

**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**  
**Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD**  
**Mestrado em Direito**  
**Disciplina: Bases Sociais do Estado Contemporâneo**  
**DIREITO, JUSTIÇA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:**  
**INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO SUPREMO**  
**TRIBUNAL FEDERAL<sup>1</sup>**

**Sumário** 1. *Direito e justiça.* 2. *Positivismo jurídico: Kelsen* 3. *Constituição Federal de 1988: normas e valores.* 4. *Assembléia Constituinte de 1987/1988: antecedentes.* 5. *Filosofia política e justiça social.* 6. *Comunitarismo.* 7. *Concepção liberal de justiça: Rawls.* 8. *Concepção comunitária: Sandel* 9. *Análise comparativa* 10. *Jurisdição constitucional.* 11. *Precedente do STF: HC nº 97.256-RS* 12. *Votos proferidos.* 13. *Aplicação da norma jurídica.* 14. *Individualização da pena e justiça.*

## **RESUMO**

As noções de direito e justiça frequentemente se confundem. Tomando como referencial as idéias de Kelsen, o texto procura apartar ambos os conceitos, de sorte a estabelecer o que se entende pela atividade de aplicação do direito. Atento à essa distinção e tendo em vista as diferentes concepções de justiça (liberal e comunitária), passa à análise de julgado do Supremo Tribunal Federal que discutiu a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos a condenados pelo delito de tráfico de entorpecentes.

---

<sup>1</sup> Trabalho de conclusão da disciplina Bases Sociais do Estado Contemporâneo, ministrada sob a responsabilidade do Professor Dr. Luiz Eduardo Abreu, Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), primeiro semestre de 2011.

As noções de direito e justiça não são coincidentes. O senso comum e o linguajar usual dos profissionais do direito têm ambas as expressões como sinônimas. Diz-se, assim, que determinado Órgão Judiciário, ao decidir uma demanda, “fez justiça às partes”. Os tribunais que diuturnamente apreciam conflitos de interesses são qualificados como “tribunais de justiça”. A correta aplicação do direito, *rectius*, da lei, é identificada como a realização da “justiça no caso concreto”.

O direito constitui uma “... técnica social específica de uma ordem coercitiva (...) técnica social que consiste em ocasionar a conduta social desejada dos homens por meio da ameaça de coerção no caso de conduta contrária. (...) A sanção é a reação da ordem – ou a reação da comunidade constituída pela ordem – aos malfeitores. O indivíduo que executa a sanção atua como um agente da comunidade social. (...) O Direito é uma organização da força”.<sup>2</sup>

Justiça, valendo-me uma vez mais de Kelsen, “... é, antes de tudo, uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social. (...) O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade”.<sup>3</sup> Em verdade, “... nenhuma ordem social poderá compensar totalmente as injustiças da natureza. (...) A felicidade capaz de ser garantida por uma ordem social só o é num sentido objetivo-coletivo, nunca num sentido subjetivo individual”.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. **O Direito como técnica social específica**. In: O que é justiça? Trad. Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp. 230-231.

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. **O que é justiça?** In: O que é justiça? Trad. Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1977, p. 02.

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. Ob cit., p. 03.

2. Ao desenvolver sua Teoria Pura do Direito, Kelsen identifica como comunidade um conjunto de pessoas que mantêm entre si relações determinadas pelo Direito. Repelindo a concepção contratual do Estado, baseada na ficção do contrato social, identifica-o com uma comunidade jurídica.<sup>5</sup>

(Estado) é a ordem jurídica da qual dizemos, de maneira não perfeitamente correta, que constitui a comunidade. (...) Nem toda ordem jurídica é um Estado. Apenas uma ordem jurídica relativamente centralizada é denominada Estado. A personificação dessa ordem jurídica é o Estado como pessoa atuante. Tomar essa figura de linguagem literalmente, hipostasiar-se a personificação e então falar do Estado como uma coisa diferente de “sua” ordem jurídica, imaginar o Estado como a autoridade, comunidade ou poder por trás do Direito – exatamente como Hélios era imaginado por trás do sol, Selene por trás da lua – e tornar o Estado o Deus do Direito: esta é a relíquia do animismo na jurisprudência e na teoria política, a qual a Teoria Pura do Direito tenta eliminar porque conduz a problemas falsos e tautologias vazias.<sup>6</sup>

A tarefa da Teoria Pura do Direito, em conseqüência, “... limita-se a uma análise estrutural do Direito positivo, baseada em um estudo comparativo das ordens sociais que efetivamente existem e existiram historicamente sob o nome de Direito”.<sup>7</sup> Por Direito positivo entende “... uma ordem por meio da qual a conduta humana é regulamentada de uma maneira específica. (...) Apenas normas – estipulações quanto a como os indivíduos devem conduzir-se – são objeto da jurisprudência, nunca a conduta efetiva dos indivíduos”.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Direito, Estado e justiça na teoria pura do direito**. In: O que é justiça? Trad. Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1977, pp. 287-291.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 290.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 291.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. **A Teoria Pura do Direito e a jurisprudência analítica**. In: O que é justiça? Trad. Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1977, p. 262.

Proclama-se “pura” porque “... procura excluir da cognição do Direito positivo todos os elementos estranhos a este. Os limites deste objeto e de sua cognição devem ser claramente fixados em dois sentidos: a ciência específica do Direito, a disciplina geralmente denominada jurisprudência, deve ser distinguida da filosofia da justiça, por um lado, e da sociologia, ou cognição da realidade social, por outro”.<sup>9</sup>

Uma concepção de direito assim estabelecida, pondo a parte qualquer consideração quanto à justiça (ou não) da norma jurídica, procurando afastar do conceito de direito a idéia da justiça, característica do modelo kelseniano, constitui o paradigma sobre o qual estrutura-se o direito brasileiro, sendo a principal ferramenta da qual se servem seus aplicadores. A exaustão deste paradigma ou sua inadequação, matéria objeto de acessa discussão<sup>10</sup>, transparece das normas inscritas na Constituição Federal de 1988.

3. A Constituição Federal de 1988 tem o sistema de direitos fundamentais como seu núcleo básico, por isso que afirmou ser a dignidade da pessoa humana – então tida como tradução daquele sistema - como um de seus fundamentos (CF art. 1º, III). A realização dos objetivos explicitados no art. 3º da Carta Política a pressupõe.

Trata-se de um valor essencial que dá unidade de sentido ao texto da Lei Maior. Toma-se por empréstimo, a esse respeito, a lição

---

<sup>9</sup> Kelsen, Hans. **A Teoria Pura do Direito e a jurisprudência analítica**. In: O que é justiça? Trad. Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1977, p. 261.

<sup>10</sup> Acerca da exaustão do modelo juspositivista, consulte, dentre outros: FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

de Paulo Bonavides, quando recorda que “... constitucionalizados, os princípios se tornam fundamento de toda a ordem jurídica e critério de interpretação do próprio texto constitucional”.<sup>11</sup>

A Lei Fundamental, nesse sentido, é tida como sustentando, em seu corpo normativo, um sistema de valores. O cumprimento de seus princípios fundamentais não prescinde da realização daquelas diretrizes axiológicas, as quais condicionam toda a hermenêutica constitucional. O processo de compreensão do sentido das normas constitucionais, destarte, alcança “... procedimentos próprios da análise e da ponderação de valores”.<sup>12</sup>

4. O exame dos trabalhos que antecederam a instalação da Assembléia Constituinte de 1987 revela a influência das ideias dos constitucionalistas “comunitários” brasileiros<sup>13</sup>, seja considerando os trabalhos realizados no âmbito da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (“Comissão Arinos”), seja na elaboração por José Afonso da Silva de seu anteprojeto de Constituição.

Esses documentos, que exerceram decisiva influência nos trabalhos da Assembléia Constituinte de 1987, incorporaram conceitos caros ao constitucionalismo dito “comunitário”. Gisele Cittadino cita

---

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 261.

<sup>12</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Constituição de 1988. Legitimidade, vigência e eficácia normativa** (em colaboração com Maria Helena Diniz e Ritinha A. Stevenson Georgakilas). São Paulo: Atlas, 1989, p. 11.

<sup>13</sup> São citados como integrantes deste grupo, José Afonso da Silva, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fabio Konder Comparato, Eduardo Seabra Fagundes, Dalmo de Abreu Dallari e Joaquim de Arruda Falcão Neto. *In*: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 23.

três temas fundamentais: (i) consagração de princípios constitucionais, definindo o Brasil como Estado Democrático de Direito, cujo objetivo aponta para a “dignidade dos brasileiros” (anteprojeto José Afonso) ou a “promoção da pessoa” (Comissão Arinos); (ii) elaboração de exaustivo e completo sistema de direitos constitucionais; (iii) caracterização do Supremo Tribunal Federal “... como órgão de caráter político, que atue no sentido de zelar para que o processo de elaboração legislativa ocorra sob as condições legitimadoras de uma política deliberativa”.<sup>14</sup>

5. A moderna filosofia política aponta, no entendimento de José Eduardo Faria,<sup>15</sup> quatro correntes teóricas principais dedicadas à compreensão do papel do Estado e do lugar reservado à liberdade individual. Os (i) libertários caracterizam-se por circunscrever a atividade do Estado à esfera da proteção do patrimônio (propriedade) e da liberdade individual. Ações de justiça social são descartadas *prima facie*, pois comprometem a liberdade individual. Dentre seus teóricos estão Robert Nozick e Friedrich Hayek. Os (ii) liberais contratualistas (John Rawls e Ronald Dworkin) enxergam a sociedade como uma combinação entre a afirmação de identidades e a sucessão de conflitos decorrentes das distintas concepções individuais acerca do bem e da vida digna. Os (iii) comunitaristas (Michael Walzer, Charles Taylor, Michael Sandel e Alasdair MacIntyre) dirigem sua atenção ao fato de que toda sociedade há de ser compreendida à luz de suas vicissitudes históricas, elemento que condiciona igualmente a criação e aplicação das regras de

---

<sup>14</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 39

<sup>15</sup> Prefácio à obra de Gisele Cittadino.

justiça social. Os (iv) críticos-deliberativos (Habermas) indicam que os valores normativos modernos somente podem ser apreendidos por meio de leituras intersubjetivas. Somente a razão comunicativa, operando dentro dos espaços públicos, permite a obtenção de “acordos sem constrangimentos”.

6. Na formação de nossa Lei Fundamental triunfou a posição comunitarista. O constitucionalismo comunitário confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humanas. Trata-se de ter a Constituição “... como uma estrutura normativa que envolve um *conjunto de valores* (...). O objetivo primordial da constituição é a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade”.<sup>16</sup>

A Carta Política, antes de ser considerada como um sistema fechado de garantias da autonomia privada, é tida como uma constituição aberta, a qual repercute os valores do ambiente sociocultural da comunidade. Esses valores são postos em evidência pela participação de novos atores (associações, partidos políticos, entidades de classe) no processo político comunitário. Opera-se, destarte, “... o alargamento do círculo de intérpretes da constituição, (...) democratizando o processo interpretativo – na medida em que ele se torna aberto e público – e, ao mesmo tempo, concretizando a constituição”.<sup>17</sup>

O constitucionalismo “comunitário”, calcado no binômio dignidade humana-solidariedade social, ultrapassa, segundo seus representantes, a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar às liberdades positivas. Uma visão comunitária da liberdade

---

<sup>16</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 16 – grifos do original.

<sup>17</sup> CITTADINO, Gisele. Ob. cit., p. 19.

positiva limita e condiciona em prol do coletivo a esfera da autonomia individual.<sup>18</sup>

São concebidos, como meios para concretizar o sistema de direitos constitucionais, um sem número de instrumentos (*verbi gratia*, o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo, o direito de petição aos poderes públicos). Intenta-se, assim, dar efetividade ao sistema de direitos fundamentais, pondo-o a salvo das omissões do poder público.

Passando em revista o texto da Constituição Federal de 1988, identifica-se a opção comunitária logo em seu preâmbulo, o qual menciona como valores supremos os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar; o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como os valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Há que se considerar, em acréscimo, a postulação do art. 1º, III da Lei Maior (dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro).

Outra evidência apresentada pela Lei Fundamental de adoção do ideal comunitário é a consagração de uma democracia participativa, seja mediante a via representativa, seja por via direta do cidadão. Daí porque não se revela desprovida de significado a afirmação de ter a Constituição de 1988 adotado a ideia de uma “comunidade de intérpretes”, revelando, por um lado, ser um ato normativo aberto e, por outro, conter a previsão de diversos mecanismos que asseguram a manifestação daqueles

---

<sup>18</sup> CITTADINO, Gisele. Ob. cit., p. 17.

atores (além dos já mencionados, a ação popular e a denúncia de irregularidades ou ilegalidades dirigida ao TCU).

7. A concepção liberal de justiça, com suas necessárias implicações na atuação do Estado e na conformação da esfera da liberdade individual dos cidadãos, encontra em John Rawls um de seus principais teóricos.<sup>19</sup>

Sustenta que os princípios fundamentais para uma teoria da justiça são fixados pelos cidadãos quando se encontram na “posição original”. Por “posição original” compreende a situação em que residem os indivíduos quando da estipulação dos princípios de justiça que governarão sua vida em sociedade. É definida como uma posição em que as partes envolvidas apresentam-se sob o “véu da ignorância”, não tendo qualquer informação que lhes permitam identificar a futura conformação da sociedade que integrarão nem, tampouco, a posição que nela ocuparão. Não têm, outrossim, informação sobre as diversas circunstâncias pelas quais possam ser distribuídos os bens socialmente valiosos (nem qual a escala de valores a ser aplicada àqueles bens). Desconhecem qual seja sua concepção de vida boa. Os indivíduos que se encontram na posição original são racionais, possuem uma concepção sobre os bens (preferirão, entre as diversas alternativas possíveis, aquela na qual terão acesso a uma maior quantidade de bens essenciais). Detêm, igualmente, conhecimento sobre fatos gerais relacionados à sociedade humana, isto é, compreendem os princípios básicos de organização social e as leis da psicologia humana; conhecem os princípios de teoria econômica. Numa

---

<sup>19</sup> Recorrerei, neste estudo, à obra que encerra o pensamento de Rawls sobre filosofia política e as questões que lhe são próximas: RAWLS, John. **A theory of justice**. 1ª ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971.

tal posição, em absoluta igualdade, as partes encontram-se em condições de esboçar uma frutífera teoria da justiça.<sup>20</sup>

Distingue, por outro lado, os conceitos de justiça formal e justiça substantiva, para asserir ser a primeira caracterizada pela aplicação imparcial e consistente (estável) de normas e instituições, esboçadas a partir de princípios gerais que estabelecem os direitos e liberdades fundamentais e os critérios de divisão entre os indivíduos das vantagens obtidas pela cooperação social. Traduz-se numa adesão a princípios, numa obediência a um dado sistema. Considerada sob a perspectiva do direito, trata-se de um dos corolários do império da lei ("the rule of law"), assegurando a satisfação das expectativas legítimas dos cidadãos quanto à aplicação coerente das normas jurídicas, sem distinções outras que não as contidas nas próprias disposições legais. Justiça formal, assim entendida, não é sinônimo de justiça substantiva, embora exclua injustiças significativas. Há, contudo, relação de dependência entre o desejo por justiça formal (por obediência a um sistema) e a justiça substantiva (material) das instituições e a possibilidade de sua reforma (de modo a se adequar ainda mais ao ideal de justiça). A disposição por assegurar o império da lei, por honrar expectativas legítimas concernentes à aplicação das normas legais (justiça formal), frequentemente anda de mãos dadas com a justiça substantiva. O desejo de seguir as regras de forma imparcial e consistente, de tratar da mesma forma casos semelhantes e de aceitar as consequências dessa atitude (justiça formal), está em íntima conexão com a disposição de reconhecer os direitos e liberdades dos

---

<sup>20</sup> RAWLS, John. **A theory of justice**. 1ª ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971, pp. 17-21 e 136-161.

indivíduos e de repartir com equidade os benefícios advindos da cooperação social (justiça substantiva).<sup>21</sup>

Os indivíduos assim compreendidos, isto é, na “posição original”, operando sob o “véu da ignorância”, estabelecem, segundo Rawls, os dois princípios fundamentais da teoria da justiça, a saber, o princípio da igualdade e o princípio da diferença.

I shall now state in a provisional form the two principles of justice that I believe would be chosen in the original position. (...) The first statement of the two principles reads as follows. First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone’s advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.<sup>22</sup>

Adiante, Rawls afirma que os princípios informadores de sua teoria da justiça constituem uma especificação de uma concepção mais geral do que seja justiça, a saber:

All social values – liberty and opportunity, income and wealth, and the bases of self-respect – are to be distributed equally unless an unequal distribution of any, or all, of these values is to everyone’s advantage. Injustice, then, is simply inequalities that are not to the benefit of all.<sup>23</sup>

8. A concepção comunitarista de justiça, conforme se extrai da exposição de Michael Walzer,<sup>24</sup> refuta a posição de Rawls, por isso que a tem como uma mera hipótese, um modelo de justiça que se pretende universal, mas que não é encontrado em lugar nenhum. Por não encontrar

---

<sup>21</sup> RAWLS, John. **A theory of justice**. 1ª ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971, § 10, pp. 58-60.

<sup>22</sup> RAWLS, John. Ob. cit., p. 60, *in fine*.

<sup>23</sup> RAWLS, John. Ob. cit., p. 62.

<sup>24</sup> A exposição das ideias de Michael Walzer far-se-á a partir da obra **Spheres of justice: a defense of pluralism and equality** (United States of América: Basic Books, 1983).

utilidade em concepções deste tipo, Walzer propõe-se a descrever uma sociedade onde a distribuição dos bens se dê, concretamente, de forma tal que não importe em meio de dominação. Seu escopo, afirma, não é o de conceber uma utopia ou um modelo ideal de justiça. Tem algo menos pretensioso em mente. Lança-se a desenvolver um argumento radicalmente particularista ("radically particularist"), que parte de interpretações das escolhas feitas por determinada comunidade (situada no tempo e no espaço, i.e., historicamente situada) na jornada rumo à realização da justiça social (justiça distributiva). Daí a pluralidade de critérios que orientam, nas diversas esferas da sociedade (política, econômica, social, religiosa), a distribuição de bens. Esses critérios são dissonantes, na medida em que são distintas as diversas concepções de bens (noções quanto ao valor, quanto à maior ou menor imprescindibilidade ou quanto à precedência destes bens).<sup>25</sup>

Refletindo sobre o sentido do contrato social, Walzer afirma que não se trata de uma avença hipotética ou ideal tal como a concebida por Rawls. É que as escolhas feitas por homens e mulheres racionais na posição original, sustenta, sem qualquer conhecimento acerca da posição social que ocuparão (sob o "véu da ignorância"), não são de muita serventia quando contrastadas com as escolhas posteriores, formuladas por aqueles mesmos homens e mulheres, conscientes da posição social que ocupam e atentos aos seus próprios interesses. Walzer concorda com Rawls, ao admitir que aquela escolha (realizada na posição original) tende a afirmar uma igualitária distribuição dos bens (de qualquer bem - princípio da

---

<sup>25</sup> WALZER, Michael. *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*. United States of America: Basic Books, 1983, p. xiv.

igualdade). Não crê, contudo, que, despido o "véu da ignorância", tais escolhas persistam sendo formuladas sob idêntico critério. Argumenta que o próprio conceito de distribuição justa é socialmente construído, vale dizer, é forjado segundo a herança cultural, histórica de cada comunidade. Prefere a idéia de contrato social que aponta para uma união de pessoas que formam uma comunidade, a fim de enfrentar as dificuldades e perigos que, de outra sorte (isto é, sozinhos), não poderiam ser suportados. Nesse sentido, constitui uma regra básica daquela avença a invocação pelos indivíduos de uma assistência comunitária, sempre que se depararem com os perigos ou dificuldades precedentemente referidos. Como a necessidade de auxílio comunitário varia de indivíduo para indivíduo (em razão da situação particular que ostentam), o tipo de assistência social reclamada modifica-se ao longo do tempo e do espaço.<sup>26</sup>

9. Cotejando ambas as concepções de justiça, tenho que o objetivo de Rawls é o de fornecer uma fundamentação racional para a teoria da justiça que descreveu, afirmando sua universalidade (em relação às democracias liberais). Walzer preocupa-se menos com a identificação de um fundamento e mais com a descrição da justiça social "tal como ela é", isto é, tal como ela se apresenta nos diversos países (nem todos, necessariamente, democracias liberais). Rawls preocupa-se mais com a objetividade, Walzer com a solidariedade.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup>WALZER, Michael. **Spheres of justice: a defense of pluralism and equality**. United States of America: Basic Books, 1983, pp. 79-80.

<sup>27</sup> Uso os termos "objetividade" e "solidariedade" na acepção que lhes deu Richard Rorty no trabalho intitulado *Solidariedade ou objetividade?* Neste texto, comparando as concepções de verdade acolhidas pelos realistas – verdade como correspondência à realidade – e pelos pragmatistas – verdade como "o que é bom para nós acreditarmos" -, Rorty descreve o desejo por objetividade como significando a

Walzer descreve a sociedade a partir de suas (sociedades) próprias valorações, com esferas de justiça sujeitas a regras nem sempre coincidentes, já que não é razoável esperar significativa coincidência na valoração social dos mesmos bens em sociedades distintas. Rawls estabelece um modelo, uma hipótese, sem a preocupação de descrever uma determinada sociedade. Seu esforço argumentativo volta-se a demonstrar o acerto do modelo que concebe para ancorar sua teoria de justiça. Walzer não tem essa preocupação (a de esboçar um modelo). Intenta descrever sociedades e demonstrar como nelas funciona a "administração" da justiça. É certo que, para tanto, não pode prescindir de conceitos, os quais aplica às sociedades que examina. Esses conceitos, contudo, não dão azo a um modelo ou à uma teoria de justiça. São categorias que utiliza para explicar a justiça ou a injustiça das sociedades que examina.

10. O debate acerca da noção de justiça assume especial importância em nosso país, seja por força das normas constitucionais que expressamente consagram alguns de seus postulados, seja em razão do sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Lei Maior.

O conceito de justiça que se extrai dos arts. 1º e 3º da Constituição Federal convive com desigualdades entre as pessoas (desigualdades materiais). Nesse sentido, aproxima-se daquilo que Walzer

---

crença de que a racionalidade é uma aplicação de critérios (cientificismo), ao passo que o anseio por solidariedade significa pensar o progresso humano como possibilitando para os seres humanos a realização de coisas mais interessantes e a transformação de si mesmos em pessoas mais interessantes, não como seguindo em direção a um lugar que precisa de algum modo ter sido preparado antecipadamente para a humanidade. RORTY, Richard. *Solidariedade ou objetividade?* In: **Objetivismo, relativismo e verdade. Escritos filosóficos. Vol. I.** Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997, pp. 37-53. Versão do mesmo texto foi publicada na Revista Novos Estudos CEBRAP, número 36, julho de 1993 – <http://novosestudos.uol.com.br/> (acesso em 31 de janeiro de 2012).

denomina de "igualdade complexa".<sup>28</sup> A justiça convive, na Lei Fundamental de 1988, com a livre iniciativa (art. 1º, IV) e com desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III). Sua realização importa na erradicação da pobreza (art. 3º, III) e no desenvolvimento nacional (art. 3º, II). Trata-se de um conceito que abraça as conquistas do liberalismo político (art. 1º, II, III, IV e V) e econômico (art. 1º, IV).

A jurisdição constitucional, entendida como atividade cujos parâmetros hermenêuticos, ao contrário de seu modelo clássico (marcado pela interpretação exegética e positivista das normas infraconstitucionais), apontam para o reconhecimento da normatividade de princípios e dos valores expressamente recepcionados no texto da Constituição (ou nos documentos fundamentais de um ordenamento jurídico),<sup>29</sup> é confiada, precipuamente, ao Supremo Tribunal Federal, a quem cabe exercer o controle concentrado da constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais (CF art. 102, I, **a**). Tanto não exclui a atuação dos órgãos judiciais inferiores (juízes e tribunais), quando, para a solução do caso concreto, necessitarem afastar a aplicação de lei ou ato normativo federal ou estadual em descompasso com a Lei Fundamental (CF art. 102, III, **b**, **c** e **d**). Segue-se daí a ampla (difusa) possibilidade dos princípios e valores constitucionais, uma vez reconhecidos nas diversas instâncias judiciais (especialmente nas ordinárias), permearem a interpretação e aplicação das leis

---

<sup>28</sup> WALZER, Michael. **Spheres of justice: a defense of pluralism and equality**. United States of America: Basic Books, 1983, pp. 17-20. "The regime of complex equality is the opposite of tyranny. It establishes a set of relationships such that domination is impossible. In formal terms, complex equality means that no citizen's standing in one sphere or with regard to one social good can be undercut by his standing in some other sphere, with regard to some other good" (p. 19, *in fine*).

<sup>29</sup> FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 11, início.

e demais atos normativos (decretos, portarias, instruções normativas, resoluções).

11. Tendo isso em mente, passar-se-á à exposição e análise do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no habeas corpus nº 97.256-RS,<sup>30</sup> quando se discutiu a constitucionalidade de disposições incluídas na Lei nº 11.343, de 23.08.2006,<sup>31</sup> impeditivas da aplicação, aos condenados pelos delitos de tráfico de entorpecentes, de penas restritivas de direitos em substituição à pena privativa de liberdade. Intentar-se-á demonstrar como a compreensão dos Ministros da Suprema Corte acerca do valor justiça assumiu papel preponderante, inclusive para elidir raciocínios primariamente amparados na exegese da legislação de regência da matéria.

A questão de direito então discutida diz respeito à compatibilidade (ou não) com o sistema constitucional, especialmente com a regra que assegura a individualização da pena (CF art. 5º, XLVI),<sup>32</sup> dos artigos 33, § 4º e 44, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.<sup>33</sup> Indaga-se sobre a possibilidade,

---

<sup>30</sup> STF, Habeas Corpus nº 97.256-RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Ayres Britto, maioria, DJe de 15.12.2010.

<sup>31</sup> Lei que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

<sup>32</sup> “CF art. 5º, XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.”

<sup>33</sup> Lei nº 11.343/2006: “Art. 33 § 4º. Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º, deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

“Art. 44, *caput*: Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”

à luz do texto constitucional vigente, da exclusão apriorística da substituição da pena de prisão por penas restritivas de direito em determinado tipo de delito,<sup>34</sup> rompendo-se com o sistema de vedação geral previsto no art. 44, do Código Penal.<sup>35</sup>

12. A maioria do Tribunal decidiu-se pela inconstitucionalidade da vedação<sup>36</sup>. O voto condutor da posição majoritária, proferido pelo Ministro Ayres Britto, registrou que, embora a previsão constitucional atinente à individualização da pena não prescindia da interposição legislativa, não se admite possa a lei ordinária nulificar “... o núcleo semântico” da regra.<sup>37</sup> Pontuou, em seguida, ser o processo de individualização da pena trifásico – cominação legal do delito e da pena/aplicação em concreto/execução penal -, consistindo num “... caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado. (...) Daqui se deduz que a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, se afigurar como

---

<sup>34</sup> As normas alcançam os crimes de tráfico de substância entorpecente; fabricação, guarda ou comercialização de percussores químicos – insumos para a fabricação de entorpecentes; associação para a prática dos ilícitos precedentemente nominados; financiamento das referidas atividades e colaboração com grupo, organização ou associação dedicada ao cometimento de quaisquer dos crimes anteriores

<sup>35</sup> “CP Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.”

<sup>36</sup> O resultado final do julgamento, concluído em 1º de setembro de 2010, indica que compuseram a corrente majoritária os Ministros Ayres Britto (relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Celso de Mello. Votaram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Carmem Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio.

<sup>37</sup> Acórdão, p. 133. STF, Habeas Corpus nº 97.256-RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Ayres Britto, maioria, DJE de 15.12.2010. As referências, doravante, indicarão apenas as páginas do acórdão.

expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação (mandado de otimização, diria Ronald Dworkin) de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto – porque não dizer? – a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional”.<sup>38</sup> Trata-se do “... permanente esforço do juiz para conciliar segurança jurídica e **justiça material**”.<sup>39</sup> Conclui que a lei penal pode estipular condições para se operar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Contudo, “... **lhe é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória**”.<sup>40</sup>

Recorda a jurisprudência do STF acerca da garantia da individualização da pena, tomando-a como uma norma “... que opera como inafastável elemento de contenção do poder de legislar. Não como uma mera orientação geral ao legislador ordinário”.<sup>41</sup> Sustenta que, em se tratando de crimes hediondos e equiparados a hediondos (CF art. 5º, XLIII)<sup>42</sup>, as restrições previstas na norma constitucional como aplicáveis àqueles incursos nas disposições da Lei nº 8.072/90 não podem ser ampliadas pela lei ordinária, tal como fez a Lei nº 11.343/2006. Constituem limites que não podem ser ultrapassados pelo legislador. Em sede de normas restritivas de direitos

---

<sup>38</sup> Acórdão, pp. 134 e 135.

<sup>39</sup> Acórdão, p. 136, grifos nossos.

<sup>40</sup> Acórdão, p. 137, grifos do original.

<sup>41</sup> Acórdão, p. 144.

<sup>42</sup> “CF art. 5º XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

fundamentais, o legislador deve buscar na Lei Maior a justificativa para as restrições que engendra.<sup>43</sup>

Integrando a corrente majoritária, o Ministro Gilmar Mendes acentuou que a disposição legal impeditiva da substituição da pena nos casos de tráfico de drogas viola o princípio da proporcionalidade (trata-se de medida desnecessária) e demonstra "... falta de cuidado por parte do legislador na fixação de limites do direito fundamental à individualização da pena (caráter arbitrário da norma)".<sup>44</sup>

O Ministro Cezar Pelluso, votando com a maioria, afirmou a inconstitucionalidade das disposições legais examinadas, ao fundamento de que "... a lei não pode, sem alterar todo o sistema, impedir a escolha judicial pela só referência à natureza do crime. Por quê? Porque a natureza do crime não compõe o âmbito dos critérios de individualização da pena".<sup>45</sup>

O Ministro Celso de Mello, em voto que integrou a maioria, pôs em destaque a inconstitucionalidade da norma, porquanto o legislador não pode excluir, de forma apriorística, a possibilidade de substituição da prisão por penas restritivas de direito, amparado na gravidade abstrata do delito perpetrado. Sustenta que tal proceder violenta o princípio constitucional da individualização da pena.<sup>46</sup> Recorda que a culpabilidade há de ser aferida concretamente, a fim de se chegar à reprimenda razoável. Indica

---

<sup>43</sup> Acórdão, pp. 147/148.

<sup>44</sup> Acórdão, p. 178.

<sup>45</sup> Acórdão, p. 186.

<sup>46</sup> Acórdão, p. 201.

que esse trabalho deve ser feito pelo juiz, a quem cabe sopesar as circunstâncias do caso concreto.<sup>47</sup>

Alude ao magistério de Paulo Queiroz,<sup>48</sup> quando identifica na vedação legal (referindo-se aos arts. 44 e 33, § 4º, parte final, da Lei nº 11.343/2006) ofensa ao princípio da isonomia, pois “... não parece justo ou razoável, nem conforme aos princípios de proporcionalidade, individualização da pena e isonomia, que o juiz, ao condenar o réu ao crime de tráfico à pena não superior a quatro anos, não possa substituí-la (...) mesmo porque **a missão do juiz já não é mais, como no velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sujeição à lei enquanto válida, isto é, coerente com a Constituição**”.<sup>49</sup>

Afirma que o poder público, especialmente em sede penal, “... **não** pode agir **imoderadamente**, pois a atividade estatal, **ainda mais** em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente **condicionada** pelo princípio da razoabilidade”.<sup>50</sup> Alude ao princípio da proporcionalidade como meio de controle da razoabilidade da atuação legislativa do Estado (CF art. 5º, LV).<sup>51</sup> Nesse sentido, recorda que a jurisprudência do STF já assentou, por mais de uma vez, que “... o Legislativo **não pode** atuar de maneira imoderada,

---

<sup>47</sup> Acórdão, pp. 202-205.

<sup>48</sup> QUEIROZ, Paulo. **Vedação de pena restritiva de direitos na nova lei de drogas**. Texto publicado em <http://pauloqueiroz.net/vedacao-de-pena-restritiva-de-direitos-na-nova-lei-de-drogas/> (acesso em 10 de fevereiro de 2012).

<sup>49</sup> Acórdão, p. 206, grifos nossos.

<sup>50</sup> Acórdão, p. 206, grifos do original.

<sup>51</sup> “CF art. 5º LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

**nem formular** regras legais cujo conteúdo revele deliberação **absolutamente divorciada** dos padrões de razoabilidade”.<sup>52</sup>

Nessa linha de raciocínio, prossegue, *verbis*:

**Coloca-se em evidência**, neste ponto, **o tema** concernente ao **princípio da proporcionalidade**, que se qualifica – **enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais** (...) – **como postulado básico de contenção** dos excessos do Poder Público. (...) **o princípio da proporcionalidade** visa **a inibir e a neutralizar** o abuso do Poder Público **no exercício** das funções que lhe são inerentes, **notadamente** no desempenho da atividade de caráter legislativo. **Dentro dessa perspectiva**, o postulado em questão, **enquanto** categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, **atua** como verdadeiro parâmetro de aferição **da própria constitucionalidade material** dos atos estatais. **Isso significa**, **dentro da perspectiva** da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, **que este não dispõe** de competência para legislar **ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando**, com o seu comportamento institucional, **situações normativas de absoluta distorção e**, até mesmo, **de subversão** dos fins que regem o desempenho da função estatal.<sup>53</sup>

Conclui seu voto, afirmando ser digna de censura pelo Supremo Tribunal Federal o impedimento apriorístico à substituição da pena de prisão por penas restritivas de direitos, em se tratando de condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes, na forma com que estipulado nos arts. 33, § 4º e 44, da Lei nº 11.343/2006. É que “... **o legislador não pode substituir-se ao juiz** na aferição casuística da existência, ou não, **da possibilidade, em cada** situação concreta, da conversão da pena privativa de liberdade em sanção penal alternativa”.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Acórdão, p. 207, grifos do original.

<sup>53</sup> Acórdão, pp. 207-209, grifos do original.

<sup>54</sup> Acórdão, p. 210, grifos do original.

A corrente minoritária contou com os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Carmem Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio.<sup>55</sup> O Ministro Joaquim Barbosa, cujo voto inaugurou a divergência, asseverou que o Código Penal, ao prever a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, fixou impedimentos, alguns dos quais absolutos (*exempli gratia*, a impossibilidade de serem substituídas penas de prisão aplicadas pela prática de crimes cometidos com emprego de violência ou grave ameaça – CP art. 41, I). Restrições deste tipo, em momento algum, foram tidas por inconstitucionais, seja diante do postulado da individualização da pena, seja por força do princípio da proporcionalidade.<sup>56</sup>

Conclui, afirmando que “... a vedação à substituição da pena nos crimes de **tráfico de drogas** está de acordo com a **Constituição e a realidade social brasileira**, não prejudicando **uma individualização justa, equânime e adequada da pena cabível nesses crimes, de acordo com o caso concreto** – dossimetria da pena, progressão de regime, liberdade condicional, etc”.<sup>57</sup>

A Ministra Ellen Gracie acrescentou aos argumentos expostos a ponderação, segundo a qual “... nenhuma inconstitucionalidade existe, pois não se fere a individualização da pena. Cuida-se de **política**

---

<sup>55</sup> Quando da conclusão do julgamento, o Supremo Tribunal Federal encontrava-se com sua formação incompleta, por força da aposentadoria do Ministro Eros Grau.

<sup>56</sup> Acórdão, pp. 158-162.

<sup>57</sup> Acórdão, pp. 170-171, grifos do original.

**criminal** do Estado, buscando dar tratamento mais rigoroso ao traficante, mas sem padronização de penas”.<sup>58</sup>

O Ministro Marco Aurélio sustentou a constitucionalidade da norma *sub examine*, ao fundamento de que a Constituição Federal se autolimitou, asseverando ser o tráfico ilícito de entorpecentes, juntamente com os crimes hediondos e o terrorismo, delitos inafiançáveis. Daí deduziu que, em havendo flagrante, não caberá liberdade provisória. Ora, concluiu, se o acusado pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, preso em flagrante, responde a todo o processo preso, não faz sentido algum permitir possa ser posto em liberdade, após condenação (efeito prático da admissão da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito). Trata-se de **política normativa** que entende deva ser acatada.<sup>59</sup>

13. A decisão do Supremo Tribunal Federal no caso em exame retrata o dilema com que atualmente se defrontam os profissionais do direito. O que significa aplicar a lei? O significado da lei deve ser extraído (primariamente) de seu texto ou pode o intérprete, por vezes, abandoná-lo, ao fundamento de que somente assim realizará os valores subjacentes ao ordenamento jurídico? Em sede de jurisdição constitucional, qual o peso que se deve conferir aos valores (aos princípios e diretrizes) expressamente albergados na Carta Política? Há uma concepção de justiça pressuposta pelo constituinte e que deve, uma vez identificada, permear a compreensão das demais normas jurídicas?

---

<sup>58</sup> Acórdão, p. 182, grifos nossos.

<sup>59</sup> Acórdão, pp. 183-185.

O positivismo kelseniano, conforme se teve ocasião de expor,<sup>60</sup> procura separar direito e justiça, norma e valor, de sorte que a cognição daquela se faça a parte de considerações axiológicas. Não prescinde, contudo, do apelo à Lei Fundamental, do recurso à Constituição como fundamento sobre o qual repousam todas as outras normas.<sup>61</sup> Tendo a Constituição Federal estipulado, como seus princípios fundamentais (arts. 1º a 4º), postulados tais como a da dignidade da pessoa humana, pluralismo político, proteção ao trabalho e à livre iniciativa, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, dentre outros, não há como se compreender (e aplicar) as normas jurídicas sem considerar esses parâmetros. O julgador, ao deparar-se com a tarefa de aplicar os atos normativos, nem sempre encontrará conforto no positivismo kelseniano.

Deve o aplicador do direito, destarte, compreender a norma jurídica sob a lente da Constituição, lei fundamental. Nesse quadro, se nos afigura inteiramente possível aferir-se, tal como fez o Supremo Tribunal

---

<sup>60</sup> Confira o contido no item 2 deste texto.

<sup>61</sup> “... deve-se supor que o Direito positivo é uma ordem suprema, soberana. Essa ordem é caracterizada por uma estrutura hierárquica. Seu fundamento é a constituição escrita ou não escrita, sobre a qual repousam os estatutos decretados pelos legisladores: ao criarem normas individuais, os tribunais e os órgãos administrativos aplicam, então, os estatutos. Devemos obedecer às decisões de um juiz ou administrador, em última análise, porque devemos obedecer à constituição. Se perguntamos por que devemos obedecer às normas da constituição existente, podemos ser remetidos a uma constituição mais antiga, que foi substituída de maneira constitucional pela constituição existente; dessa maneira, chegamos à primeira constituição histórica. (...) a norma de que devemos obedecer às estipulações da primeira constituição histórica só deve ser pressuposta como hipótese se a ordem coercitiva, estabelecida com fundamento nela e efetivamente obedecida e aplicada por aqueles cuja conduta regulamenta, for considerada uma ordem válida, obrigatória para esses indivíduos, se as relações entre esses indivíduos forem interpretadas como deveres, direitos e responsabilidades legais, não como meras relações de poder; e se for possível distinguir o que é legalmente certo e legalmente errado, em especial o uso legítimo e ilegítimo da força. Essa é a norma fundamental de uma ordem jurídica positiva, a razão final para a sua validade, vista do prisma de uma ciência do Direito positivo”. KELSEN, Hans. **Por que a lei deve ser obedecida?** In: O que é justiça? Trad. Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1977, p. 256.

Federal no precedente examinado, a pertinência da atividade legislativa, inquirindo sobre a legitimidade da lei diante dos comandos constitucionais. Nessa tarefa, convém reconhecer desde logo, há um inevitável espaço de discricionariedade (subjetividade). Indagar da razoabilidade de determinada norma jurídica consiste em dizer se o legislador (o editor da norma), diante do espaço de liberdade que lhe confiou a Constituição, houve-se (ou não) dentro dos limites próprios de sua atuação.

14. No precedente examinado, como se viu, prevaleceu a tese de que os artigos 33, § 4º e 44, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 são inconstitucionais, a uma por ofenderem o princípio da individualização da pena, a duas por violarem o princípio da proporcionalidade, traduzindo abuso no exercício da função legislativa. Para a maioria dos integrantes da Suprema Corte não é razoável que a lei ordinária impeça o juiz de decidir, à luz das circunstâncias do caso concreto, sobre a possibilidade ou não de se substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito.

Se bem examinada, a vedação inscrita nos artigos 33, § 4º e 44, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 é da mesma natureza que aquela encontrada no art. 44, I, do Código Penal. A norma contida na parte geral do Código Penal veda a substituição sempre que o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. As disposições tidas por inconstitucionais impedem idêntica medida, em se tratando dos crimes que indicam (notadamente, do tráfico de entorpecente). Por que é razoável a primeira interdição e desarrazoada a segunda? Qual o critério de aferição da “razoabilidade”? Não traduzem, ambas as soluções legais, opções de política criminal adotadas por quem possui legitimidade para tanto (o legislador)? Pode

o Judiciário, sob o pretexto de homenagear os valores abrigados (ou pressupostos) na Lei Fundamental, nulificar a atividade do legislador, então tida por abusiva? Há, como afirmado pelo Min. Ayres Britto,<sup>62</sup> uma dicotomia entre segurança jurídica e justiça material? De que justiça, afinal, se cuida?

A solução dos conflitos de interesses submetidos ao Judiciário frequentemente desafia o aplicador do direito a empreender leituras que não se prendam ao texto legal ou que o derroguem em nome de norma superior. Não pode o julgador, entretanto, afastar-se a aplicação de norma jurídica sem indicar as razões para tanto. O juízo de razoabilidade reclamado pelo Supremo Tribunal Federal no precedente examinado firma-se menos em argumentos jurídicos e mais em considerações de ordem axiológicas (justiça material, abuso na função de legislar, razoabilidade da disposição legal).

A decisão da Corte Constitucional serve para exemplificar aquilo que Alasdair MacIntyre denomina emotivismo.<sup>63</sup> Trata-se da doutrina que sustenta serem os juízos de valor e, mais especificamente, os juízos morais, expressões de preferência, de escolha ou de sentimento. Juízos morais, ao contrário de juízos acerca de fatos, não são verdadeiros nem falsos, por isso que não são conectados a um critério de racionalidade, através do qual possam ser medidos (em atenção à sua maior ou menor veracidade). Por outro lado, o acordo em sede de julgamentos morais não é obtido mediante o apelo a qualquer método racional. Obtém-se, antes, através da produção de determinadas emoções ou atitudes naqueles a quem nos dirigimos (ao expor

---

<sup>62</sup> Acórdão, p. 136.

<sup>63</sup> MACINTYRE, Alasdair. **After virtue: a study in moral theory**. 3ª ed. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 2010.

nossos juízos morais). Nossos juízos morais, assim compreendidos, são utilizados não apenas para expressar nossos sentimentos e escolhas, mas também para influenciar as atitudes e escolhas de nosso interlocutor.<sup>64</sup>

Essa discussão, ainda segundo MacIntyre, está impregnada das características próprias do emotivismo, precisamente porque os conceitos que utilizamos são oriundos de um contexto histórico que não mais se faz presente. Foram forjados em uma época na qual seu significado derivava de específicos hábitos de ação. Atuavam como justificativa a determinado modos de pensamento, sentimento e ação, os quais, por seu turno, pressupunham uma particular concepção sobre o que seja o bem para o homem (“human good”). Esse contexto histórico não mais subsiste, ao passo que o uso dos conceitos concebidos àquela época persiste, decorrendo daí a interminável discussão sobre seus significados.<sup>65</sup>

Caso tenha sido esse o significado que tinha em mente o Ministro Ayres Britto, ao referir-se à circunstância de que o julgador deve esforçar-se permanentemente “... para conciliar segurança jurídica e justiça material”,<sup>66</sup> é preferível optar pela primeira, preservando os textos legais então tidos por incompatíveis com a Constituição Federal de 1988.<sup>67</sup>

\*\*\*\*\*

---

<sup>64</sup> MACINTYRE, Alasdair. **After virtue: a study in moral theory**. 3ª ed. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 2010, pp. 11-14 e 17-20.

<sup>65</sup> MACINTYRE, Alasdair. Ob. cit., p. ix.

<sup>66</sup> Acórdão, p. 136.

<sup>67</sup> O Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012, editou a Resolução nº 05, suspendendo, nos termos do art. 52, X da Constituição Federal, a execução de parte do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (DOU de 16.02.2012).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Constituição de 1988. Legitimidade, vigência e eficácia normativa** (em colaboração com Maria Helena Diniz e Ritinha A. Stevenson Georgakilas). São Paulo: Atlas, 1989.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Trad. Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

MACINTYRE, Alasdair. **After virtue: a study in moral theory**. 3ª ed. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Vedação de pena restritiva de direitos na nova lei de drogas**. Texto publicado em <http://pauloqueiroz.net/vedacao-de-pena-restritiva-de-direitos-na-nova-lei-de-drogas/> (acesso em 10 de fevereiro de 2012).

RAWLS, John. **A theory of justice**. 1ª ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971.

RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade. Escritos filosóficos.**

**Vol. I.** Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 97.256-RS, Tribunal Pleno, rel.

Min. Ayres Britto, maioria, DJe de 15.12.2010.

WALZER, Michael. **Spheres of justice: a defense of pluralism and equality.**

United States of America: Basic Books, 1983.