

ano 17 - n. 70 | outubro/dezembro - 2017
Belo Horizonte | p. 1-318 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v17i70
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paraense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada no BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988

The dangers of political moralism and the need to defend the right laid down in the Constitution of the Republic of 1988

Emerson Gabardo*

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)
Universidade Federal do Paraná (Brasil)
e.gab@uol.com.br

Recebido/Received: 07.08.2017 / August 7th, 2017
Aprovado/Approved: 06.10.2017 / October 6th, 2017

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a questão da interferência do moralismo político na esfera pública institucional brasileira. Primeiro o texto descreve o significado do Direito ter um conteúdo moral. Posteriormente, é analisada a impactação do moralismo na atuação ativista do Poder Judiciário e subjetivista do Poder Legislativo. Neste tocante, é realizada uma crítica ao abandono da racionalidade jurídica por decorrência de uma perspectiva moral incompatível com os postulados da Constituição da República de 1988. Finalmente, o artigo analisa o perfil da sociedade civil brasileira, também fortemente influenciado por uma moralização subjetiva que não é adequada aos postulados da vida pública. A ideia fundamental da pesquisa é demonstrar que no Brasil está ocorrendo uma substituição do Direito por um moralismo inapropriado ao desenvolvimento do país como um autêntico Estado de Direito. O texto descreve os perigos do moralismo político. Em conclusão, defende o direito posto na Constituição da República de 1988 como fundamento objetivo de realização de justiça e democracia.

Palavras-chave: Moralismo político. Estado de Direito. Neoconstitucionalismo. Positivismo. Poder Legislativo.

Como citar este artigo/*How to cite this article*: GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i70.847.

* Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Professor Adjunto de Direito Administrativo da UFPR (Curitiba-PR, Brasil). Pós-doutor em Direito Público Comparado pela Fordham University School of Law. Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. E-mail: e.gab@uol.com.br.

Abstract: This article aims to analyze the interference of political moralism in the Brazilian institutional public sphere. First the text describes what means to say that the legal system has a moral content. Subsequently, the paper analyses the impacts of moralism in the activist performance of the judiciary, and in the subjectivist performance of the legislative branch. In this respect, it criticizes the abandonment of legal rationality due to a moral perspective, explaining why this is incompatible with the principles of the Brazilian Constitution of 1988. Finally, the article examines the profile of Brazilian civil society, also strongly influenced by a subjective standard of morality that is not suitable to the postulates of public life. The fundamental idea of the research is to demonstrate that in Brazil there is a replacement of the legal system by an inappropriate morality (and how this situation presents an offense to a genuine rule of law). The text describes the dangers of political moralism. In conclusion, defend the right laid down in the Constitution of the Republic of 1988 as the objective foundation of achieving justice and democracy.

Keywords: Political moralism. Rule of law. Neoconstitutionalism. Positivism. Legislative Branch.

Sumário: **1** O que significa o Direito ter um conteúdo moral? – **2** O moralismo como critério de decisão judicial – **3** O moralismo na atuação legislativa – **4** O moralismo político na sociedade civil brasileira – **5** Conclusão: em defesa do Direito e dos direitos – Referências

1 O que significa o Direito ter um conteúdo moral?

Jürgen Habermas asseverou que “o discurso filosófico sobre a justiça não faz jus à dimensão institucional que constitui o objeto primordial do discurso jurídico”. Por outro lado, o autor adverte a si mesmo que se a sociologia se mantiver com um olhar de fora “e insensível ao sentido da dimensão simbólica que só pode ser aberta a partir de dentro, a própria contemplação sociológica corre o risco de ficar cega”.¹ As observações do autor conduzem à reflexão de que qualquer discussão sobre questões de comportamentos, ideias e interesses não escapa (ou *não deve* escapar) de uma análise a partir dos princípios e valores. Mas o contrário também é verdadeiro: a ética pura sem uma checagem empírica pode conduzir a resultados indesejáveis. Conclusão esta que pode ser traduzida pela máxima de que toda teoria deve ser interpretada segundo o contexto em que se aplica; o que não significa uma sobreposição do contexto sobre os princípios que o regem, sob pena de deturpação de qualquer perspectiva ética principiológica.

Esta situação, em uma primeira abordagem, parece conduzir a um ciclo argumentativo vicioso – ou a um dilema. Mas não é assim necessariamente. Há mecanismos epistemológicos e hermenêuticos para que sejam encontradas respostas adequadas e possam ser feitas as melhores escolhas públicas para cada caso.

Voltando-se para o Direito: não foram poucas as investidas intelectuais em metodologias de conhecimento e interpretação que ofereceram propostas de

¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997, p. 94.

superação deste pretensão ciclo ou deste aparente dilema.² Particularmente, os métodos do constitucionalismo e os mecanismos hermenêuticos do positivismo foram talvez os mais impactantes no contexto da modernidade. Entretanto, a pretensão de universalidade de ambos talvez tenha consistido em um “calcanhar de Aquiles”. Afinal, grandes teorias fundadas em abstrações dependem em larga medida das condições históricas e do ordenamento jurídico local.³ Este é um dos motivos pelos quais é relevante a consideração de uma “sociologia do conhecimento” para a compreensão do fenômeno – como, aliás, seria de se esperar de uma teoria chamada de positivista, e o mesmo pode-se dizer do constitucionalismo do século XX.

De todo modo, apesar do forte núcleo comum contratualista-universalista da metodologia predominante na modernidade jurídica, o reconhecimento das insuficiências do positivismo jurídico nesta relação talvez tenha sido a razão pela qual Ronald Dworkin procurou descrever o fenômeno da leitura moral da Constituição estadunidense (descrição esta, em si mesma, um trabalho mais empírico que teórico).⁴

Após a elaboração intelectual-abstrata desta chamada “leitura moral”, ela veio para o Brasil e aqui se tornou o que chamamos de “doutrina” (e, portanto, dotada de certa autoridade). Isso ocorreu não só no Brasil, mas em vários locais (predominantemente fora dos Estados Unidos) e espargiu efeitos, influenciando interpretações sobre o Direito em diferentes realidades.⁵ Estas interpretações são muito ecléticas. Há aquelas, por exemplo, que se utilizam da teoria para a compatibilização entre democracia e constitucionalismo a partir dos direitos fundamentais. Em vários países esta abertura possibilitou um ativismo judicial interessante para a promoção de direitos e estabilização do sistema. Todavia, algumas delas são paradoxais; outras são deslocadas. E este parece ser o caso da utilização da separação entre Direito e moral na prática do pós-positivismo à brasileira (sintoma de um certo “metapositivismo”).⁶

O “metapositivismo” não deixa de ser um tipo de neoconstitucionalismo; mas de um modo desviante ou excedente, na medida em que, para além de negá-lo

² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito constitucional*. 2. ed., Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000. O autor demonstra, já na década de 1970, a virada pragmática da metodologia constitucional na Europa.

³ SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. 2. ed. México: Fontamara, 1999, p. 8.

⁴ Esta “leitura moral” implica, no modelo original de Dworkin, uma concepção do Direito em que os agentes devem interpretar as normas constitucionais a partir de princípios de decência política e justiça. Afirma o autor: “*La lectura moral, por lo tanto, incorpora la moralidad política al corazón del derecho constitucional*”. DWORKIN, Ronald. *La lectura moral y la premisa mayoritarista*. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald (Org.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 101-102.

⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

⁶ Este assunto foi abordado de forma mais detalhada em obra anterior. Cf.: GABARDO, Emerson. *Por um Direito público altruísta: crítica ao fenômeno metapositivista e sua impactação nas decisões públicas contemporâneas*. Curitiba, 2015. 189f. Tese (Concurso de Professor Titular). Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

(o que caracterizaria um antipositivismo), de uma forma espontânea e não programada, mantém apenas seu discurso, radicalizando na prática seus pressupostos ao ponto de promover uma autêntica (e perigosa) inovação. O metapositivismo não é uma teoria (portanto não equivale no plano lógico ao positivismo nem ao pós-positivismo). Portanto, ele só existe enquanto negação. No momento em que realizado, deixa de ser necessário e desaparece. O metapositivismo caracteriza-se pela realização da subjetividade, da insegurança jurídica, da equidade, da subsidiariedade, da eficiência pragmática, do patrimonialismo disfarçado, da inversão da solidariedade e, notadamente, da moral extraível do senso comum como substrato axiológico – o moralismo. Em certo enfoque acaba por inadvertidamente fomentar a intolerância prestigiando em demasia o princípio democrático a partir da opinião popular. Ou seja, a situação contemporânea criticada, que aqui é chamada “metapositivismo”, é retratada como uma “desordem” na esfera do *ser* (moralismo político) que influencia a esfera do *dever ser* (Direito moralista ou justicialista).

De fato, a ideia de uma *moral objetiva*, desenvolvida no texto de Dworkin, parece bastante razoável e interessante como mecanismo de superação de algumas características hermenêuticas do positivismo (e, notadamente, de como ele foi aplicado no passado) ou de recusa a um neoconstitucionalismo exclusivamente procedimentalista – em que bastaria a justificação racional para a conquista da legitimidade à ação.⁷ Em outra óptica, trata-se da superação do Estado Legal pelo Estado Constitucional – um novo modelo que tem na Constituição a reserva de justiça do sistema.⁸

Mas o seu abuso por parte do metapositivismo reinante no Brasil redundou em uma desordem indesejável se tomado como modelo o Estado de Direito proposto pela Constituição da República de 1988.⁹ O que se observa na aplicação do Direito nacional não é a incidência de uma moral objetiva; e, muitas vezes, nem mesmo uma moral subjetiva, mas sim um reles moralismo fruto do senso comum e de interesses por vezes inconfessáveis que repousam na arrogância daqueles detentores do poder de dizer o Direito.

Neste contexto, parece razoável propor o retorno do prumo ao seu lugar de equilíbrio, o que implica uma talvez antipática, mas necessária, defesa da retomada

⁷ Uma discussão mais aprofundada a respeito do assunto foi realizada em trabalho anterior, ainda que com outro enfoque sobre a matéria. Cf.: GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 180 e 352 e ss.

⁸ CORVALÁN, Juan Gustavo. Soberanía y Estado Constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 45-71, out./dez. 2015; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015.

⁹ Veja-se, por exemplo, o abuso da utilização do princípio da dignidade humana pelo Judiciário brasileiro. Sobre o assunto, ver: SCHIER, Paulo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 17 jul. 2017, p. 12 e ss.

de algumas características do positivismo como paradigma hermenêutico. Não é exagero afirmar que há no Brasil um abuso, por excesso, das teorias neoconstitucionais, bem como do antipositivismo ideológico. Alguns anos atrás, Paulo Schier interpretou este problema (ou parte dele) apenas como momentâneo; seria “o ofuscamento e o lodo do processo de transição”.¹⁰ Contudo, o tempo passou e esse processo de transição tornou-se um movimento consolidado e tendente não somente à permanência como ao agravamento – tornando-se uma verdadeira compulsão. O perigo da substituição do Direito pelas concepções morais comuns extraíveis da sociedade já se tornou superior ao do formalismo positivista do período pré-constitucionalista. Problema este que, de uma maneira ou de outra, vem sendo estudado por vários autores, dentre os quais se destaca Lenio Streck ao criticar o “neoconstitucionalismo” como meio de concretização do Direito.¹¹ Cynara Monteiro Mariano também teceu considerações interessantes a respeito da temática faz alguns anos e, atualmente, vem encandecendo suas críticas ao sistema.¹² Várias explicações tornar-se-iam necessárias no entorno desta proposição, mas há que se fazer um recorte para os pontos mais relevantes do tema que se pretende tratar.

A princípio seria natural pensar que o positivismo (como fenômeno do século XIX) e o constitucionalismo contemporâneo (como fenômeno de meados do século XX) são expressões que se referem a realidades ou ideias necessariamente opostas. Contudo, tal proposição não é consensual. Luis Prieto Sanchís é um dos autores que sustenta a compatibilidade entre o constitucionalismo como opção político-jurídica e o positivismo como identificação do Direito.¹³ O autor não vê qualquer problema em defender um “constitucionalismo positivista”. Esse constitucionalismo positivista, por sua vez, poderia ser a base de possibilidade de um manifesto em favor de um Direito administrativo altruísta pautado pelo modelo de Estado social fundado na alteridade.¹⁴

¹⁰ SCHIER, Paulo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo..., p. 5.

¹¹ “Observe-se que, escandalosamente, sob a bandeira ‘neoconstitucionalista’, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, tais quais: neoprocessualismo (*sic*) e neopositivismo (*sic*). Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos ‘verdadeiros valores’ que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual)”. STRECK, Lenio Luiz. Constituição, Economia e Desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan./jun. 2011.

¹² MARIANO, Cynara Monteiro. *Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

¹³ SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo...*, 1999.

¹⁴ Uma mais aprofundada abordagem sobre o assunto foi realizada em trabalho anterior: GABARDO, Emerson. *Por um Direito público altruísta: crítica ao fenômeno metapositivista e sua impactação nas decisões públicas contemporâneas...* *Op. cit.* Sobre o Direito Administrativo pautado pelo modelo de Estado Social: BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015.

Merecem consideração ainda os argumentos de Susanna Pozzolo. Para a autora, a diferença ou contraposição entre o positivismo e o neoconstitucionalismo não está no objeto ou no ordenamento jurídico, mas sim na teoria do Direito subjacente.¹⁵ Quando o neoconstitucionalismo se reporta à atividade do tomador de decisões, ele, então, estaria equivocado (pois se direcionaria à esfera deontológica, ao invés de permanecer na esfera lógica). Para a autora, a mudança estrutural do Estado legalista para o Estado constitucional não requer o abandono da metodologia positivista. Ao contrário, ela seria necessária para a limitação jurídica do poder e importante como meio de análise científica do Direito.¹⁶ Em parte, a argumentação parece ser procedente. Mas por certo não poderá ser um positivismo neutro, que ignora a questão material. Não é possível dar um salto de retorno da transdisciplinaridade para a multidisciplinariedade sem que sejam perdidas as conquistas do constitucionalismo. Por este motivo é relevante saber de qual Constituição se estará tratando. E, neste aspecto, parece que a escolha de determinado conteúdo terá um caráter ideológico inafastável (o que a autora não aceita).¹⁷

A proposta de uma metodologia de equilíbrio que possa se opor ao fenômeno atual do metapositivismo decorre necessariamente de uma perspectiva histórica e culturalmente determinada. Ou seja, está vinculada a um sistema constitucional específico. Não se trata de uma proposta universal (ou seja, válida para qualquer tempo e lugar, como uma teoria geral positivista kelseniana) e sim de uma análise da realidade brasileira, a partir da Constituição de 1988, dos constitucionalismos que dela surgiram, e do que pode ou precisa ser mudado. Não é uma lógica e sim uma sociologia. Por outro lado, é também uma ética constitucional ao recusar a possibilidade de uma moral comum como fundamento para a tomada de decisões públicas de caráter administrativo, judicial e, até mesmo, as legislativas.¹⁸ A “vontade social”, de caráter vinculatório, bem descrita por Rudolf Stammler, não se confunde com a “vontade de uma moral constitucional, cujo caráter é objetivo” tanto quanto não se confunde com a vontade particular dos indivíduos a ela vinculados.¹⁹

¹⁵ Essa contraposição é, também, analisada por: CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico. *Revista de Investigaciones Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 167-224, jan./abr. 2015.

¹⁶ POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 205.

¹⁷ POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo..., p. 209.

¹⁸ E neste ponto talvez esteja na hora de ser reconhecido pelos brasileiros que a evolução constitucionalista europeia da segunda metade do século XX (que redundou na União europeia e na supraconstitucionalidade) possui caracteres que são totalmente incompatíveis com a nossa realidade. A defesa, por exemplo, que alguns autores italianos apresentam, da Constituição como reserva de justiça a partir da recepção de um “senso comum” experimentalista tem sentido no contexto doutrinário e jurisprudencial dos países europeus em seu processo de integração jurídica. Trazer tal perspectiva teórica para o Brasil é prestar um desserviço ao seu desenvolvimento como Estado de Direito. Cf.: CARDUCCI, Michele; LOGROSCINO, Pierdomenico. *La costituzione e le sue riserve di giustizia*. Lecce: Pensa, 2010.

¹⁹ As diferenças conceituais entre moral social e moral interior utilizadas no texto são do autor. STAMMLER, Rudolf. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Tradução de W. Roces. México: Nacional, 1980, p. 89.

Para colocar em prática tal perspectiva, é preciso ser promovida uma revisão da aglutinação entre Direito e moral promovida pelo antipositivismo. Esta “libertinagem hermenêutica” neoconstitucional tem favorecido não só a existência de abusos pontuais, mas a naturalização de um autêntico “estado de exceção” no Brasil.²⁰

O constitucionalismo do final do século XX traz dentro de si uma carga valorativa que é de óbvio conteúdo ético (quando o constituinte agregou a justiça social como postulado constitucional, isso não ocorreu somente por razões pragmáticas, mas sim por uma questão de princípio).²¹ Entretanto, isso não significa o reconhecimento de uma moral universal, nem de uma moral que vale igualmente para o passado e para o futuro, embora represente, por certo, uma tomada de posição. Foi feita uma opção moral concreta sobre qual é a concepção de justiça que deve ser adotada pelo Direito neste sistema positivo. Sendo assim, não se está tratando aqui de uma mera aproximação entre Direito e moral, mas sim do próprio conteúdo moral interno ao Direito (uma moral objetiva, mas não universal) e que decorre de uma interpretação sistemática de um documento formal – a Constituição (e as normas do Direito positivo vinculadas ao sistema).²² Somente neste sentido torna-se adequada a adoção de um critério hermenêutico de caráter moral, afastando-se, por sua vez, qualquer perspectiva moralista.²³

2 O moralismo como critério de decisão judicial

As conclusões a respeito do significado de o sistema jurídico ter um conteúdo moral não resolvem os problemas da legitimidade do Direito e, por sua vez, do poder constituinte. Entretanto, esta é outra questão. Diga-se de passagem, uma questão menor para o pós-positivismo, cujo substrato mental é a pós-modernidade.²⁴ Em um contexto “pós-moderno metapositivista” não mais se acredita com tanto vigor

²⁰ Cabendo ressaltar que nenhum estado de exceção é neutro. Todos carregam dentro de si uma ideologia normalmente sub-reptícia que visam implementar. VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017.

²¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Caracterización constitucional de la ética pública (Especial referencia al marco constitucional español). *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 67-80, jan./abr. 2014.

²² Embora se reconheça a existência de um princípio moral de igualdade e também de um princípio jurídico de igualdade, isso não quer dizer que o jurista aplique o primeiro (ainda que esta confusão seja justificável, pela identidade de conteúdo axiológico de ambos os princípios). SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo...*, p. 62 e ss.

²³ Como bem coloca Cynara Mariano, a inclusão do ideal de justiça no Direito precisa ser feita de forma adequada, ou seja: “... deve ser feita a ressalva de que a defesa dessa tese [a junção entre Direito e moral] não é pela correção do conteúdo normativo em todo e qualquer caso, e a pretexto de adequar a qualquer critério de moralidade, mas que há distinção entre validade e legitimidade do direito e que esta última não se funda na legalidade, e sim em uma conexão mínima do conteúdo normativo com os valores”. Cf.: MARIANO, Cynara Monteiro. *Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário...* p. 68.

²⁴ Sobre o assunto, remete-se a trabalho anterior: GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003, p. 77 e ss.

na validade ou na potencialidade explicativa do princípio da separação de poderes ou do racionalismo contratualista. Em sendo assim, a questão da legitimidade recebe uma surpreendente resposta pragmática que é encontrada no imaginário simbólico: “é melhor depositar as esperanças no juiz do que no legislador (e a ‘força’ do Poder Judiciário advém indiretamente do povo), por intermédio da compatibilidade de suas ações com as expectativas sociais”. Por sua vez, os tribunais passam a deliberar tendo uma pretensão moral perfeccionista, mas deixando de “atentar para a necessidade de as decisões incorporarem a faticidade dos casos por meio dos princípios e de respeitarem a integridade do Direito”.²⁵ Citando Dworkin, mas fazendo o contrário do que o autor defende, os juízes brasileiros buscam a todo tempo “corrigir o Direito com base na moral”.²⁶

Esta resposta pragmática e a metodologia hermenêutica a ela aglutinada estão arraigadas no inconsciente coletivo das autoridades operadoras do Direito (e, por que não, da comunidade jurídica em geral). Entretanto, não é a concepção mais acertada e acaba por fomentar que o Judiciário submeta-se a uma exposição (e uma atividade) de caráter político – o que é algo problemático. Conforme opina Diego W. Arguelhes, “quem decide os conflitos tem que se manter independente em relação a eles. Ministros precisam guardar distância pública e visível das disputas que precisarão decidir”. Mas não é isso o que vem ocorrendo, haja vista às “ligações perigosas” entre os integrantes do STF e a cúpula do Executivo e Legislativo, sempre sugerindo a existência de preferências políticas que sem dúvida podem afetar a legitimidade decisional.²⁷ Além de serem os Ministros dos Tribunais Superiores recrutados de forma vinculada aos outros dois Poderes, o que em certa medida macula a independência do Judiciário,²⁸ há o problema das vantagens pessoais advindas para alguns magistrados em decorrência desta situação de protagonismo (vantagens em termos não só de poder, mas também de fama e dinheiro). A complexidade do assunto, entretanto, exige forte reflexão e difícil tomada de posição.

Por outro lado, não só o juiz é o ator deste novo modelo jurídico de tomada de decisões. Os “moralistas hermenêuticos” estão em todos os poderes quando se trata de deliberações no exercício da função pública – e não se constringem em aplicar uma justiça baseada na moral social que acreditam ser a mais proeminente.

²⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

²⁶ Como bem esclarece Cynara M. Mariano: “Dworkin, portanto, não deseja corrigir o direito com base na moral. Ele apenas entende, de forma acertada, por sinal, que definir e aplicar o direito é uma tarefa inseparável da reflexão sobre a moral e sua aplicação...”. MARIANO, Cynara Monteiro. *Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?*... p. 69.

²⁷ ARGUELHES, Diego Werneck. *Ligações perigosas*. *Jota*. Disponível em: <<http://jota.info/ligacoes-perigosas>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Ediar, 1994. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/estructuras-judiciales>>. Acesso em: 24 out. 2016, p. 141.

O problema é que a “moral social” é perigosa e nem sempre tem respaldo constitucional. E também não se pode olvidar que algumas vezes a tradução de determinadas concepções morais da sociedade em normas jurídicas produz resultados desastrosos. É lúcido o alerta de Sanchís: “*cuando repasamos los numerosísimos ejemplos de injusticias notorias y prolongadas que ofrece la historia, resulta que tales injusticias encontraban respaldo tanto en el Derecho como en la moral social de la época (esclavismo, intolerancia religiosa, pureza de la raza...)*”.²⁹

Por este motivo que não se está defendendo uma teoria geral insípida, mas um específico modelo constitucional: o do Estado social típico de uma modernidade que pode ser retratada pela mentalidade da segunda metade do século XX – com destaque para aquele modelo escolhido pelo constituinte brasileiro de 1988.³⁰

No Brasil este problema é agravado pela tendência existente de rejeição dos princípios da modernidade e seus valores civilizatórios. E não se trata de uma questão somente racional, mas também espiritual. Segundo previu Sérgio Paulo Rouanet, a razão secular da ilustração torna-se valor em baixa no Brasil, mais que em outros países, “pois está em marcha entre nós um grande projeto de ressacralização do mundo”.³¹ Um dos exemplos mais significativos deste fato é a quantidade de igrejas pentecostais que nascem e se desenvolvem no país (imiscuindo-se nas instituições estatais e ocupando postos de autoridade pública, principalmente no Legislativo).³²

A deformação da leitura moral no Brasil redundou num abandono do constrangimento das autoridades públicas tomadoras de decisão em utilizarem argumentos extraíveis da moralidade pública que elas mesmas elegem como dominante (em geral conhecida por meio de seus vínculos sociais e, com destaque, os “virtuais”). Uma moralidade de um protagonismo tão significativo que passou a concorrer tanto com o interesse público quanto com os direitos fundamentais como critério de decisão (ainda que, na busca de uma fundamentação racional, sejam utilizados, simbolicamente, estes fundamentos).³³

²⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo...*, p. 80.

³⁰ BERCOVICI, Gilberto. Revolution through Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014.

³¹ ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

³² Por outro lado, e ainda que de uma forma diversa, não é só no Brasil que crescem os movimentos xenófobos, racistas e sexistas. Trata-se de uma tendência também internacional. Exemplo disso é o caso dos Estados Unidos: DICHTCHEKENIAN, Patrícia. A intolerância de Donald Trump em 5 atos abomináveis. *Pragmatismo Político*. 24 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/07/a-intolerancia-de-donald-trump-em-5-atos-abominaveis.html>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

³³ A título de mera ilustração, citam-se dois exemplos: No primeiro, um aluno foi reprovado em avaliação escolar e reverteu sua reprovação judicialmente, mesmo existindo avaliação educacional especializada indicando a sua não aprovação. TAKAHASHI, Fábio. Aprovado: aluno com transtorno reverte reprovação na Justiça. *Folha de S.Paulo*. 14 jul. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2015/07/1655403-aprovado-aluno-com-transtorno-reverte-reprovacao-na-justica.shtml>>. Acesso em: 23 jul. 2016. No segundo, um juiz deferiu ordem para a concessão de aposentadoria por invalidez, mesmo o atestado médico atestando a inexistência de invalidez. Em sua fundamentação o juiz assume que não está adstrito ao atestado e que concede a aposentadoria por invalidez porque seria difícil para uma mulher com mais de 40 anos conseguir

Se tomado em consideração um observador externo, nada o impede de criticar uma norma jurídica por ser imoral ou por ser injusta – podendo até mesmo contestar as razões para a sua obediência. Não obstante, esta não será uma atividade jurídica interna ao Direito e sim a ele externa. Tal situação, segundo Sanchís, aumenta a responsabilidade do cidadão. A partir de uma crítica externa é possível que seja promovida uma alteração do sistema. O caráter aberto do constitucionalismo insere tal possibilidade no contexto da ideologia positivista clássica, renovando-a.³⁴ Esta mudança pode ser formal (mediante mecanismos institucionais deliberativos) ou informal (por intermédio de alterações culturais relevantes e que se consolidam no tempo), mas não deve desvirtuar as escolhas constituintes – notadamente por interesses de ocasião.³⁵

Mas esta crítica social não passa disso: um mecanismo de influência. Para que alguma proposição ínsita a uma concepção moral social implique consequência interna no Direito é necessário um caminho formal árduo e rigoroso, cujo filtro será a Constituição.³⁶ Nesta perspectiva, torna-se completamente absurdo sequer imaginar que uma única autoridade pública poderia interpretar o sistema, alterando-o substancialmente, em razão de suas concepções pessoais de justiça (por maior que fosse a sua boa intenção). Ao fazer isso, tal agente estatal deixaria de ser autorizado pelo interesse público, em quaisquer dos sentidos que se possa emprestar à expressão,³⁷ e estaria obviamente servindo ao interesse privado (não importa o quanto este interesse privado esteja consonante à opinião popular ou ao senso comum reinante em determinado tempo e lugar). Infelizmente, o atual “ativismo judicialista brasileiro” está imerso neste lodo. Como diria Anatole France: “Os deuses têm sede”.³⁸

um emprego. *Revista Consultor Jurídico*. Juiz deve considerar contexto social ao conceder benefício do INSS. 9 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-09/juiz-ignorar-laudo-pericial-conceder-beneficios-inss>>. Acesso em: 23 jul. 2016. Nos dois casos o Direito foi subvertido por razões emocionais que prestigiaram a bondade, pois nas duas situações concretas a resposta jurídica adequada tenderia a produzir um resultado desagradável à sensibilidade moral e, particularmente, à consciência do juiz.

³⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo...*, p. 87.

³⁵ SALGADO, Eneida Desiree. Os limites explícitos e implícitos aos processos formais e informais de mudança da Constituição: ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 159-176, abr./jun. 2012.

³⁶ A expressão restou consagrada com o trabalho de Paulo Schier. SCHIER, Paulo. *Filragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

³⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011; GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

³⁸ FRANCE, Anatole. *Os deuses tem sede*. Tradução de Daniela Jinkings e Cristina Muracho. São Paulo: Boitempo, 2007.

3 O moralismo na atuação legislativa

Max Weber sustentou a existência de três tipos ideais de legitimidade da dominação: a realizada pela *tradição* (reiteração de costumes e padrões de comportamento), a pelo *carisma* (que conclama autoridade por admiração) e a pela *legalidade* (há uma crença na validade da competência legal, mediante regras racionais de ingresso no poder).³⁹ Segundo a teorização weberiana, a *dominação legal* é aquela correta quanto à forma, por meio da qual são cumpridos os procedimentos formais de acesso ao cargo por competência (seja um cargo de chefe ou de subordinado). Obedece-se à pessoa em razão de uma regra e não em razão de atributos pessoais. O ideal de um agente profissional é proceder “sem a menor influência de motivos pessoais e sem influências sentimentais de espécie alguma, livre de arbítrio e capricho e, particularmente, sem consideração à pessoa, de modo estritamente formal, segundo as regras racionais ou, quando elas falham, segundo pontos de vista de conveniência objetiva”. A *dominação tradicional* é a de caráter comunitário no sentido em que há um senhor que delibera com base no seu sentimento de equidade a respeito de seus súditos; “obedece-se a pessoa em virtude de sua dignidade própria, santificada pela tradição: por fidelidade”. Já a *dominação carismática*, também comunitária, implica a existência de um líder e um séquito. Para Weber, “a forma genuína da jurisdição e a conciliação de litígios carismáticos é a proclamação da sentença pelo senhor ou pelo ‘sábio’ e sua aceitação pela comunidade”.⁴⁰

Os Poderes Públicos brasileiros, notadamente o Legislativo e o Judiciário, têm se demonstrado instituições cuja legitimidade é fruto do amálgama entre os três tipos ideais – uma bricolagem, para usar um termo mais afeto à precarização da legitimidade institucional atualmente vivenciada.

A vida no parlamento brasileiro tornou-se parcialmente uma “vida de corte”, na qual os sujeitos vivem *na* e *da* sedução. É uma vida que enfatiza a aparência de honra, isto é, a imagem pública do valor de alguém (e não a verdade íntima de quanto ele vale). Mas ao contrário do modelo original, aos atuais detentores das prerrogativas nobiliárias típicas do cargo que ostentam, não lhes é vedado o *negotium*.⁴¹ Para além de lhes ser permitido pleitear cargos e pensões, ou então as festas e prazeres (tais como um *shopping center*),⁴² também lhes é reservada a política e com ela certa leviandade em relação à coisa pública, pois vivem imersos

³⁹ WEBER, Max. Os três tipos de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). *Weber*. 7. ed. São Paulo: Ática, 2005, p. 128 e ss.

⁴⁰ WEBER, Max. Os três tipos de dominação legítima..., p. 129, 131 e ss.

⁴¹ RIBEIRO, Renato Janine. *A última razão dos reis*: ensaios sobre filosofia e política. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 83.

⁴² O DIA. *Senadores aprovam shopping de R\$ 1 bilhão no Congresso*. 29 maio 2015. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2015-05-29/senadores-aprovam-shopping-de-r-1-bilhao-no-congresso>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

em demagogia (sendo a principal delas a fundamentação falseada das decisões, que em um número considerável de vezes são tomadas por motivos diversos dos formalmente declarados). Os discursos são sempre racionais, porém fundados no mais banal dos discursos moralistas. E, no mais das vezes, o procedimento formal é respeitado (veja-se o caso das constantes “manobras” dos Presidentes da Câmara dos Deputados para fazerem aprovar as decisões de seu interesse sem desprezear o regimento).⁴³ Ou então, veja-se o caso paradigmático do *Impeachment* da Presidente da República ocorrido em 2015, que desprezou não só o princípio da tipicidade, como a teoria dos motivos determinantes e o dever de não aplicação retroativa de nova interpretação administrativa – isso só para destacar alguns dos vícios do processo – na realidade um inconstitucional *recall* travestido de *impeachment*.⁴⁴ Um exemplo profícuo do metapositivismo na casa legislativa.

Tal postura moralista, bem recebida pela sociedade civil, facilita as discussões retrógradas a respeito do estatuto da família,⁴⁵ combinadas com a timidez do Código Florestal em impor avanços na seara da sustentabilidade ambiental.⁴⁶ Estes casos denotam a realidade sustentada pelo amálgama entre a bancada evangélica (que, segundo as pesquisas especializadas sobre atuação parlamentar, é ontologicamente

⁴³ O exemplo do texto refere-se à gestão de Eduardo Cunha na Presidência da Câmara dos Deputados. Cf.: BRAGA, Isabel; SOUZA, André de. Eduardo Cunha usou manobra regimental em votação sobre a redução da maioria. *O Globo*. 03 jul. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/eduardo-cunha-usou-manobra-regimental-em-votacao-sobre-reducao-da-maioridade-16647814#ixzz3hbl94DeM>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

⁴⁴ Refere-se ao impedimento de Dilma Rousseff, que decorreu: 1. de um crime inventado, 2. de uma nova orientação administrativa aplicada de forma retroativa (e, portanto, ilícita) pelo TCU e, ao final, 3. foi motivado pelos deputados durante a votação por razões totalmente alheias aos fundamentos do relatório que suscitava a condenação. Basta verificar, por exemplo, que Dilma foi a governante que menos se utilizou dos créditos orçamentários suplementares desde a redemocratização – e tal conduta lhe foi atribuída como crime (o que era ordinário até então, num repente se tornou excepcional). Todavia, os procedimentos formais foram cumpridos. Sobre o assunto, ver o trabalho impecável de Glícia T. T Reis: REIS, Glícia Thallita Teles. *Um olhar sobre o impeachment e o caso Dilma Rousseff*. Curitiba, 2016. 82f. Monografia (trabalho de conclusão de curso). Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Com base nesta situação, os parlamentares, a mídia e parcela da comunidade jurídica entenderam legítimo o golpe, ainda que tenha sido insustentável do ponto de vista da sua legitimação e regularidade substancial – como todos os fatos posteriores têm demonstrado e até mesmo o seu substituto, Michel Temer, confessou. Em entrevista para a TV e em um discurso nos Estados Unidos, Temer explicou que o *impeachment* ocorreu por dois motivos: 1. Dilma não ter aceitado a chantagem de Eduardo Cunha no tocante ao seu processo no Comitê de Ética; 2. A Presidente não ter concordado em implementar o projeto político-econômico do PMDB intitulado “Uma ponte para o Futuro”. Cf.: FORUM. *Golpe: Ao vivo, Temer confessa que Dilma caiu porque não cedeu à chantagem de Cunha*. Redação. 16 ab. 2017. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2017/04/16/golpe-ao-vivo-temer-confessa-que-dilma-caiu-porque-nao-cede-a-chantagem-de-cunha/>>. Acesso em: 23 jul. 2017. E, ainda: CARTA CAPITAL. *Temer: impeachment ocorreu porque Dilma recusou “Ponte para o Futuro”*. Redação. 23 set. 2016. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/temer-impeachment-ocorreu-porque-dilma-recusou-ponte-para-o-futuro>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

⁴⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Enquete sobre Estatuto da Família chega a um milhão de acessos*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/comunicacao/institucional/noticias-institucionais/enquete-sobre-estatuto-da-familia-chega-a-um-milhao-de-acessos>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

⁴⁶ MUDANÇAS CLIMÁTICAS. *Mudança no Código Florestal recebe críticas da Casa Civil*. Disponível em: <<http://www.mudancasclimaticas.andi.org.br/content/mudanca-no-codigo-florestal-recebe-criticas-da-casa-civil>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

ligada à “bancada da bala” em suas posições) e a bancada ruralista.⁴⁷ Nesta seara, também exemplificativo é o caso da Reforma Trabalhista de 2017. Em que pese a controvérsia jurídico-formal existente sobre a matéria, parece óbvio o desvio de finalidade e a deturpação do processo democrático quando uma reforma de tais proporções é realizada por um parlamento desacreditado e por um Presidente ilegítimo. A pior parte do golpe de Estado realizado não foi a substituição dos agentes públicos eleitos por um grupo usurpador do poder e sim a completa inversão de um plano de governo eleito pelo povo. Mas nada disso realmente interessa, pois o moralismo parlamentar da maioria dos representantes eleitos é seletivo, pragmático e sem qualquer compostura.

Formalmente legal, simbolicamente carismática e faticamente tradicional, a legitimidade do Parlamento brasileiro é reflexo de uma sociedade eclética e que possui um agente condutor de sua opinião: a mídia institucional (seja aquela que pretensamente presta serviço público, seja aquela que é atividade econômica em sentido estrito). Trata-se da chamada “Grande Imprensa”, que no Brasil é tradicionalmente o representante mor dos interesses do capital estamental.⁴⁸

A sociedade brasileira historicamente possui demandas que em geral não favorecem a existência de um “sentimento constitucional”. Conforme esclarece Agassis Almeida Filho: “entre nós há um sentimento constitucional insuficiente para criar uma democracia constitucional devidamente legitimada, o que não impede que esse sentir seja despertado por uma atuação constitucionalmente adequada dos organismos estatais”.⁴⁹ Ou seja, “o exercício democrático da democracia” de que fala o autor nem sempre ocorre de forma espontânea, mesmo sendo formalmente uma realidade constitucional. Ao contrário, às vezes é a própria população que, democraticamente, age contra tal exercício, seja em sua atuação direta, mediante uma “autotutela de interesses”, seja mediante o apoio (ou não) aos seus representantes eleitos, por motivações nem sempre legítimas do ponto de vista ético-constitucional, embora certamente sustentadas pelo princípio democrático.⁵⁰

⁴⁷ Sobre o assunto há inúmeras reportagens. A título ilustrativo, merece destaque: REVERBEL, Paula. MBL, ruralistas e evangélicos se unem por agenda liberal. *Folha de S.Paulo*. 2 maio 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1766785-mbl-ruralistas-e-evangelicos-se-unem-por-agenda-liberal.shtml>>. Acesso em: 23 jul. 2017. E ainda: MEDEIROS, Étore; FONSECA, Bruno. Bíblia, boi e bala: um raio-x das bancadas da Câmara. *Exame*. 18 fev. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/biblia-boi-e-bala-um-raio-x-das-bancadas-da-camara/>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

⁴⁸ ABRAMO, Perseu. *Padrões de Manipulação da Grande Imprensa*. 2 ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.

⁴⁹ ALMEIDA FILHO, Agassis. Prefácio. In: VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução de Agassis Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. XVII.

⁵⁰ Exemplo profícuo deste fato foi a eleição e sustentação política do Deputado Eduardo Cunha na Presidência da Câmara dos Deputados. Embora com uma pauta de propostas políticas fortemente contrária ao constitucionalismo social e inclusive instaurado com a Constituição de 1988, foi eleito em razão da união de forças entre as bancadas dos evangélicos e dos ruralistas. Assim, se tornaram uma força significativa e

É importante também ressaltar a falta de uma melhor teorização a respeito do desvio de finalidade ao Direito Eleitoral e, particularmente, ao processo legislativo (inspirado no modelo desenvolvido pelos administrativistas),⁵¹ pois o devido processo dentro do parlamento não deveria admitir certas manobras materialmente inconstitucionais e absolutamente contrárias à ética pública.⁵² Mas têm-se admitido tais desvios, com o beneplácito do Supremo Tribunal Federal (por exemplo, mediante a utilização da teoria da não intervenção em atos *interna corporis*).⁵³ Uma teoria densa e consolidada tanto de Direito Eleitoral quanto de Direito Parlamentar no país talvez auxiliasse na interpretação destes fenômenos – haja vista que a tradição brasileira nesta seara é de absoluta volatilidade.⁵⁴ Os constitucionalistas em geral não têm forte tradição em se debruçar sobre tais temas,⁵⁵ ou tendem a prestar uma deferência quase divina ao STF. Sendo um pouco mais radical, talvez seja de se perguntar: mas onde estão os constitucionalistas?

4 O moralismo político na sociedade civil brasileira

Em que pese a doutrina não dar muita atenção à questão da comum incompatibilidade prática entre vontade popular e sentimento constitucional, procurando

dominaram o Congresso. Dentro das regras (notadamente do regimento), o então Presidente adotou posturas materialmente incompatíveis com a Constituição, tanto do ponto de vista do conteúdo quanto do ponto de vista procedimental. Sobre o assunto, ver: CARVALHO, Daniel. Evangélicos e ruralistas aderem a Cunha. *Estadão*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,evangelicos-e-ruralistas-aderem-a-cunha,1620456>>. 15 jan. 2015. Acesso em: 19 jul. 2016.

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desvio de poder de ato legislativo: ofensa ao princípio da livre concorrência, ao da defesa do consumidor e ao da igualdade. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 14, n. 10, p. 613-616, out. 1998; TÁCITO, Caio. O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 1, n. 1, abr./jun. 2003.

⁵² Sobre o assunto merece referência o texto de Conrado Hübner Mendes: “Percebe-se que sua ascendência sobre boa parte da Casa Legislativa se deve à indisfarçável extrainstitucionalidade de seus recursos de poder: personaliza a agenda legislativa; convoca por celular, da sua cadeira no plenário, deputados a votar quando nota risco de derrota; convence, numa madrugada, deputados a inverterem votos que proferiram na noite anterior. Usa de todo o seu leque de poderes discricionários para obter vitórias a fórceps, distribuindo contrapartidas que ainda conhecemos mal. Sempre revestido de uma capa de legalidade na superfície, seu *modus operandi* configura abuso de poder (no jargão técnico-jurídico, desvio de finalidade)”. MENDES, Conrado Hübner. Abomináveis cunhadas. *Estadão*. 14 jul. 2015. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,abominaveis-cunhadas,1724498>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

⁵³ A teoria dos atos *interna corporis* é tão antiga quanto injustificada, sendo acolhida no Brasil pela doutrina forjada no período da ditadura de 1964. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. Jurisdição constitucional na era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal. *Social Science Research Network*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=>>. Acesso em: 22 jul. 2016, p. 11.

⁵⁴ Cabe aqui fazer referência ao recente texto de Ana Paula Barcellos, uma honrosa exceção à regra acima descrita. Cf.: BARCELLOS, Ana Paula. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁵⁵ Em que pese existam exceções. A título exemplificativo: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 5. ed. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2002; e SILVA, José Afonso. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

sempre compatibilizar os elementos, o fato é que há uma tendência de tensão entre democracia e direitos fundamentais no Brasil – na prática. Ou seja, não se está tratando propriamente da tensão teórica, mas sim da tensão fática. Após as eleições de 2014 o Brasil passou a viver um momento de retorno de demandas sociais e manifestações de interesse que estavam ocultas (ou foram ocultadas) durante os vinte anos do período pós-ditatorial. O que esteve em voga nesse período foi a ampliação da justiça social, da participação popular, da alteridade, do solidarismo, da defesa do meio ambiente, e da repulsa ao preconceito, como ideias-força típicas de um imaginário constituído pela doutrina no entorno da Constituição de 1988. Trata-se de uma ciência do Direito valorizadora dos direitos fundamentais e que foi, aos poucos, recepcionada pela atuação judicial – uma teoria não só de liberdade e igualdade, mas de fraternidade.⁵⁶ A atividade administrativa do Estado, bem como a legislativa, aos trancos e barrancos, tem vindo a reboque da doutrina e da jurisprudência (que passou a ser chamada de neoconstitucional).

Ocorre que tal evolução foi facilitada pelo advento de importantes conquistas em termos econômicos e institucionais. Após uma fase obscura pré-constitucional, as décadas de 1990 e de 2000 se demonstraram importantes no processo de amadurecimento do Brasil como um Estado em vias de desenvolvimento.⁵⁷ Mais que isso, a concepção de um modelo de Estado social não subsidiário consagrada em 1988, mas com forte dificuldade para se tornar efetiva, passou a conquistar a mente do *establishment* jurídico nacional. Em que pese as constantes reformas conjunturais e tentativas de reformas estruturais vivenciadas em um ambiente tendencialmente pós-moderno, a Constituição brasileira ainda resiste tentando implantar as conquistas da modernidade.⁵⁸

A segunda década deste século, contudo, parece denotar um novo momento. Um momento em que três fatores parecem conduzir a uma situação de desestabilização institucional e social: a forte presença da internet na vida cotidiana da população de classe alta e média (e, particularmente, a presença do Facebook), o recuo do país em termos de estabilidade econômica e a transformação da corrupção em fenômeno midiático. Estes fatores colocam em evidência que a aferição da vontade popular depende de requisitos materiais, ou seja, é necessária uma “democracia madura” na qual o exercício da cidadania não se resume ao voto periódico.

⁵⁶ Como bem destacou Luis Manuel Fonseca Pires. PIRES, Luis Manuel Fonseca. *O Estado social e democrático e o serviço público*: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁵⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

⁵⁸ GABARDO, Emerson. Mecanismos de Intervención del Estado en Brasil, postmodernidad y la cuestión de la subsidiariedad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 1, n. 2, p. 59-71, jul./dic. 2014.

A participação política demanda novas e mais qualificadas formas de atuação coletiva na arena pública. O que é uma exigência complexa, considerando-se a tradição brasileira.⁵⁹

Conforme coloca Almeida Filho, “o cidadão brasileiro médio tem dificuldades no momento de expressar-se enquanto membro da comunidade jurídico-política. Isso ocorre em virtude de uma nítida carência de formação política e de falta de exercício da cidadania, decorrências inevitáveis dos vários estrangulamentos sociais que caracterizam a sociedade brasileira”.⁶⁰ Mas é importante que se esclareça que esta afirmação não possui qualquer relação com a ideia preconceituosa de que para votar é preciso algum tipo de instrução formal ou de que o brasileiro “não sabe votar”.⁶¹ Trata-se da falta de senso republicano e de espírito de comunidade na sociedade, ou seja, a carência de construção de um espaço verdadeiramente público no Brasil.⁶² Uma situação que resulta na manutenção de um forte espectro patrimonialista e individualista nas relações sociais. Espectro este, por sua vez, reforçado pelo atraso no processo de desenvolvimento econômico e social (em termos de moradia, educação, saúde, saneamento e transporte).

Estes elementos têm propiciado diferentes consequências na sociedade atual. Por um lado, o povo brasileiro é fortemente coeso em torno de um ideal nacionalista (no Brasil os sujeitos pertencem primeiro ao seu país, depois à sua cidade, e só por último ao seu Estado). Por outro lado, há uma fragmentação oculta e que pela primeira vez na história está entrando em ebulição. Os grupos vulneráveis estão emergindo e com eles seus conflitos de interesses subjetivistas. A classe média, que havia conquistado nos últimos vinte anos um lugar ao sol junto com os mais abastados (a notória ampliação do acesso às viagens ao exterior ilustra o fenômeno), vem perdendo seu *status* e com isso torna-se raivosa e inconformada. Os religiosos evangélicos, que antes faziam parte de uma pequena parcela da sociedade, viram sua comunidade crescer e assumir o poder – e com isso passaram a tentar impor sua pauta sectária às instituições. Os integrantes da comunidade LGBT, cada vez mais organizados e mais aceitos socialmente, viram na ascensão das esquerdas uma oportunidade para caminhar de um sistema de tolerância para um sistema

⁵⁹ BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da Administração Pública. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015.

⁶⁰ ALMEIDA FILHO, Agassis. Prefácio... p. XVI.

⁶¹ SINDICATO DOS ADVOGADOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Para mídia e Justiça eleitoral, brasileiro não sabe votar*. Disponível em: <<http://www.sasp.org.br/convenios/100-para-midia-e-justica-eleitoral-brasileiro-nao-sabe-votar.html>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

⁶² Este assunto foi tratado de forma mais aprofundada em trabalho anterior. Cf.: GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...*, p. 123 e ss. Ver também: SALGADO, Eneida Desiree. Essay on the constitutional promises of democracy and republic. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 3. p. 85-100, set./dez. 2017.

jurídico de alteridade, indo para o confronto. Os fascistas, não se conformando com a ampliação significativa das garantias constitucionais aos direitos fundamentais, perderam o constrangimento e o medo, e colocaram suas pautas na rua (em verdade, sobretudo na internet) – e viram que não estavam sozinhos. E estes somente são alguns exemplos do destravamento das paixões e interesses, após mais de duas décadas de certo consenso social a respeito das pautas do país.

Tal destravamento é reflexo direto da concretização de direitos fundamentais possibilitada pela Constituição de 1988 e pelo advento de autoridades públicas comprometidas com seu modelo de Estado e Administração Pública. Cabe salientar que esta realidade nunca foi uma demanda do mercado, pois o alto empresariado possui uma inércia refratária a esta pauta, ainda que dela se aproveite quando surgem as oportunidades típicas do desenvolvimentismo.

O fenômeno da corrupção, por sua vez, criou a única grande unanimidade nacional, fazendo com que o povo, de forma radical, passasse a bater palmas para um ambiente de caça às bruxas e realização de interesses sectários por meio dos seus representantes eleitos ou de outros agentes do Estado.⁶³ Depois de um período de forte expansão formal e material, os direitos humanos passam a assumir uma representação negativa no imaginário popular. Para a mídia, o que importa é o combate à corrupção – afinal, este simulacro tem uma incrível capacidade de anestesiá-lo o povo em relação a todos os outros problemas. Na verdade, a ênfase neste assunto não passa de uma estratégia das grandes corporações dos meios de comunicação, bem como das elites beneficiadas, para a conquista e manutenção do poder.⁶⁴

O poder de sedução dos heróis, das cruzadas, dos gladiadores, da fogueira e da guilhotina faz parte da condição humana. Por consequência, para a população, este se torna o escopo maior da nação, mesmo às custas do Direito e dos direitos.⁶⁵ Uma finalidade *a priori* legítima – o combate à corrupção, mas que foi totalmente deslegitimada pelos meios de sua obtenção. Como se fosse possível combater a

⁶³ É interessante observar como o povo não distingue o fenômeno da corrupção do fenômeno do seu combate. Segundo a Transparência Internacional, para mais de 78% dos brasileiros a corrupção aumentou em 2016 em relação ao período anterior. Se isso for realmente verdade, significa que os mecanismos radicais de combate à corrupção levados a efeito pelo Poder Judiciário nos últimos anos estão falhando miseravelmente. Cf.: FUJITA, Gabriela; MARCHAO, Talita. 78% dos brasileiros dizem sentir aumento da corrupção, diz Transparência Internacional. *UOL Notícias*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2017/10/09/78-dos-brasileiros-dizem-sentir-aumento-da-corrupcao-diz-transparencia-internacional.htm>>. Acesso em: 9 out. 2017.

⁶⁴ A referência a Maquiavel aqui é óbvia. Ver: SKINNER, Quentin. *Maquiavel*. Tradução de Maria Lucia Montes. São Paulo: Brasiliense, 1988.

⁶⁵ Exemplo trágico foi o ocorrido com o Reitor da UFSC Luís Carlos Cancellier. Após ser preso de forma arbitrária em fase investigatória absolutamente inicial, o professor não suportou as humilhações, a exposição midiática predatória e a simbólica proibição de ingressar na sua Universidade e acabou cometendo suicídio. Inúmeras instituições denunciaram o ocorrido, mas os integrantes do Poder Judiciário mantiveram sua posição corporativa típica do moralismo político metapositivista. Sobre o assunto, ver a impactante nota do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo: IBDA. *Nota Pública*. Disponível em: <<http://ibda.com.br/noticia/nota-publica>>. Acesso em: 9 out. 2017.

corrupção sem ética; como se fosse possível obter justiça sem Direito. Por certo que não.

Sobre o assunto, Martinho Lutero cunhou frase simples e lapidar: “Não é justo combater um mal com outro pior”.⁶⁶ Amém.

5 Conclusão: em defesa do Direito e dos direitos

Seja no Poder Legislativo, seja no Judiciário, seja por intermédio da polícia federal, seja pela atuação do Ministério Público, os brasileiros bradam: *o importante é fazer justiça!* E é aqui que se coloca o dito “neoconstitucionalismo pós-positivista” agora fundado no moralismo político – e que pode ser alcunhado como “metapositivismo”. Os agentes públicos não somente sentem-se legitimados materialmente (pela vontade popular), mas juridicamente (devido à abertura principiológica e axiológica do sistema). Afinal, são como sábios ungidos pela crença popular em sua liderança. Sua sentença, portanto, “não pode ser contestada”. Será – creem eles – uma sentença sempre de acordo com a Constituição, pois não se poderia esperar outra coisa de representantes tão infalíveis (como que beneficiados por certa aura de santidade, para usar as palavras de Weber). Paradoxalmente, é o seu senso de justiça que passa a ser o critério de validade do Direito e de interpretação constitucional. Os direitos, nesta conjuntura, tornam-se ontologicamente relativos.

Cada vez mais a ideia de que os fins justificam os meios faz parte da mentalidade nacional. E os justiceiros carismáticos de plantão estão a postos para fazer valer a “vontade do povo” e, por que não, sua vingança – um desejo de revanche contra os políticos, contra os maus gestores, contra os bandidos, contra os pecadores, contra os pobres do Bolsa Família, contra os defensores dos direitos humanos, contra os integrantes de movimentos sociais; enfim contra o outro – *aquele no qual eu não me reconheço*.⁶⁷ A tradicional classe média moradora dos grandes centros industrializados, particularmente, enquadra-se perfeitamente neste modelo, pois, ao invés de deparar consigo no espelho, mantém o olhar projetado na elite “classe A” com a qual deseja ser identificada. Exemplo profícuo do que Grant McCracken denomina de “significado deslocado”.⁶⁸ Até que ponto este deslocamento pode ser identificado também na “nova classe média” torna-se uma pergunta interessante.⁶⁹ A proliferação dos movimentos *pró-impeachment* em 2015 nestes grupos é um fator interessante de análise deste fenômeno.

⁶⁶ LUTERO, Martinho. *Da autoridade secular: a obediência que Ihe é devida*. Tradução Martin N. Dreher. São Leopoldo: Sinodal, 1979, p. 49.

⁶⁷ SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito, autoridade e alteridade: reflexões sobre o direito e o avesso*. Curitiba: Íthala, 2017.

⁶⁸ MCCRACKEN, Grant. *Cultura e consumo: Novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo*. Tradução de Fernanda Eugênio. Rio de Janeiro: Mauad, 2003.

⁶⁹ YACCoub Hilaine. A chamada “nova classe média”: cultura material, inclusão e distinção social. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, v. 17, n. 36, jun./dec. 2011.

Neste ambiente, a justiça com base em um moralismo particularista e sectário passa a destruir qualquer perspectiva de alteridade, quando não, de puro bom senso ou razoabilidade. Não queira ser o inimigo dos homens bons, pois como diria Friedrich Nietzsche, “onde começa o que é estranho, o estrangeiro, eles não são melhores que animais de rapina deixados à solta”.⁷⁰

A tolerância em seu sentido tradicional, que é um requisito necessário, porém insuficiente,⁷¹ para um adequado regime republicano, torna-se um artigo de luxo – quando não um elemento paradoxal de exclusão. Por este motivo, quando um indivíduo recusa-se a ver o outro como um igual, o Direito deve obrigá-lo ao reconhecimento. Michele Carducci está correto ao afirmar que na atualidade a interpretação de princípios morais torna-se mais uma questão de crítica social e luta política do que de especulação filosófica.⁷² Por isso a utilização da expressão “moralismo político”.

No Brasil, certamente há uma tendência de arraigamento prático da tensão teórica entre constitucionalismo e democracia. Robert Alexy destaca que uma visão realista da vida certamente reconhecerá que direitos humanos e democracia estão em constante oposição. Os direitos fundamentais são democráticos e ao mesmo tempo não são, afinal, muitas vezes eles privam o legislador da tomada de decisões que representariam a maioria da população ou algumas majorias eventuais no parlamento. Segundo o autor, o que os cidadãos consideram importante depende dos seus ideais. E, por sua vez, os seus ideais dependem de seus interesses e de sua representação do bem (suas convicções e suas concepções de mundo). Por este motivo, os direitos fundamentais configuram um espaço de resistência.⁷³

Há questões importantes sobre as quais o legislador simplesmente não pode decidir e o julgador obviamente não pode deliberar, sob pena de a decisão pública ser francamente inadmissível (ao menos do ponto de vista de certa ordem constitucional). Aliás, o princípio majoritário, seja o expresso na deliberação representativa, seja

⁷⁰ Trecho Completo: “quem conhecesse aqueles ‘bons’ apenas como inimigos, não conheceria senão inimigos maus, e os mesmos homens tão severamente contidos pelo costume, o respeito, os usos, a gratidão, mais ainda pela vigilância mútua, pelo ciúme inter pares [entre iguais], que por outro lado se mostram tão pródigos em consideração, autocontrole, delicadeza, lealdade, orgulho e amizade, nas relações entre si – para fora, ali onde começa o que é estranho, o estrangeiro, eles não são melhores que animais de rapina deixados à solta”. NIETZSCHE, Friedrich. *Para a genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 32.

⁷¹ A tolerância pode ser entendida a partir de seu sentido liberal-pragmático, fundada no pluralismo político, ou em um sentido mais intenso, em que passa a ter um fundamento ético-social. No primeiro sentido há uma ênfase na “negação”, ou seja: o outro deve ser respeitado, mas é mantida a distância entre as diferentes identidades. No segundo sentido a tolerância caminha para o sentido de “alteridade”, ou seja, tolerar significa colocar-se na posição do outro. Ao contrário do primeiro sentido, que é excludente e contenta-se com a indiferença, o segundo propugna por interação e reconhecimento. Sobre o assunto, ver: CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade*. São Paulo: UNESP, 2003.

⁷² CARDUCCI, Michele. *Por um direito constitucional altruísta*. Tradução de Sandra Regina M. Vial, Patrick Lucca da Ros e Cristina L. Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 27.

⁷³ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

na plebiscitária, deve ser entendido como algo sem valor substancial, prestando-se apenas a ser uma tecnologia disponível para a resolução de algumas questões, mas não todas.⁷⁴ A mensagem que passa quando um Presidente de uma Casa Legislativa assevera que o mote de sua gestão será: “é só deixar que a maioria seja exercida, e não a minoria”, ao contrário do que uma visão formalista poderia sugerir, é de “perversão da democracia”.⁷⁵ Por outro lado, o famoso julgamento da Lei da Ficha Limpa é um dos mais significativos exemplos históricos da perversão do Direito a partir de sua funcionalização moral.⁷⁶ O factóide denominado “10 medidas contra a corrupção” é outro exemplo.⁷⁷

Aquele que pode ser vítima de um sistema majoritarista não pode ser sacrificado no altar do “bem comum”, nem mesmo “para vantagem daquela que os utilitaristas definem como a felicidade do maior número”.⁷⁸ O Estado de Direito deve ser um catalizador de identidades, por um lado, e alteridade, por outro: ele é um importante meio de formação de uma “identidade coletiva”, apesar das intolerâncias decorrentes das identidades étnicas, nacionais, religiosas, estamentais, de gênero e linguísticas.⁷⁹ Porém, para além disso, a interpretação constitucional não pode se curvar à vontade popular quando se trata de restrição aos direitos fundamentais ou prevalência de argumentos irracionais na condução da esfera pública.⁸⁰ Os impulsos subjetivos moralistas em defesa da ordem pública, da projeção social, da diferenciação ou da exclusão devem ser contidos por uma perspectiva, mais que democrática, objetiva, republicana e juridicamente previsível. A sociedade civil não pode ser dividida a partir de um critério de bem e mal, muito menos cabe aos seus

⁷⁴ Em sentido oposto é a teoria de Jeremy Waldron, que defende o “valor intrínseco” do princípio majoritário. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes: 2003, p. 151 e ss. Para uma visão descritiva, porém crítica, a respeito da teoria do autor, conferir: CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

⁷⁵ A expressão é de Conrado H. Mendes. Cf.: MENDES, Conrado Hübner. Abomináveis cunhadas. *Estadão*. 14 jul. 2015. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,abominaveis-cunhadas,1724498>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

⁷⁶ SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do legislativo ao Judiciário: a Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013.

⁷⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *10 Medidas Contra a Corrupção*. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 9 out. 2017.

⁷⁸ CARDUCCI, Michele. *Por um direito constitucional altruísta...*, p. 30.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 28.

⁸⁰ Vários exemplos poderiam ilustrar esta presença irracional e deletéria no parlamento. Citam-se dois: 1. a proposta de dar às igrejas o poder de questionar o STF por meio de ações diretas de inconstitucionalidade. Cf.: LIMA, Luciana. Bancada evangélica tenta dar às igrejas poder de questionar Supremo. iG Brasília. 15 jul. 2015. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2015-07-15/bancada-evangelica-tentar-as-igrejas-poder-de-questionar-supremo.html>>. Acesso em: 23 jul. 2015. 2. a discussão a respeito da alteração do artigo 1º da Constituição Federal para ser nela afirmado que todo poder vem de Deus. Cf.: ANJOS, Ana Beatriz. Deputado do PSOL quer atualizar Constituição: “Todo poder não emana do povo, emana de deus”. 10 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/03/deputado-psol-quer-atualizar-constituicao-todo-poder-nao-emana-do-povo-emana-de-deus/>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

justiceiros institucionais tal diferenciação. A virtude soberana é a igualdade e não a justiça.⁸¹ Afinal, se é certo que a maioria dos homens tem um senso de justiça, também é correto afirmar que este senso em geral é determinado pela relação com seus próprios interesses.⁸²

A “ilusão da justiça” é uma decorrência da falsa percepção de que os agentes públicos podem, a partir de uma consciência pura, austera e imparcial, refletir os anseios de felicidade dos demais indivíduos para além de uma ordem deliberada ‘e a priori’ estabelecida como regra geral objetiva.⁸³ Neste contexto é que nascem os heróis e os deuses nos quais aqueles que se entendem como os “bem-aventurados” negam a humanidade dos demais. E se lhes negam a humanidade, mais facilmente ainda lhes recusam as garantias de um Estado constitucional – e, para além disso, sentem-se no direito de dizer quem são os bem-aventurados a ingressar na Arca da Salvação e quem serão os malditos a serem condenados à ira divina.⁸⁴

Este fenômeno não é novo. A história tem vários exemplos de heróis justiceiros e moralistas. Paladinos do bem e da justiça! O problema é que, muito comumente, eles se demonstram o oposto de sua imagem santificada. Martinho Lutero “observara que o diabo tentava imitar os heróis vindos de Deus, de modo que era difícil perceber quem era legitimamente um homem heroico”. Entretanto, o pensador completa seu raciocínio de forma escatológica: certos pretendentes a heróis acabam trazendo destruição para si mesmos, “pois quando exaltam a si mesmos tendem a se afastar de Deus”. Em resumo: “a arrogância denuncia os falsos heróis”.⁸⁵ Frase lapidar para ilustrar o tempo presente.

Em uma sociedade patrimonialista, corrupta e dominada tanto pela mídia quanto por castas institucionais, como saber quem deve ser expulso da Arca? Assim

⁸¹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁸² THOMPSON, Edward Palmer. *Senhores e caçadores: a origem da lei negra*. Tradução de Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 354.

⁸³ Em que pese o assunto possua muitas arestas, Hans Kelsen parece ter razão ao demonstrar “que não pode haver uma ordem justa se a felicidade for entendida como felicidade individual, isto é, como sentimento subjetivo que cada um compreende para si mesmo, pois existe a possibilidade de duas pessoas coincidirem no objeto de suas felicidades, de tal modo que a concessão, pela ordem social, do objeto almejado a qualquer um deles implicará a felicidade do escolhido e a infelicidade do preterido. (...) Ao verificar a realidade das relações sociais que é logicamente impossível a uma ordem contentar a todos subjetivamente (satisfazer a felicidade individual de todos os indivíduos), Kelsen conclui que a ordem social justa não é alcançada pela satisfação das felicidades individuais de casa membro subordinado a essa ordem, mas pela satisfação de uma felicidade coletiva. Logo, é a satisfação da felicidade coletiva que dá à ordem social a qualidade de ser justa, ou, em outras palavras, a justiça é a felicidade coletiva garantida por uma ordem social”. SOUZA, Cristiano Silvestrin de. A Crítica de Hans Kelsen ao Conceito de Justiça. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 25 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51767&seo=1>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

⁸⁴ BÍBLIA SAGRADA. *Gênesis*. Capítulos 6 e 7. Disponível em: <<https://www.wordproject.org/bibles/ po/01/6.htm#0>>. Acesso em: 9 out. 2017.

⁸⁵ WINGREN, Gustaf. *A vocação segundo Lutero*. Tradução de Martinho Lutero Hoffman. Canoas: ULBRA, 2006, p. 170.

como não coube a Noé dizer quem detinha o direito de entrada, não deveria caber a nenhum sujeito, por mais inteligente, poderoso ou famoso que seja, ou por maior que seja seu *status* institucional, dizer quais são os direitos atribuíveis aos demais, tendo como critério a sua bondade ou o seu senso de justiça. Desde o rompimento com o absolutismo, a simples detenção dos poderes de um ofício público não legitima mais as autoridades a decidirem conforme sua sabedoria e poder. Todas as suas decisões necessitam ser legitimadas pelos procedimentos e meios utilizados. Na modernidade, não cabe à autoridade julgar os meios que lhe são postos à disposição pelo sistema jurídico, pois só quem é soberano pode decidir sobre os limites do seu próprio poder. E a soberania, no Estado de Direito, é da Lei e não da autoridade – por mais famosa, importante, rica, sábia, justa, eficiente ou linda que seja a autoridade.

Como não estamos no céu nem no inferno, não existem santos nem pecadores por essência ou definição. Como diria Platão, e antes dele Sócrates, e depois dele Hans Kelsen:

Se o absolutamente Bom, juntamente com a justiça que nele se contém ou que dele flui, permanece um segredo inexprimível, então o Estado ideal não pode pôr em perigo a existência do Estado real. E, se o que se pode dizer sobre a essência da justiça não leva senão à fórmula vazia de conteúdo do “a cada um o seu”, pode-se conciliar o direito natural com o direito positivo, tendo-se até mesmo de pressupor a vigência deste. Afinal, somente pressupondo-se a vigência deste direito positivo, definindo o que cabe a cada um – e, portanto, o que é para cada um “o seu” –, é que adquire sentido uma norma que exige única e exclusivamente que a cada um caiba o seu. Para a esfera terrestre, apenas o direito positivo pode ser a concretização de uma justiça cuja expressão – ainda que insuficiente – é o *suum cuique* [a capacidade de dar a cada um o que é seu].⁸⁶

Referências

ABRAMO, Perseu. *Padrões de Manipulação da Grande Imprensa*. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

ALMEIDA FILHO, Agassis. Prefácio. In: VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução de Agassis Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. XVII.

ANJOS, Ana Beatriz. Deputado do PSOL quer atualizar Constituição: “Todo poder não emana do povo, emana de deus”. 10 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/03/>

⁸⁶ KENSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. Tradução de Sérgio Tellaroli. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 504.

- deputado-psol-quer-atualizar-constituicao-todo-poder-nao-emana-povo-emana-de-deus/>. Acesso em: 23 jul. 2016.
- ARGUELHES, Diego Werneck. Ligações perigosas. *Jota*. Disponível em: <<http://jota.info/ligacoes-perigosas>>. Acesso em: 17 jul. 2016.
- BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desvio de poder de ato legislativo: ofensa ao princípio da livre concorrência, ao da defesa do consumidor e ao da igualdade. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 14, n. 10, p. 613-616, out. 1998.
- BARCELLOS, Ana Paula. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BERCOVICI, Gilberto. Revolution through Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40249>.
- BÍBLIA SAGRADA. *Gênesis*. Capítulos 6 e 7. Disponível em: <<https://www.wordproject.org/bibles/po/01/6.htm#0>>. Acesso em: 9 out. 2017.
- BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da Administração Pública. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015.
- BRAGA, Isabel; SOUZA, André de. Eduardo Cunha usou manobra regimental em votação sobre a redução da maioria. *O Globo*. 03 jul. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/eduardo-cunha-usou-manobra-regimental-em-votacao-sobre-reducao-da-maioridade-16647814#ixzz3hbl94DeM>>. Acesso em: 1 ago. 2016.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. Jurisdição constitucional na era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal. *Social Science Research Network*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=>>. Acesso em: 22 jul. 2016.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Enquete sobre Estatuto da Família chega a um milhão de acessos*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/comunicacao/institucional/noticias-institucionais/enquete-sobre-estatuto-da-familia-chega-a-um-milhao-de-acessos>>. Acesso em: 23 jul. 2016.
- CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. *Tolerância e seus limites*: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade. São Paulo: UNESP, 2003.
- CARDUCCI, Michele. *Por um direito constitucional altruísta*. Tradução de Sandra Regina M. Vial, Patrick Lucca da Ros e Cristina L. Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CARDUCCI, Michele; LOGROSCINO, Pierdomenico. *La costituzione e le sue riserve di giustizia*. Lecce: Pensa, 2010.
- CARTA CAPITAL. *Temer: impeachment ocorreu porque Dilma recusou “Ponte para o Futuro”*. Redação. 23 set. 2016. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/temer-impeachment-ocorreu-porque-dilma-recusou-ponte-para-o-futuro>>. Acesso em: 23 jul. 2017.
- CARVALHO, Daniel. Evangélicos e ruralistas aderem a Cunha. *Estadão*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,evangelicos-e-ruralistas-aderem-a-cunha,1620456>>. 15 jan. 2015. Acesso em: 19 jul. 2016.
- CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 167-224, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43660>.

- CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.
- CORVALÁN, Juan Gustavo. Soberanía y Estado Constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 45-71, out./dez. 2015.
- DICHTCHEKENIAN, Patrícia. A intolerância de Donald Trump em 5 atos abomináveis. *Pragmatismo Político*. 24 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/07/a-intolerancia-de-donald-trump-em-5-atos-abominaveis.html>>. Acesso em: 25 jul. 2016.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015.
- DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald (Org.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 5. ed. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FORUM. *Golpe: Ao vivo, Temer confessa que Dilma caiu porque não cedeu à chantagem de Cunha*. Redação. 16 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2017/04/16/golpe-ao-vivo-temer-confessa-que-dilma-caiu-porque-nao-cede-a-chantagem-de-cunha/>>. Acesso em: 23 jul. 2017.
- FRANCE, Anatole. *Os deuses tem sede*. Tradução de Daniela Jinkings e Cristina Muracho. São Paulo: Boitempo, 2007.
- FUJITA, Gabriela; MARCHAO, Talita. 78% dos brasileiros dizem sentir aumento da corrupção, diz Transparência Internacional. *UOL Notícias*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2017/10/09/78-dos-brasileiros-dizem-sentir-aumento-da-corrupcao-diz-transparencia-internacional.htm>>. Acesso em: 9 out. 2017.
- GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GABARDO, Emerson. Mecanismos de Intervención del Estado en Brasil, postmodernidad y la cuestión de la subsidiariedad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 1, n. 2, p. 59-71, jul./dic. 2014.
- GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437.
- GABARDO, Emerson. *Por um Direito público altruísta: crítica ao fenômeno metapositivista e sua impactação nas decisões públicas contemporâneas*. Curitiba, 2015. 189f. Tese (Concurso de Professor Titular). Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.
- HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

- KENSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. Tradução de Sérgio Tellaroli. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- IBDA. *Nota Pública*. Disponível em: <<http://ibda.com.br/noticia/nota-publica>>. Acesso em: 09 out. 2017.
- LIMA, Luciana. Bancada evangélica tenta dar às igrejas poder de questionar Supremo. iG Brasília. 15 jul. 2015. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2015-07-15/bancada-evangelica-tenta-dar-as-igrejas-poder-de-questionar-supremo.html>>. Acesso em: 23 jul. 2016.
- LUTERO, Martinho. *Da autoridade secular: a obediência que Ihe é devida*. Tradução Martin N. Dreher. São Leopoldo: Sinodal, 1979.
- MARIANO, Cynara Monteiro. *Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- McCRACKEN, Grant. *Cultura e consumo: Novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo*. Tradução de Fernanda Eugênio. Rio de Janeiro: Mauad, 2003.
- MEDEIROS, Étore; FONSECA, Bruno. Bíblia, boi e bala: um raio-x das bancadas da Câmara. *Exame*. 18 fev. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/biblia-boi-e-bala-um-raio-x-das-bancadas-da-camara/>>. Acesso em: 21 jul. 2016.
- MENDES, Conrado Hübner. Abomináveis cunhadas. *Estadão*. 14 jul. 2015. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,abominaveis-cunhadas,1724498>>. Acesso em: 23 jul. 2016.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *10 Medidas Contra a Corrupção*. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 9 out. 2017.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.
- MUDANÇAS CLIMÁTICAS. *Mudança no Código Florestal recebe críticas da Casa Civil*. Disponível em: <<http://www.mudancasclimaticas.andi.org.br/content/mudanca-no-codigo-florestal-recebe-criticas-da-casa-civil>>. Acesso em: 23 jul. 2016.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2 ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Para a genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- O DIA. *Senadores aprovam shopping de R\$ 1 bilhão no Congresso*. 29 maio 2015. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2015-05-29/senadores-aprovam-shopping-de-r-1-bilhao-no-congresso.html>>. Acesso em: 1 ago. 2016.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. *O Estado social e democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- REIS, Glícia Thallita Teles. *Um olhar sobre o impeachment e o caso Dilma Rousseff*. Curitiba, 2016. 82f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso). Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.
- REVERBEL, Paula. MBL, ruralistas e evangélicos se unem por agenda liberal. *Folha de S.Paulo*. 2 maio 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1766785-mbl-ruralistas-e-evangelicos-se-unem-por-agenda-liberal.shtml>>. Acesso em: 23 jul. 2016.
- REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Juiz deve considerar contexto social ao conceder benefício do INSS. 9 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-09/juiz-ignorar-laudo-pericial-conceder-beneficios-inss>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

- RIBEIRO, Renato Janine. *A última razão dos reis: ensaios sobre filosofia e política*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Caracterización constitucional de la ética pública (Especial referencia al marco constitucional español). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 67-80, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40248>.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015.
- ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- SALGADO, Eneida Desiree. Essay on the constitutional promises of democracy and republic. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 3. p. 85-100, set./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.54373.
- SALGADO, Eneida Desiree. Os limites explícitos e implícitos aos processos formais e informais de mudança da Constituição: ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 159-176, abr./jun. 2012.
- SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito, autoridade e alteridade: reflexões sobre o direito e o avesso*. Curitiba: Íthala, 2017.
- SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do legislativo ao Judiciário: a Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. 2. ed. México: Fontamara, 1999.
- SILVA, José Afonso. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SCHIER, Paulo. *Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- SCHIER, Paulo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 18 jul. 2016.
- SINDICATO DOS ADVOGADOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Para mídia e Justiça eleitoral, brasileiro não sabe votar*. Disponível em: <<http://www.sasp.org.br/convenios/100-para-midia-e-justica-eleitoral-brasileiro-nao-sabe-votar.html>>. Acesso em: 19 jul. 2016.
- SOUZA, Cristiano Silvestrin de. A Crítica de Hans Kelsen ao Conceito de Justiça. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 25 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51767&seo=1>>. Acesso em: 23 jul. 2016.
- SKINNER, Quentin. *Maquiavel*. Tradução de Maria Lucia Montes. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- STAMMLER, Rudolf. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Tradução de W. Roces. México: Nacional, 1980.
- TÁCITO, Caio. O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 1, n. 1, abr./jun. 2003.
- TAKAHASHI, Fábio. Aprovado: aluno com transtorno reverte reprovação na Justiça. *Folha de S.Paulo*. 14 jul. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2015/07/1655403-aprovado-aluno-com-transtorno-reverte-reprovacao-na-justica.shtml>>. Acesso em: 23 jul. 2016.
- THOMPSON, Edward Palmer. *Senhores e caçadores: a origem da lei negra*. Tradução de Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

WEBER, Max. Os três tipos de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). *Weber*. 7 ed. São Paulo: Ática, 2005.

YACCOUB Hilaine. A chamada “nova classe média”: cultura material, inclusão e distinção social. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, v. 17, n. 36, jun./dez. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Ediar, 1994. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/estructuras-judiciales>>. Acesso em: 24 out. 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i70.847.
