma passou a ser tida como verdade absoluta, como bem ilustra o escólio doutrinário de H. Hart em trecho de sua célebre obra *O Conceito de Direito*, datada da década de 1960:

[...] onde quer que exista um poder legislativo não sujeito a limitações constitucionais e que seja competente para privar de juridicidade a todas as outras normas de direito que emanem de outras fontes, a norma de reconhecimento daquele sistema dita que a atuação desse poder constitui o critério supremo de validade. Esta é, de acordo com a teoria constitucional, a situação do Reino Unido (2009, p. 137).

No entanto, Dworkin segue explicando que agora, em um contexto de consolidação e internacionalização dos direitos humanos, a regra foi novamente posta em xeque pelos juristas quando o governo inglês cogitou da ideia de um projeto de lei que suprimiria dos tribunais a jurisdição sobre detentos suspeitos de terrorismo. Para Dworkin (2014a, p. 634),

O *status* do Parlamento enquanto legislador – uma das questões jurídicas mais fundamentais – tornou-se de novo uma profunda questão de moral política. Na prática, o direito está integrado à moral: os advogados e juízes são os filósofos políticos operantes do Estado democrático.

Já nos Estados Unidos, instalou-se discussão acerca da natureza das cláusulas constitucionais: se as substantivas mais abstratas (direitos à liberdade de expressão, à liberdade religiosa, ao devido processo legal, proibição a penas cruéis etc.) deveriam ser interpretadas como princípios morais (como se observou de decisão da Suprema Corte que, contrariando dados históricos, reconheceu o direito de *habeas corpus* a estrangeiros presos em Guantânamo), ao passo que as cláusulas mais concretas, diferentemente, dependeriam apenas de questões históricas (tal qual em julgamento sobre o direito constitucional dos cidadãos à posse de armas de fogo).

Mais uma vez, Dworkin adverte:

Esses debates da Corte fariam algum sentido se adotássemos o modelo bissistemático do direito e da moral política. [...] Devemos [...] nos esforçar ao máximo, dentro dos limites da interpretação, para que a lei fundamental do nosso país seja compatível com nosso senso de justiça – não porque o direito deva às vezes curvar-se perante a moral, mas porque é exatamente isso que o próprio direito exige, quando é bem compreendido (2014a, p. 635).

Quando temos em mente a proposição da tese unissistemática de que não apenas o conteúdo mas também os métodos e procedimentos de criação do direito devem ser justos, de sorte que os próprios princípios estruturadores do direito (que o separam do restante da moral) sejam interpretados moralmente, torna-se fácil

compreender o fundamento da admissão, pela jurisdição constitucional, dos processos informais de mudanças da Carta Política.

Lecionam os doutos que os processos de vicissitudes constitucionais podem ser impróprios (mudanças *da* Constituição) ou próprios (mudanças *na* Constituição), esses últimos classificados como formais ou informais. As mudanças informais, conhecidas como *mutações*, são práticas “que introduzem alterações significativas no ordenamento constitucional sem mexer em uma vírgula no texto escrito [...]” (SAMPAIO, 2013, p. 286). Elas “exteriorizam o caráter dinâmico das normas jurídicas, através de processos informais [...] no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional.” (LENZA, 2007, p. 110).

Diz-se que com as mutações há um desenvolvimento das normas constitucionais a domínios não imaginados pelos constituintes originários, sustentando no tempo a confiança na Constituição como elo entre as gerações (GREWE; FABRI apud SAMPAIO, 2013, p. 286).

No Mandado de Segurança n. 26.603, a Suprema Corte brasileira preconizou que por meio de sua atividade interpretativa possui a prerrogativa, embora extraordinária, de (re)formular a Constituição. Assentou que a interpretação judicial consiste em processo informal de mutação constitucional, asseverando que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”, como se extrai de trecho da ementa correspondente:

MANDADO DE SEGURANÇA [...] A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - *No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re) formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os*

processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (MS n. 26.603/DF, rel. min. Celso de Mello, j. em 4.10.2007, grifos nossos).

Ao apreciar o Habeas Corpus n. 91.361, o STF afirmou com todas as letras que a interpretação judicial constitui instrumento idôneo para adequar e compatibilizar a Constituição da República com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos:

“HABEAS CORPUS” - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO LEGAL (LEILOEIRO OFICIAL) - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário. Precedentes. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordena-

mento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. *A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO*. - *A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. [...] (HC n. 91.361/SP, 2ª T., rel. min. Celso de Mello, j. em 23.9.2008, grifos nossos).*

No caso, veio a lume não apenas o tema da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil (natureza constitucional ou caráter de supralegalidade), mas também o da possibilidade de alteração da Constituição por meio de interpretação judicial. E ficou assentado, nos exatos termos do voto do ministro relator, que a interpretação judicial viabiliza

[...] a adaptação do “corpus” constitucional às novas situações sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais surgidas em um dado momento histórico, para que [...] o estatuto fundamental não se desqualifique em sua autoridade normativa, não permaneça vinculado a superadas concepções do passado, nem seja impulsionado, cegamente, pelas forças de seu tempo.

Ora, como explicar que o direito comporta um procedimento *informal* de mudança da Constituição em razão de alterações sociais, culturais, econômicas e políticas, na esteira do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, senão com uma justificativa de ordem moral?

Sinal forte de que os precedentes sobre mutação constitucional daquele eminente sodalício guardam profunda sintonia com a teoria unissistemática.

Com efeito, se a Egrégia Corte concebe que a Lei Fundamental da nação, dotada de supremacia na hierarquia normativa, muda significativamente de conteúdo sem qualquer alteração de forma, à margem dos procedimentos próprios consagrados em seu texto (especialmente as reformas ou revisões constitucionais) e com a finalidade de se ajustar aos novos padrões da sociedade, ela parece avaliar, ainda que tácita e inconscientemente, o pensamento de Dworkin, no sentido de que o objetivo da interpretação constitucional é entender as palavras da Constituição como dispositivos que visam a promover um governo justo, ou seja, compatibilizá-la ao máximo com nosso senso de justiça.

3 Conclusão

Proposta por Ronald Dworkin na obra *A Raposa e o Porco-Espinho: justiça e valor* (*Justice for Hedgehogs*), a teoria unissistemática – que situa o direito dentro da moral – tenta romper com um velho (mas resistente) paradigma, o qual parte da falha premissa de que o direito e a moral são sistemas normativos diferentes. Jusnaturalistas, positivistas e até mesmo interpretacionistas, caso abandonassem o quadro ortodoxo dos dois sistemas e conferissem à discussão contornos políticos – e não meramente conceituais –, muito enriqueceriam os debates da filosofia e teoria do direito. A construção de uma concepção do direito demandaria necessariamente encontrar, numa rede integrada maior de valores políticos (justiça, igualdade, liberdade, democracia, legitimidade, direito etc.), uma justificativa para os *direitos jurídicos*, vale dizer, uma modalidade específica de direitos políticos dotada da especial característica de serem exigíveis e imponíveis pela via judicial, sem a necessidade de intervenção legislativa.

Aplicada em caráter ilustrativo sobre matéria-prima brasileira, essa visão integrada, que trata o direito como um ramo da moral política, fornece interessante explicação teórica para determinadas decisões jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal. Não obstante embebidos na concepção bissistemática, os julgados selecionados de nossa Corte Suprema ostentam fundamentação perfeitamente legível com as lentes do modelo integrado dworkiniano.

De fato, o exercício aqui proposto se prestou, conforme registrado no subitem 2.1 (*Leis más*), a colocar em evidência os dilemas genuinamente morais – e não exatamente jurídicos – enfrentados pelo tribunal diante de coerções penais iníquas (HCs n. 102.094, 111.017, 105.904) e dispositivos constitucionais e legais em matéria cível reputados injustos (ADI n. 1.158; RE n. 405.386). No tópico 2.2 (*Imposição parcial*), foi possível demonstrar que o STF, precisamente por estar mergulhado na concepção bissistemática, chegou ao extremo de afirmar a existência de um direito constitucional insuscetível de tutela judicial (RE n. 327.621). Por derradeiro (subitem 2.3 – *A moral no procedimento*), buscou-se expor que o instituto da mutação constitucional, expressamente admitido pela jurisprudência da Corte (MS n. 26.603; HC n. 91.361), reflete inequívoca preocupação com a moralidade no processo de criação do direito, numa profunda sintonia com os ditames da teoria integrada.

As constatações resumidas estampam que o presente estudo não cuidou de apontar acertos ou equívocos da tese unissistemática de Dworkin. Entretanto, não era mesmo esse o seu escopo. E nem poderia sê-lo, dadas a manifesta incompatibilidade entre os estreitos limites deste singelo texto e a extrema complexidade do tema. O trabalho já terá atingido plenamente sua finalidade, contudo, caso sirva de elemento propulsor – ainda que modesto – para o aprofundamento das pesquisas nessa seara, especialmente no âmbito de nossa República, a qual possui como objetivo fundamental declarado, entre outros, o de construir uma sociedade *justa* (art. 3º, I, da CF/1988).

Referências

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

_____. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014a.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014b.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *Uma discussão sobre a teoria do direito*. Tradução de Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. Tradução de Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. v. 1. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.