PAULO GUSTAVO GUEDES FONTES

**Metaética e neoconstitucionalismo: os limites da verdade e a
democracia**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2017**

PAULO GUSTAVO GUEDES FONTES

**Metaética e neoconstitucionalismo: os limites da verdade e a
democracia**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Doutor José Levi Mello do Amaral Júnior.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Fontes, Paulo Gustavo Guedes

Metaética e neoconstitucionalismo : os limites da verdade e a democracia / Paulo Gustavo Guedes Fontes ; orientador José Levi Mello do Amaral Júnior -- São Paulo, 2017.

188

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito constitucional. 2. Neoconstitucionalismo . 3. Metaética. 4. Princípios. 5. Jurisdição constitucional . I. Amaral Júnior, José Levi Mello do , orient. II. Título.

FONTES, P.G.G. **Metaética e neoconstitucionalismo: os limites da verdade e a democracia.** Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência para obtenção do título de Doutor em Direito do Estado.

Aprovado em:

Banca examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Para minha mãe Mardna e meus filhos Yuri e Natália.

Nossos familiares e verdadeiros amigos – os que de alguma forma acreditam em nós e nos aceitam –, são eles que guardam o fio da nossa identidade e ligam o passado ao futuro.

Agradecimentos:

Ao meu orientador, Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, por sua confiança e generosidade.

Aos colegas e amigos da USP Paulo Leonesi, Telma Lisowski e Rafaela Juliatto, pelo generoso apoio.

A Lena Raquel, pela generosidade e alegria do nosso convívio.

Há um momento em que não é mais uma questão de verdade, mas sim de amor, de preferência, de vontade, isto é, para falar com Espinosa, de desejo. Não há dúvida de que uns possam servir-se mais da verdade e outros mais da ignorância ou da mentira; mas nenhuma verdade poderá substituir, entre eles, o combate!

André Comte-Sponville

Ao darmos uma forma à mente, ficamos independentes.

Picasso

RESUMO

Constatando que as correntes da filosofia do direito partem muitas vezes de concepções próprias da filosofia moral, a tese pretende identificar e criticar no neoconstitucionalismo um componente de objetivismo moral. O objetivismo moral seria a corrente da metaética que defende a existência de verdades no campo moral. O objetivismo moral do neoconstitucionalismo consistiria na recuperação da tese jusnaturalista da conexão entre direito e moral e também no papel que confere aos princípios que, mesmo com sua carga valorativa e maior indeterminação, serviriam sempre como parâmetros suficientes para as decisões da justiça constitucional. Baseado numa concepção metaética oposta, o relativismo ou não-cognitivismo, o autor faz a crítica desses aspectos do neoconstitucionalismo. Tal crítica, por sua vez, leva a uma crítica da jurisdição constitucional, que careceria de legitimidade para dar a última palavra nas grandes questões morais ou desacordos morais razoáveis.

Palavras-chave: neoconstitucionalismo; princípios; objetivismo moral; relativismo moral; não-cognitivismo; metaética; controle de constitucionalidade; democracia; tolerância.

ABSTRACT

Jurisprudence currents of thought often make assertions on moral philosophy. This thesis tries to identify and to criticize moral objectivism elements that it intends to see in some modern constitutional theories (neo-constitutionalism). Moral cognitivism or moral objectivism is the school in metaethics that affirms that moral assertions are truth-apt. The cognitivism in neo-constitutionalism would be recognized in the thesis of necessary connection between law and morality, and in the conception of principles that in spite of their indetermination and moral nature would allow judicial decisions. Adopting another metaethics conception, relativism or non-cognitivism, the author criticizes these aspects of neo-constitutionalism. This critique implies a critique of judicial review of legislation that would lack legitimacy when considering great moral issues or reasonable moral disagreements.

Keywords: neo-constitutionalism; principles; moral objectivism; relativism; non-cognitivism; metaethics; judicial review of legislation; democracy; tolerance.

RÉSUMÉ

Constatant que les courants de la philosophie du droit partent souvent des conceptions formées dans le domaine de la philosophie morale, la thèse vise à identifier et critiquer dans le “neoconstitutionnalisme” un component d’objectivisme moral. Celui-ci serait le courant de la métaéthique qui prône l’existence de vérités dans le champ de la morale. L’objectivisme moral dans le neoconstitutionnalisme consisterait dans la récupération de la thèse jusnaturaliste de la connexion entre droit et morale mais aussi dans le rôle qu’il réserve aux principes; ceux-ci, malgré leur nature axiologique et la plus grande indétermination, seraient acceptés comme des paramètres suffisants pour les décisions de la cour constitutionnelle. Fondé sur une métaéthique opposée, le relativisme moral ou non-cognitivism, l’auteur fait la critique de ces aspects du neoconstitutionnalisme. Cette critique l’amène à la critique de la juridiction constitutionnelle qui manquerait alors de légitimité pour donner la dernière parole dans les grandes questions morales ou désaccords moraux raisonnables.

Mots-clés: neoconstitutionnalisme; principes; objectivisme moral; relativisme moral; non-cognitivism; métaéthique; contrôle de constitutionnalité; démocratie; tolérance.

Sumário

INTRODUÇÃO	14
1. ÉTICA, METAÉTICA E FILOSOFIA DO DIREITO	23
1.1. Ética e metaética: Distinção e correntes	23
1.1.1 O não-cognitivismo	27
1.1.1.1 Conceito	27
1.1.1.2 O ceticismo antigo	28
1.1.1.3 Michel de Montaigne	30
1.1.1.4 David Hume	31
1.1.1.5 Emotivismo e Expressivismo	34
1.1.1.6 O prescritivismo universal de R.M. Hare	34
1.1.1.7 A teoria do erro (<i>error theory</i>) de John Mackie	35
1.1.1.8 O quase-realismo de Simon Blackburn	37
1.1.1.9 O pluralismo agônico de Isaiah Berlin	38
1.1.1.10 O ceticismo de Richard Rorty	39
1.1.2. O realismo ou objetivismo moral. Suas críticas ao relativismo	40
1.1.2.1. O questionamento da dicotomia fato x valor	42
1.1.2.2 Crítica ao empirismo e à noção de objetividade no campo da ética	43
1.1.2.3 A vida ou visão ordinária e o senso comum	45
1.1.3. Respostas do não-cognitivismo	47
1.1.4. Defesa de um não-cognitivismo moderado	50
1.1.5. Relativismo e tolerância	56
1.2. Metaética e filosofia do direito	58
1.2.1. Direito e moral	59
1.2.2. Correntes da filosofia do direito e sua relação com a metaética	62
1.2.2.1. O jusnaturalismo	62
1.2.2.2. O positivismo jurídico	63
1.2.2.3. O realismo ou pragmatismo jurídico	65

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E OBJETIVISMO ÉTICO	67
2.1. Neoconstitucionalismo: conceito e características	67
2.1.1. O constitucionalismo	67
2.1.2 O neoconstitucionalismo: conceito	70
2.1.3. Principais características do neoconstitucionalismo	72
2.1.3.1. Supremacia jurídica da Constituição e controle de constitucionalidade	73
2.1.3.2. A questão do direito por princípios	79
2.1.3.3 Neoconstitucionalismo como teoria do direito: a conexão entre direito e moral	84
2.2. Identificando o componente objetivista	87
2.2.1. Considerações gerais	88
2.2.2. Pretensão à racionalidade nas questões éticas	91
2.2.2.1. Importância da filosofia moral para o neoconstitucionalismo	91
2.2.2.2. Dworkin e a “única resposta correta”	94
2.2.2.3. Alexy e a ponderação de princípios	96
2.2.2.4. Zagrebelsky, os princípios e a razão prática	98
2.2.2.5. Neoconstitucionalismo e jusnaturalismo	100
2.3. Crítica ao objetivismo ético do neoconstitucionalismo	102
2.3.1. A crítica brasileira à teoria dos princípios e ao neoconstitucionalismo	102
2.3.2. Nossa crítica baseada no não-cognitivismo moderado	106
2.3.2.1. Crítica geral. Subjetividade dos valores e princípios	106
2.3.2.2. A <i>esquisitice</i> da “única resposta correta”	109
2.3.2.3. A indeterminação dos direitos fundamentais	110
2.3.2.4. A ponderação e seus impasses	113
2.3.2.5. Casuística, ponderação ad hoc e particularismo moral	119
2.3.2.6. <i>Basic legal myth</i> e pressuposto objetivista da jurisdição constitucional	123
2.3.3. A questão da discricionariedade judicial	125

3. LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, METAÉTICA E DEMOCRACIA	130
3.1. O debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional	130
3.1.1. O debate norte-americano	134
3.1.2. O debate brasileiro	141
3.1.3. Última palavra e diálogo institucional	145
3.1.3.1. Waldron x Dworkin: última palavra e objetivismo moral	147
3.2. Limites da hermenêutica e da jurisdição constitucional a partir da perspectiva não-cognitivista	150
3.2.1. Limites da hermenêutica constitucional	151
3.2.2. Limites da jurisdição constitucional: entre a soberba hercúlea e a modéstia socrática	159
3.2.2.1 Autocontenção ou reserva epistêmica	161
3.2.3. A questão das cláusulas pétreas	166
3.3. Democracia, ceticismo e liberdade individual	169
 CONCLUSÕES	 175
 BIBLIOGRAFIA	 178

INTRODUÇÃO

Um sábio chinês sonhou que era uma borboleta a voar alegremente. Quando acordou teve a dúvida que não mais conseguiu dissipar: seria ele um sábio chinês que sonhara ser uma borboleta ou uma borboleta que sonhava ser um sábio chinês? Se a dúvida de Chuang Tzu parece periférica e incapaz de abalar a serenidade do pensamento oriental, no Ocidente o questionamento sobre a possibilidade mesma do conhecimento deu a tônica da filosofia, sobretudo a partir da época moderna. Descartes põe tudo sob a dúvida metódica e fica com apenas uma certeza, o *cogito ergo sum*, a partir da qual chega a outras, valendo-se do método dedutivo próprio da matemática e da geometria; como Chuang Tzu, aduz que “*não há quaisquer indícios concludentes, nem marcas assaz certas por onde se possa distinguir nitidamente a vigília do sono.*”¹ Racionalistas como Descartes, empiristas como Locke e Hume e, claro, Kant, de quem se diz ter conciliado o racionalismo e o empirismo, todos esses filósofos estarão preocupados com a questão epistemológica, com o fundamento – ou a falta dele – do nosso conhecimento sobre o mundo. A epistemologia torna-se uma *Filosofia Primeira*.²

Possuindo uma formulação rigorosa já na Grécia antiga, com nomes como Enesidemo e Sexto Empírico, o ceticismo ganha novo influxo a partir das transformações ocorridas no final da Idade Média – o humanismo renascentista, a Reforma Protestante, a “descoberta” de outros povos, o desenvolvimento das ciências, tudo isso contribuiu para abalar certezas religiosas e morais e abrir caminho para a visão cética ou relativista que nega a existência da verdade no âmbito moral. É famoso o ensaio de Montaigne *Sobre os canibais*, em que relativiza conceitos culturais e discorre com respeito sobre a cultura de índios da costa brasileira.³ Mas foi David Hume, filósofo escocês, que inaugurou o ceticismo moral de feição moderna, distinguindo do ponto de vista epistemológico os *juízos de fato* dos *juízos de valor* e negando que estes últimos possam enquadrar-se nas categorias de verdadeiros ou falsos. Ainda mais importante, presente no pensamento de

¹ DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. São Paulo: Difel, 1964, p. 119.

² TECHIO, Jônadas. Ceticismo e Finitude: Notas sobre a filosofia de Stanley Cavell. In: SILVA FILHO, Waldomiro J.; SMITH, Plínio Junqueira (orgs). **As consequências do ceticismo**. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2012, p. 211.

³ MONTAIGNE, Michel de. **Ensaaios**. São Paulo: Victor Civita, 1972, Livro I, cap. XXXI, pp. 104-110. (Coleção “Os Pensadores”, vol. XI)

Kelsen⁴, a chamada “lei de Hume” enuncia que juízos de fato não podem se transformar ou conduzir a juízos de valor – de um “*é*” não se pode inferir um “*deve*” qualquer.⁵

Se o ceticismo desafia o conhecimento do mundo físico, fá-lo certamente com maior intensidade em relação ao campo mais fluido da ética ou da moral. Assim, também na filosofia moral, a epistemologia teve grande importância, na forma de uma epistemologia dos valores ou do conhecimento ético, de uma *metaética*, como vem sendo tratada na filosofia contemporânea.⁶ A ética dedica-se a responder questões práticas – no sentido kantiano que opõe razão teórica e razão prática –, ainda que se possa teorizar a respeito: “como devo me comportar?”, “que vida devo levar?”, “o que é a vida boa?”. Existem várias correntes no pensamento ético, que tentam responder a essas questões, como o kantismo, o utilitarismo, a ética das virtudes baseada em Aristóteles; constituiriam a ética normativa e tratariam do que a literatura anglo-saxônica denomina *first order questions*. Já a metaética dedica-se às questões de segundo nível – *second order questions* –, sendo a principal delas aquela concernente à possibilidade e condições do conhecimento ético ou moral. No campo da metaética, opõem-se o realismo moral – e as denominações e posições equivalentes ou semelhantes como objetivismo moral, cognitivismo moral, etc –, que sustentam a existência de verdades “objetivas” no mundo moral e, portanto, conhecíveis pelo homem, e as correntes que negam tal possibilidade bem como uma suposta *objetividade* dos valores, agrupadas sob bandeiras também variadas, mas semelhantes, como o não-cognitivismo, o ceticismo moral, o relativismo moral ou axiológico, o emotivismo, o expressivismo, o subjetivismo, o quase-realismo.

A relação entre a metaética e a filosofia do direito é estreita, sendo possível estabelecer uma correspondência entre as correntes de um e outro campo. *Grosso modo*, podemos dizer que o jusnaturalismo assume uma metaética objetivista, enquanto o positivismo e o realismo jurídico pressupõem em geral o ceticismo ou o relativismo moral. Já o neoconstitucionalismo, como tentaremos demonstrar no nosso trabalho – e sua proximidade com o jusnaturalismo tem sido apontada⁷ – esposa também a nosso ver uma

⁴ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 215. Explicando a natureza da norma fundamental, afirma Kelsen: “Do fato de algo *ser* não pode seguir-se que algo *deve ser*; assim como do fato de algo *dever ser* se não pode seguir que algo *é*. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma.”

⁵ Hume, David. **The Essential Philosophical Works. An Enquiry Concerning The Principles of Morals**. Hertfordshire: Wordsworth Editions, 2011, p. 860.

⁶ MILLER, Alexander. **Contemporary metaethics: an introduction**. Cambridge: Polity Press, 2013.

⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 49/50. Também Ferrajoli, ao mencionar o “constitucionalismo jusnaturalista”; cf. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio

metaética objetivista, de alguma forma autorizando a jurisdição a fazer escolhas de cunho valorativo e moral.

O neoconstitucionalismo teria partido de um modelo normativo (o constitucionalismo) e se transformado em uma teoria do direito.⁸ Portanto, adquire, na releitura que faz das relações entre direito e moral, ditada pela realidade das constituições modernas principiológicas, caráter de corrente jusfilosófica, suscitando temas e polêmicas bastante semelhantes aos que opuseram no passado o positivismo jurídico e o jusnaturalismo. O direito constitucional contemporâneo, dessa forma, adote-se ou não a perspectiva neoconstitucionalista, reaproxima-se de temas clássicos da filosofia do direito, como a questão da conexão entre direito e moral, as possibilidades da jurisdição, a sua legitimidade e relação com os demais poderes, a questão da justiça e da segurança jurídica.

São muitas as características atribuídas ao neoconstitucionalismo, mas no que nos interessa mais de perto avulta a tese da conexão entre direito e moral. Dworkin afirma que *"a Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos."*⁹ Também Luís Roberto Barroso:

Como consequência, a partir da segunda metade do século XX, o direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade.¹⁰

No mesmo sentido, embora adotando perspectiva crítica, Dimitri Dimoulis aduz que *"os partidários do moralismo jurídico afirmam que o direito moderno incorpora valores morais, positivando princípios de direito natural ou convicções morais, e que também conhece uma flexibilização, abrindo-se diante da moral."*¹¹

Ora, a importância que a ética adquire na perspectiva neoconstitucionalista

Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 17.

⁸GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ser o no ser normativo: um dilema para el positivismo jurídico. In: DIMOULIS, Dimitri ; DUARTE, Écio Oto (Coords.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Editora Método, 2008, pp. 79-101.

⁹DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 285.

¹⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248.

¹¹DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, p. 172.

– e a proximidade entre princípios e valores é facilmente reconhecida¹² – recomenda que o debate constitucional moderno revise temas próprios da filosofia moral, em particular da metaética, no seu questionamento sobre a objetividade dos valores. Se os princípios, de inegável carga valorativa, tornam-se os parâmetros principais da decisão judicial, necessário questionar quais são as suas possibilidades e limitações semânticas e epistemológicas.

Portanto, o debate sobre o neoconstitucionalismo é enriquecido pela metaética e tal se vê já com mais frequência na doutrina estrangeira. Em especial no mundo anglo-saxão, a filosofia moral e particularmente a metaética têm sido bastante desenvolvidas e não raramente postas em relação com a discussão jurídica e constitucional; certamente a obra de Ronald Dworkin, de quem já se disse adotar o objetivismo moral¹³, rótulo que ele rejeitou, estimulou a interação entre os dois campos. No mundo continental, a relação entre o neoconstitucionalismo e o objetivismo moral vem sendo sublinhada por alguns autores, carecendo talvez de maior aprofundamento. Nesse sentido, Manuel Atienza assume claramente o objetivismo moral, como elemento relevante de sua doutrina constitucional:

O direito não pode ser visto exclusivamente como uma realidade já dada, como o produto de uma autoridade (de uma vontade), mas (sobretudo e fundamentalmente) como uma prática social que incorpora uma pretensão de justificação ou de correção. **Isso implica certo objetivismo valorativo**; por exemplo, assumir que os direitos humanos não são simplesmente convenções, mas que têm seu fundamento na moral (em uma moral universal).¹⁴ (grifei)

Ferrajoli adere às potencialidades de um Estado constitucional de direito, com a constituição rígida e o controle de constitucionalidade a diferenciá-lo do Estado legal ou Estado legislativo de direito, mas é crítico em relação ao que chamou de “constitucionalismo jusnaturalista” ou de “constitucionalismo argumentativo ou principialista”; essa espécie de constitucionalismo repousaria em três aspectos, a tese da conexão entre direito e moral a partir da positivação constitucional de princípios éticos, a distinção forte entre princípios e regras e a técnica da ponderação de princípios ou valores.

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 561.

¹³ FISH, Stanley. Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism. In: W. J. T. Mitchell (ed.). **The Politics of Interpretation**. University of Chicago Press: Chicago, 1983, pp. 271-286. Dworkin responde com uma crítica ao “ceticismo externo” em My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): please don’t talk about objectivity anymore. In: W. J. T. Mitchell (ed.). **The Politics of Interpretation**. University of Chicago Press, Chicago, 1983, pp. 287-313.

¹⁴ ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más: Otra forma de pensar el Derecho**. Madrid: Pasos Perdidos, 2013, pp. 38/39. (tradução nossa)

A crítica feita pelo autor italiano ao primeiro aspecto é, justamente, baseada na rejeição do objetivismo ou cognitivismo ético, segundo o qual os valores seriam “objetivos”, “verdadeiros” ou “reais”.¹⁵ Ferrajoli preocupa-se sobretudo com o caráter *iliberal* do cognitivismo ético, pois tenderia ao absolutismo moral, à imposição dos valores tidos como verdadeiros a toda a sociedade. Defende a ideia de um constitucionalismo juspositivista e garantista, baseado na separação entre direito e moral e na negação do cognitivismo ético, como garantia “*do pluralismo moral e do multiculturalismo, isto é, da convivência pacífica das muitas culturas que convivem em uma mesma sociedade.*”¹⁶ Põe-nos por fim em guarda contra o que chamou de “cognitivismo ético-judiciário”, associando-o à tese dworkiniana da “única resposta correta”.¹⁷

No Brasil, a crítica ao neoconstitucionalismo tem sido feita por importantes autores, de forma consequente, mas sem maior explicitação e aprofundamento da questão metaética. A crítica incide no mais das vezes sobre o abuso na utilização dos princípios como parâmetros decisórios, destacando sua menor densidade normativa e, nessa medida, a subjetividade de tais julgamentos e também da ponderação de princípios ou valores. Elival da Silva Ramos busca definir parâmetros dogmáticos do que seriam o ativismo judicial e os limites da atuação do Poder Judiciário. Nessa reflexão, vislumbra, baseado em Humberto Ávila, que os princípios não podem fundar senão um controle “médio fraco” de constitucionalidade, por seu caráter complementar e parcial, sem capacidade de gerar uma solução específica, mas apenas de contribuir ao lado de outras razões para a tomada de decisão.¹⁸ A par da questão da excessiva indeterminação semântica dos princípios, o autor destaca sua elevada carga valorativa, seu caráter “fortemente axiológico e finalístico”, sua “porosidade”, que seriam apropriados pelo moralismo jurídico para exacerbar a liberdade dos aplicadores oficiais do direito.¹⁹

O objetivo da nossa tese é, pois, fazer uma crítica ao neoconstitucionalismo baseada na metaética ou epistemologia dos valores. Partimos de uma identificação desse componente de objetivismo moral, vislumbrando-o em dois aspectos do neoconstitucionalismo: a retomada da tese da conexão entre direito e moral e o papel que confere aos princípios. Ao erigir os princípios como parâmetros normativos

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 30.

¹⁶ *Ibid.*, p. 32.

¹⁷ *Ibid.*, p. 32.

¹⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.164.

¹⁹ *Ibid.*, p. 91.

preponderantes do controle de constitucionalidade, de forma geral, mesmo diante de sua carga valorativa e maior indeterminação, o neoconstitucionalismo admite, na mesma medida, que os valores, confrontados com as diversas situações, em temas marcadamente morais, podem levar senão à resposta correta, como na obra de Dworkin, ao menos à melhor resposta, como em Alexy e Zagrebelsky. A nossa crítica, evidentemente, dá-se a partir da assunção de um ponto de vista metaético crítico ao objetivismo moral, que seria um não-cognitivismo moderado.

Apesar de admitirmos a possibilidade da verdade em questões políticas e morais, verdades que podem se impor num dado contexto histórico e social, postularemos que algumas questões morais suscitadas na atualidade – como, por exemplo, a questão do aborto ou da eutanásia - não comportam uma verdade ou resposta moralmente correta. Na mesma linha, entendemos que próprios os direitos fundamentais em muitos casos estão formulados ou são compreendidos de maneira muito próxima aos valores, o que lhes confere uma natureza de *indeterminação*, sobretudo em caso de colisão entre eles, não existindo sempre uma medida correta de sopesamento e solução das controvérsias. O mesmo se diga em relação a questões políticas, eminentemente valorativas, que também não encontrariam uma solução racional e indisputável.

A nossa crítica completa-se com seu componente propriamente político. Da impossibilidade de uma resposta objetiva para essas grandes questões morais, na ausência de regras e disposições constitucionais específicas, derivamos a ilegitimidade da Corte Constitucional para dirimir de forma definitiva tais controvérsias. Baseamo-nos aqui no princípio democrático ou representativo, e postulamos que nesses casos a decisão deve ser deixada ao Legislativo ou ao povo através de mecanismos diretos de participação.

O trabalho está dividido em três capítulos. O capítulo 1 é dedicado às questões da metaética. Nele, procuramos identificar as diversas correntes desse campo do pensamento. Delineamos as principais postulações do relativismo ou não-cognitivismo moral, bem como as críticas que lhe são dirigidas pelo realismo, para ao final sustentar como viável um não-cognitivismo moderado.

Notadamente, lidamos com as críticas feitas ao não-cognitivismo, de que seria incompatível com a realidade de nossa vida moral e social. Bernard Williams questiona se, do ponto de vista prático, é mesmo possível a figura do cético total, o pirrônico da Antiguidade.²⁰ Dworkin da mesma forma critica o ceticismo que chama de

²⁰ WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the Limits of Philosophy**. Abingdon: Routledge, 2006. Leitor Kindle, posição 564.

externo, contrapondo-lhe a “visão ordinária” das pessoas de que existe o certo e o errado em matéria moral e mesmo a visão de que existe apenas uma única resposta correta nesse tipo de controvérsia.²¹ Problematicamos o argumento, demonstrando inclusive que o ceticismo também reivindica sua concordância com a vida comum e critica o dogmatismo que, ele sim, atentaria contra nossas crenças banais. A nossa preferência irá para um ceticismo que qualificamos de moderado: se de um lado acatamos a possibilidade e a importância do próprio raciocínio ético, entendemos que a dúvida e a indeterminação são também realidades da nossa vida comum ou ordinária. No capítulo 1, estabelecemos ainda as relações entre as correntes da metaética e aquelas da filosofia do direito.

O capítulo 2 é dedicado a identificar e criticar no neoconstitucionalismo o componente de objetivismo moral. Inicialmente, buscamos definir o neoconstitucionalismo, apresentando as suas principais características, como a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade, o chamado “direito por princípios”, a reaproximação do direito e da moral. Para identificar o componente objetivista, tentamos demonstrar a pretensão de introduzir racionalidade na solução de questões morais por parte de autores próximos às formulações do neoconstitucionalismo, como Dworkin, Alexy e Zagrebelsky. Em Dworkin iremos encontrar a conhecida tese da “única resposta correta”, mesmo nos *hard cases*, que envolvem questões morais complexas; como vimos, essa formulação já foi tida como expressão de objetivismo moral, crítica com a qual concordamos. Mesmo negando que haja apenas uma única resposta correta em casos que tais, Alexy defende as possibilidades da razão no que chama de discurso prático e pretende que a ponderação de princípios, para a qual estabelece regras e mesmo fórmulas de inspiração matemática, leve à melhor solução no caso concreto ou pelo menos descarte as respostas inadequadas. Igualmente rejeitando a única resposta correta, mas louvando o advento da constitucionalização dos princípios morais, Zagrebelsky acaba voltando a concepções de feição jusnaturalista, como o “caráter prático da ciência do direito” que, se repele a racionalização absoluta, postula também a possibilidade de encontrar a melhor solução para o caso, com base na razoabilidade ou mesmo em noções aristotélicas como a prudência e a equidade.

Ainda no capítulo 2, aprofundamos a crítica a essa pretensão de racionalidade nas questões morais, baseados na concepção não-cognitivista estabelecida no primeiro capítulo. Contrapomos-lhe a subjetividade e incomensurabilidade dos valores,

²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, cap. 13, Os direitos podem ser controversos, pp. 429-446.

como defendidas por John Mackie²² e Isaiah Berlin²³, e ainda a indeterminação dos direitos fundamentais vislumbrada por Jeremy Waldron.²⁴ Procuramos demonstrar da mesma forma a subjetividade da ponderação de princípios e os seus impasses, reconhecidos em parte pelo próprio Robert Alexy, com as noções de discricionariedade estrutural e epistêmica, pouco estudadas entre nós quando se trata da ponderação.²⁵ Rejeitamos, igualmente, o particularismo moral, corrente objetivista da metaética que vislumbramos nas teses de Zagrebelsky.

O capítulo 3 tem caráter conclusivo, pois representa a aplicação das formulações dos capítulos anteriores à questão da jurisdição constitucional. Após passarmos em revista o debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional nos Estados Unidos e no Brasil, procuramos estabelecer limites para a interpretação e a jurisdição constitucional, que adviriam justamente da natureza axiológica dos princípios e de sua insuficiência epistemológica para ditar decisões sobre grandes questões morais de nosso tempo, os chamados desacordos morais razoáveis, como o aborto, a eutanásia, as ações afirmativas. Sem minimizar o papel da jurisdição constitucional, ou mesmo do raciocínio ético em decisões sobre direitos fundamentais, postulamos que, a certa altura, quando os parâmetros normativos são por demais fluidos e genéricos, o juiz constitucional perde a legitimidade para decidir tais questões, que deveriam ficar na competência do legislador ou do povo, através de mecanismos diretos de participação.

Insistimos na noção de *autocontenção ou reserva epistêmica*, a ser exercida por parte do juiz constitucional, que se contrapõe ao que em algum ponto do trabalho denominamos de “pressuposto objetivista da jurisdição constitucional”, a noção difundida e quase intuitiva segundo a qual todas as questões polêmicas podem ser levadas à cognição da Corte Constitucional e dela receber uma resposta adequada, que estaria contida na Constituição; é também o que os autores do realismo jurídico chamaram de *basic legal myth*. Para nós, a Constituição *não tem* resposta para todas as questões e, por isso mesmo, não cabe ao seu guardião dar sempre a última palavra. À soberba intelectual e moral do juiz Hércules, preferimos a modéstia epistemológica de um juiz Sócrates que, se de um lado acredita nas possibilidades da razão e do diálogo racional, de outro é capaz de

²² MACKIE, J. L. **Ethics: Inventing Right and Wrong**. London: Penguin Books, 1990. Leitor Kindle, posição 126.

²³ BERLIN, Isaiah. The Pursuit of the Ideal. In: **The Proper Study of Mankind**. London: Pimlico, 1998. Edição Kindle.

²⁴ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. Leitor Kindle, p. 11.

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 608; 612.

afirmar o seu não saber, valendo lembrar a recomendação de humildade e modéstia que Cass Sunstein dirige ao juiz constitucional.²⁶

Como a Corte Constitucional, conhecendo o mérito de determinada questão, deve emitir um juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, defendemos que nessas grandes questões morais ou desacordos morais razoáveis a sua resposta tenha natureza formal e não substantiva, fazendo prevalecer o que Alexy denominou de *princípio formal* da “*competência decisória do legislador democraticamente legitimado.*”²⁷

Por fim, questionados se nossa tese se baseia em determinada corrente da filosofia do direito, afirmaremos que *ela tem como consequência* a defesa do positivismo jurídico, embora sem desmerecer os espaços necessários e incontornáveis de interpretação e discricionariedade judicial. E, ao afirmá-lo, estamos de acordo com Kelsen, quando considera “*o relativismo axiológico como ponto de partida da teoria positivista do direito.*”²⁸ É da insuficiência da moral, do ponto de vista epistemológico, para fornecer respostas verdadeiras para as grandes questões morais suscitadas, que derivamos a necessidade de autocontenção do juiz constitucional em favor da deliberação legislativa e popular, por um imperativo democrático. Entre as correntes do positivismo, ficaríamos com o *positivismo ético ou normativo*²⁹, aquele que se afirma não como ponto de vista científico, possibilidade que não vislumbramos para as teorias do direito, mas como concepção propriamente política e ética.

²⁶ SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae**. New York: Oxford University Press, 2015. Edição Kindle, p. 17.

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 615.

²⁸ KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 100.

²⁹ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. Leitor Kindle, pp. 166/167.

CONCLUSÕES

Partimos de uma tomada de posição no campo da filosofia moral ou da metaética, o não-cognitivismo moderado, para questionar duas características do neoconstitucionalismo, a recuperação da tese (jusnaturalista) da conexão entre direito e moral e o “direitos por princípios”, assim denominado por Zagrebelsky. Com efeito, se consideramos que a moral está longe de ser unívoca, torna-se imediatamente problemático invocá-la como parâmetro decisório, seja de forma geral, seja através da abertura que os princípios propiciariam em sua direção.

Nossas postulações não se quiseram radicais. No campo metaético, afirmamos que a moral pode, sim, fornecer respostas verdadeiras, melhores ou mesmo “objetivas” para uma parte das questões, possibilidade que a nosso ver ostentaria um caráter histórico e institucional, como em Rorty. Mas aderimos ao não-cognitivismo para repetir, com céticos antigos e filósofos modernos, que a moral não preenche as condições de verdade próprias do mundo dos fatos, sendo em alguma medida irremediavelmente dependente de atitudes, visões de mundo e preferências.

No campo do neoconstitucionalismo, não deixamos de reconhecer a importância dos princípios no constitucionalismo moderno, as transformações que acarretam para a jurisdição e a relação entre os poderes, mas procuramos enfatizar a sua dimensão axiológica e daí muitas vezes sua insuficiência epistemológica para funcionar como parâmetro decisório. Fizemos a crítica de concepções como a “única resposta correta”, a ponderação de princípios e questionamos crenças arraigadas no neoconstitucionalismo, como aquela de que, com o auxílio dos princípios, é possível sempre dar ao caso concreto a melhor resposta, mais adequada ou mais razoável.

Também a crítica da jurisdição constitucional se quis moderada. Reconhecemos a natureza forçosamente interpretativa e *criativa* da jurisdição em geral e da jurisdição constitucional em particular. Admitimos que a jurisdição utiliza também de forma incontornável elementos morais, em especial a jurisdição constitucional, dado o caráter aberto e indeterminado dos princípios e direitos fundamentais. E não tachamos de ilegítimo o raciocínio ético levado a cabo pelos juízes. Por essas razões, deixamos de propor limites estritos às funções da Corte Constitucional, chamando a atenção, contudo, para as grandes questões morais de nosso tempo, que já foram denominadas de desacordos morais razoáveis, como o aborto, a clonagem humana, as pesquisas com células-tronco, a eutanásia, o suicídio assistido, entre outros temas. Aqui, à falta de maiores especificações

no texto constitucional, entendemos que o juiz careceria de legitimidade para decidir, pois sua legitimidade está sempre atrelada ao texto, ao julgamento (*judgement*) e não à vontade (*will*), palavras de Hamilton no Federalista 78, sempre lembradas por meu orientador, Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior.

Ficaremos contemplados se as incursões que fizemos na filosofia moral auxiliarem os juristas e juízes a questionar o “pressuposto objetivista da jurisdição constitucional”, a ideia de que a Constituição e os princípios têm resposta para todas as questões polêmicas que grassam na sociedade, e que os juízes estão autorizados a fornecerem essa resposta. A nosso ver, por tudo que foi exposto, a Constituição simplesmente *não tem* essas respostas e muitas vezes a chamada interpretação constitucional, como ressaltado por Waldron, não tem mais propriamente a natureza de interpretação.

Por fim, num quadro que já se considerou de certa apatia diante dos poderes cada vez mais abrangentes da Corte Constitucional, defender a *última palavra* do legislador ou do povo, mesmo da forma limitada como fizemos, pode parecer excêntrico ou perigoso. Roberto Mangabeira Unger fala no “*dirty little secret*” da moderna teoria do direito, que seria o seu desconforto com a democracia.⁵⁷⁴ Desconforto, aliás, que vem dos albores da filosofia e da própria democracia e pode ser resumido na consideração de Anacársis, rindo-se da pretensão de Sólon de codificar leis justas: “*Na Grécia, discorrem os sábios, mas decidem os ignorantes.*”⁵⁷⁵

Tirania da maioria, nazismo, Holocausto, “deixar tudo ao alcance das garras” (*up for grabs*⁵⁷⁶), *reductio ad Hitlerum*⁵⁷⁷, quem irá nos defender quando retiramos certas questões do alcance “protetor” da Corte Constitucional?

Como explicitado no capítulo 3, não nos opomos de forma geral ao controle de constitucionalidade. Ao contrário, reconhecemos o papel da Corte Constitucional na defesa dos direitos fundamentais. Nossa restrição é menor, embora relevante, delimitada por aquelas questões morais que não podem ser resolvidas de forma racional. Sua identificação é difícil, até porque, como vimos, com ou sem razão o debate moral apropria-se do vocabulário realista e trabalha com as noções de certo e errado,

⁵⁷⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 95-96.

⁵⁷⁵ PLUTARCO. **Vidas**. São Paulo: Cultrix, p. 46.

⁵⁷⁶ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. Leitor Kindle, p. 302.

⁵⁷⁷ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, pp. 257-264.

verdadeiro e falso. Em polêmicas dessa natureza, professores, juízes e cidadãos não estão dispostos a reconhecer que seu ponto de vista não pode ser defendido racionalmente. Nossas posições são racionais e as dos demais são devidas a posturas egoístas, míopes, etc. Como aceitar que o aborto seja proibido, se estou convencido de que é um direito inalienável da mulher, inserido na sua intimidade e no direito ao próprio corpo? Como aceitar a imposição das cotas raciais, se entendo que ferem o princípio da igualdade e a meritocracia?

Aqui, o dissenso amplo e irreduzível deve nos alertar de que estamos diante de uma dessas questões, aconselhando os juízes constitucionais à postura de *autocontenção e reserva epistêmica*. O dissenso tão enfatizado pelas correntes não-cognitivistas, a *isostheneia* dos cétricos antigos, “equipolência ou equivalência entre argumentos dogmáticos contrários a respeito de coisas não evidentes.” O dissenso destacado também por autores como Sunstein e Waldron, inviável de ser dirimido de forma racional, exigindo segundo este último uma solução procedimental.

É melhor que tais questões sejam decididas pela maioria parlamentar e pelo povo, através de mecanismos diretos, ou pela Corte Constitucional? Essa a grande pergunta final. Durante o trabalho, tentamos fornecer algumas justificativas para a nossa opção, e agora retomamos apenas uma delas.

Entendemos que não existe a resposta correta para essas questões, então não se trata nem mesmo da questão do “potencial deliberativo” de cada instituição. Mesmo se existisse a resposta correta, não estaríamos certos de que a Corte Constitucional a atingiu, submetida aos mesmos procedimentos contingentes da decisão por maioria. Continuamos divergindo.

Dworkin assevera não ver problema na possibilidade de a Corte Constitucional errar, pois o risco do erro também ocorreria na deliberação da legislatura. Ditado comum é o de que a Corte Constitucional tem o direito de errar por último. Nas palavras do *justice* Robert H. Jackson, em 1953, “*não somos finais porque somos infalíveis, mas somos infalíveis apenas porque somos finais.*”⁵⁷⁸

Preferimos a concepção que, com base no direito de participação, igual em dignidade aos demais direitos fundamentais, filho das mesmas revoluções liberais, reivindica para o povo o direito de cometer seus próprios erros.

⁵⁷⁸ GUTZMAN, Kevin R. C. **The Politically Incorrect Guide to the Constitution**. Washington: Regnery Publishing, 2007, p. 167.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 669.

_____. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 166.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O constitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pp. 3-16.

_____. Dworkin e a sua contradição majoritária. **Consultor Jurídico** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-23/analise-constitucional-dworkin-contradicao-majoritaria>>. Acesso em: 02/07/2015

ARISTÓTELES. **A política**. Bauru: Edipro, 2009, p. 283.

ARON, Raymond. **Les étapes de la pensée sociologique**. Paris: Gallimard, 1967, p. 663.

ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más: Otra forma de pensar el Derecho**. Madrid: Pasos Perdidos, 2013, p. 157.

_____. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 238.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 12ª edição, 2011, p. 260.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador/BA, n. 17, janeiro/fevereiro/março de 2009.

AYER, A. J. **Language, truth and logic**. London: Penguin Books, 1936, p. 206.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. A Constituição só não traz a pessoa amada em três dias, fora isso, quase tudo está lá. Disponível em: <http://www.ojornaldoestado.com.br/a-constituicao-so-nao-traz-a-pessoa-amada-em-tres-dias-fora-isso-quase-tudo-esta-la/>>. Acesso em 09/01/2017.

BARROSO, Marcela Giorgi. O papel político do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos humanos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Org.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 199-212.

BERLIN, Isaiah. The Pursuit of the Ideal. In: **The Proper Study of Mankind**. London: Pimlico, 1998. Edição Kindle.

_____. **As raízes do Romantismo**. São Paulo: Três Estrelas, 2015, p. 254.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1986.

BIX, Brian. **Law, language and legal determinacy**. Oxford: Clarendon, 1993.

BLACKBURN, Simon. **Oxford Dictionary of Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 407.

_____. **Ethics: a very short introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2001. Leitor Kindle.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006, p. 239.

_____. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: UNESP, 2002.

_____. **De senectute e altri scritti autobiografici**. Torino: Einaudi, 1996.

BONELLA, Alcino Eduardo. A ética do aborto. **Revista Filosofia**, São Paulo, Ed. Escala, Ano VI, n. 65.

BORRADORI, Giovanna. **A filosofia americana: conversações**. São Paulo: UNESP, 2003, p. 233.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19-03-2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 15/06/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4815, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 10/06/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4650, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/09/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 26/04/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 34.448/DF, medida cautelar, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

BRITTO, Carlos Ayres. Poder Judiciário: ativismo versus proatividade. **O Estado de São Paulo**, 24/05/2015.

BRITTO, Thays de Oliveira; AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pp. 17-33.

CARBONNEL, Miguel (org). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 334.

CELLA, José Renato Graziero. Realismo jurídico norte-americano e ceticismo. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_28.pdf>. Acesso em: 27/04/2013

COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 303-418.

COMTE-SPONVILLE, André. **Valor e verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 378.

COUTINHO, João Pereira. **As ideias conservadoras explicadas a revolucionários e reacionários**. São Paulo: Três Estrelas, 2014, p. 127.

CRUZ, Gabriel Dias Marques. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, Estado de Direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Org.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 95-114.

DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, 1957, p. 279.

DANCY, Jonathan. Le particularisme éthique et les propriétés moralement pertinentes In: ZIELINSKA, A. C. **Métaéthique: connaissance morale, scepticismes et réalismes**. Paris: Vrin, 2013, p. 287-313. Tradução para o francês de Anna Zielinska, pp. 287-313.

DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. São Paulo: Difel, 1964.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, p. 331.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 568.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 513.

_____. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2011. Leitor

Kindle.

_____. My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): please don't talk about objectivity anymore. In: W. J. T. Mitchell (ed.). **The Politics of Interpretation**. University of Chicago Press, Chicago, 1983, pp. 287-313.

ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. **Em que creem os que não creem?** 13ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

EDMONDS, David. **Would you kill the Fat Man?: the Trolley Problem and What Your Answer Tells Us about Right and Wrong**. Princeton: Princeton University Press, 2014, p. 220.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 345.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 393.

FALCÃO, Joaquim. **O Supremo: compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015, p. 287.

FERNANDES, Stanley Botti. Estado de Direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Org.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 233-252.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 13-56.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). **Direito Constitucional: teoria geral da Constituição**. (Coleção doutrinas essenciais) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. I, pp. 703-711.

_____. A revisão da doutrina democrática. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). **Direito Constitucional: teoria geral do Estado**. (Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. II, pp. 1101-1126.

FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 128.

FISH, Stanley. Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism. In: W. J. T. Mitchell (ed.). **The Politics of Interpretation**. University of Chicago Press: Chicago, 1983, pp. 271-286.

_____. Interview. **Philosophy Now: a magazine of ideas**. Londres, n. 116, out./nov. 2016, pp. 23-25.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Método, 2014, p. 158.

_____. **O Controle da Administração pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 173.

_____. Discricionariedade e verdade na filosofia do direito e no constitucionalismo moderno. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, São Paulo, Editora Fórum, ano 9, n. 31, pp. 915-938, jan./abr. 2015.

_____. Limites do direito diante da autonomia moral do indivíduo: os riscos do *máximo ético*. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, ano XXIV, nº 116, São Paulo, pp. 69-82, jan./mar. 2013.

_____. Poder Judiciário Espanhol: primeiras noções. Editora Quartier Latin. *No prelo*

FOOT, Philippa. The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect. **Oxford Review**, nº. 5, 1967.

_____. Les croyances morales. In: ZIELINSKA, A. C. **Métaéthique: connaissance morale, scepticismes et réalismes**. Paris: Vrin, 2013, pp. 225-253. (Tradução para o francês de Gaël Kervoas e Ronan Sharkey).

FRANCISCO, José Carlos. (Neo)constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça pluralista. In: _____. (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pp. 47-88.

_____. Positivismo Jurídico Inclusivo (ou Moderado) e Juiz Ordinário. In: DIMOULIS, Dimitri (Org.). **A relevância prática da teoria do direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, pp. 63-76.

_____. **Emendas constitucionais e limites flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 181.

GAIRDNER, William D. **The Book of Absolutes: a Critique of Relativism and a Defence of Universals**. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2008, p. 398.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Org.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 135-155.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ser o no ser normativo: um dilema para el positivismo jurídico. In: DIMOULIS, Dimitri ; DUARTE, Écio Oto (Coords.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Editora Método, 2008, pp. 79-101.

GOWANS, Chris. Moral Relativism. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/moral-relativism/>>. Acesso em 06/01/2017.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 176.

GREEN, L. Legal positivism. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>>. Acesso em: 03/03/2014

GUEDES, Néviton. A importância de Dworkin para a teoria dos princípios. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>. Acesso em 06/01/2017.

GUTZMAN, Kevin R. C. **The Politically Incorrect Guide to the Constitution**. Washington: Regnery Publishing, 2007, p. 258.

HABA, Enrique P. Rehabilitación del no-saber en la actual teoría del derecho. El *bluff* Dworkin. **Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 24, 2001, pp. 165-201.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1, p. 354.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção “Os Pensadores”, vol. XXIX.)

HARE, R.M. Universal prescriptivism. In: SINGER, Peter. **A Companion to Ethics**. Oxford: Blackwell Publishing, 1993, cap. 40, pp. 451-463.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 399.

_____. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Havard Law Review**, vol. 71, 1958, pp. 593-629.

HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano**. São Paulo: Realizações Editora, 2011, p. 297.

HORBACH, Carlos Bastide. A roupa nova do Direito Constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, vol. 859, pp. 81-91, 2007.

_____. Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 46, n. 182, abr./jun. 2009.

HUME, David. **The Essential Philosophical Works. An Enquiry Concerning The Principles of Morals**. Hertfordshire: Wordsworth Editions, 2011, p. 860.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 119.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 427.

_____. **A justiça e o direito natural**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 156.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 637.

_____. **La giustizia costituzionale**. Milano: Giuffrè Editore, 1961.

KLEIN, Daniel. **Every time I find the meaning of life, they change it**. London: Oneworld, 2015, p. 210.

LAGI, Sara. Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929). **Revista Coherencia**, Vol. 9, nº 16, Enero - Junio, 2012 pp. 273-295.

LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou altivez? O outro lado do STF. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Org.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 219-232.

LESSA, Renato. **Veneno pirrônico e outros ensaios sobre o ceticismo**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1997, p. 239.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 810.

MACKIE, J. L. **Ethics: Inventing Right and Wrong**. London: Penguin Books, 1990. Leitor Kindle.

MAGEE, Edgar Bryan. **Historia da filosofia**. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 240.

MARTINES, Fernando. Inspiração matemática: Robert Alexy explica seu método para resolver conflito entre princípios. **Consultor Jurídico**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jul-02/robert-alexey-explica-metodo-resolver-conflito-entre-principios> >. Acesso em: 30/09/2016.

MATOS, Andyttias Soares de Moura Costa. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Editora Método, 2008, pp. 103-127.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, n.º 58, nov/2000, pp. 183-202.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 342.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254.

_____. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 200.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIAILLE, Michel. **La laïcité: problèmes d’hier, solutions d’aujourd’hui**. Paris, Dalloz, 2014, p. 312.

MILLER, Alexander. **Contemporary metaethics: an introduction**. Cambridge: Polity Press, 2013. Leitor Kindle.

MINOGUE, Keneth. **Política: uma brevíssima introdução**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 146.

MONTAIGNE, Michel de. **Ensaaios**. São Paulo: Victor Civita, 1972. (Coleção “Os Pensadores”, vol. XI.).

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo judicial: um caminho para concretização dos direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Org.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 157-175.

MONTESQUIEU. **De l’esprit des lois**. Paris: Flammarion, 1979. (2 volumes)

MOORE, G. E. **Principia Ethica**. São Paulo: Ícone, 1998, p. 304.

MORAES, Germana Oliveira de. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 207.

NERI, Demetrio. **Filosofia moral: manual introdutivo**. São Paulo: Loyola, 2004, p. 254.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 270.

PEREIRA, Oswaldo Porchat. **Rumo ao ceticismo**. São Paulo: UNESP, 2006, p. 349.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 722.

PETRONI, Lucas C. **O argumento do pluralismo moral em Isaiah Berlin**. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/SemDisc2011/Sessao_IV_Petroni.pdf>. Acesso em: 18/07/2016.

PLATÃO. **A República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 511.

PLUTARCO. **Vidas**. São Paulo: Cultrix.

POLANCO, Moris. **Realismo y pragmatismo: biografía intelectual de Hilary Putnam**.

Leitor Kindle, 2014.

POLI, Vinicius José. **Controle de constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo**. 2012, p. 10. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 507.

PUTNAM, Hilary. Qual é a Motivação de um Filósofo? In: Putnam, H. **Realism with a Human Face**. Cambridge: Harvard University Press, 1990. Tradução de Paulo Guiraldelli Jr. Disponível em: <<http://www.uapi.edu.br/upload/filosofia/documentos/Putnam%20-%20Qual%20e%20a%20motivacao%20de%20um%20filosofo.pdf>> Acesso em: 18/07/2016.

PUTNAM, Hilary. **O colapso da verdade e outros ensaios**. São Paulo: Ideias e letras, 2008.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 430.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 333.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. **The Monist**, vol. 68, n. 3, The Concept of Law, July 1985, pp. 295-324.

RICHARD, Mark. **When truth gives out**. Oxford: Oxford University Press, 2010, 184 p.

RICOEUR, Paul. **Em torno ao político**. São Paulo: Edições Loyola, 1995, p. 190.

RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 331.

_____. **Pragmatismo e política**. São Paulo: Martins, 2005, p. 134.

ROUSSILLON, Henry. **Le Conseil Constitutionnel**. Paris: Dalloz, 2001, p. 173.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 2ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2009, p. 306.

SARTRE, Jean-Paul. **L'Existencialisme est un humanisme**. Paris: Nagel, 1946, p. 141.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. London: Routledge, 1943, p. 473.

SCHVARTZ, Vítor Hirschbruch. **O logos cético de Sexto Empírico**. 2014, p. 73. Tese (doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo.

SKORUPSKI, John. Les propositions portant sur des raisons. In: ZIELINSKA, A. C. **Métaéthique: connaissance morale, scepticismes et réalismes**. Paris: Vrin, 2013, pp. 167-209.

SMITH, Plínio Junqueira. **Ceticismo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 69.

SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre Estado, Direito e Política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Org.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 77-94.

SQUELLA, Agustín. **Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos**. México: Distribuciones Fontanamara, 1998, p. 108.

STANTON-IFE, John. The limits of Law. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/law-limits/>>. Acesso em: 11/12/2012.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 59-94.

SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae**. New York: Oxford University Press, 2015, Edição Kindle.

TECHIO, Jônadas. Ceticismo e Finitude: Notas sobre a filosofia de Stanley Cavell. In: SILVA FILHO, Waldomiro J.; SMITH, Plínio Junqueira (orgs). **As consequências do ceticismo**. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2012, pp. 205-226.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. São Paulo: Hucitec, 1989, p. 212.

TOMASZEWSKI, Adauto. A Lógica do Razoável – um ensaio sobre o pensamento de Recaséns Siches e a atuação do operador do direito. **Rev. de Ciênc. Jur. e Soc. Unipar**, n. 1, vol. 1, jul/dez. 1998, pp. 121-139.

TUSHNET, Mark. The Jurisprudence of Constitutional Regimes: Alexander Bickel and Cass Sunstein. In: WARD, Kenneth D.; CASTILLO, Cecilia R. **The Judiciary and American Democracy: Alexander Bickel, The Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory**. Albany: State University of New York Press, 2005, Edição Kindle.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004, 240 p.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. Leitor Kindle.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, 2006, pp. 115, 1346-1406.

_____. On the Supreme Court Battlefield. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2016/03/24/on-the-supreme-court-battlefield/>>. Acesso em: 13/11/2016.

WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the Limits of Philosophy**. Abingdon: Routledge, 2006. Leitor Kindle.

_____. **Morality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1972. Leitor Kindle.

WONG, David. Relativism. In: SINGER, Peter. **A Companion to Ethics**. Oxford: Blackwell Publishing, cap. 39, 1993, pp. 442-450.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 156.

ZIELINSKA, A. C. **Métaéthique: connaissance morale, scepticismes et réalismes**. Paris: Vrin, 2013, p. 326.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 3-94.