

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-cognitivism, 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-cognitivism; 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. **Ensaio**. 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.

¹¹ DIMOULIS, 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 posituação 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 Problematizamos 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.

1. ÉTICA, METAÉTICA E FILOSOFIA DO DIREITO

Buscaremos situar a metaética como domínio específico da ética, identificando as suas principais correntes, notadamente o realismo ou objetivismo moral e o relativismo ou não-cognitivismo, fazendo a defesa de um não-cognitivismo moderado (1.1). A seguir trataremos das relações entre a metaética e as correntes da filosofia do direito, demonstrando que estas últimas não raramente assumem pontos de vista e fazem asserções no campo da metaética (1.2).

1.1. Ética e metaética. Distinção e correntes

A ética é geralmente dividida em três partes: a ética normativa, a metaética e a ética aplicada.³⁰

A ética normativa busca responder às questões mais frequentes, e talvez mais relevantes, nesse campo do pensamento, que podem ser reconduzidas àquela formulada por Sócrates: *como devo viver*, como devo orientar minha conduta no mundo?³¹ A ética normativa trata, pois, dos ideais de vida, das virtudes, proibições e obrigações morais. A ética aplicada seria a reflexão sobre problemas éticos específicos, próprios de uma profissão, e sobre temas delimitados como o meio ambiente, os direitos dos animais, etc.³² Não nos parece que a ética aplicada tenha verdadeira autonomia, resvalando sempre na ética normativa. Já a metaética se debruçaria sobre a questão do conhecimento ético, numa abordagem epistemológica: esse conhecimento é possível, existem verdades morais? A moral é universal ou relativa?

É importante, antes de adentrar na metaética, que interessa mais de perto ao nosso trabalho, fazer breve sobrevoo sobre as principais correntes da ética normativa. Todas elas constituem-se num esforço de racionalidade, a tentativa de encontrar um fundamento explicativo último para o comportamento moral, um *ponto arquimediano* de

³⁰ Utilizaremos com a mesma significação os termos moral e ética, pois nada os distingue do ponto de vista etimológico, um advindo do grego (*ethos*) e outro do latim (*mores*), mas ambos remetendo rigorosamente à mesma ideia de costumes. (cf. RICOEUR, Paul. **Em torno ao político**. São Paulo: Edições Loyola, 1995, p. 161).

³¹ PLATÃO. **A República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 47, 352d. Cf. também: WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the Limits of Philosophy**. Abingdon: Routledge, 2006. Leitor Kindle, posição 116.

³² NERI, Demetrio. **Filosofia moral: manual introdutivo**. São Paulo: Loyola, 2004, p. 223.

apoio, no dizer de Bernard Williams.³³ A ideia seria a de que, a menos que a vida ética possa ser justificada pela filosofia, estaríamos sujeitos ao relativismo, ao amoralismo e à desordem. O discurso da filosofia moral, portanto, seria todo dirigido à figura do *amoralista* e, diante dele, além do problema de justificar a conduta ética, haveria ainda o de compeli-lo a segui-la.³⁴

Entre as teorias éticas, podemos afirmar que o kantismo e o utilitarismo são as que disputam a preferência da maior parte dos autores. Kant seria o principal representante da ética dos deveres ou deontológica.³⁵ Aqui, o maior relevo não está, como na reflexão aristotélica, na busca do que seria a *vida boa* e da felicidade, mas na ideia de obrigação moral.

Kant parte da concepção do homem como ser racional, capaz de fazer escolhas coerentes com seus interesses. Através de um raciocínio baseado na universalização, chegaria ao imperativo categórico: “*Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*”³⁶ A universalização estabelece deveres para com o próximo, que seriam insuperáveis por considerações outras, como o autointeresse, os afetos, etc. O pensamento de Kant afina-se com o moderno pensamento político e jurídico baseado nos *direitos*; o seu caráter de racionalidade e universalidade estão presentes no contratualismo moderno, como se vê na obra de John Rawls.

A ética das consequências, dita consequencialista ou por vezes teleológica, tem sua expressão filosófica no utilitarismo de autores como Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Henry Sidgwick, trilhando caminho distinto que propõe uma abordagem laica e não intuitiva da moral. Igualmente em busca da ação moralmente correta, encontra-a não no dever abstrato, mas no *princípio da utilidade*. Este se basearia na ideia de felicidade, como cálculo do prazer e dor resultantes de uma ação, sendo que a ação moralmente correta seria aquela de que resultasse “*a maior felicidade para o maior número*”. Trata-se, como dito, de uma ética das consequências, porque a correção da conduta afere-se por seus resultados. Bernard Williams questiona o utilitarismo, pois exigiria uma absoluta imparcialidade do agente, que teria de levar em conta na decisão *todos* os interesses envolvidos, como se fora

³³ WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the Limits of Philosophy**. Abingdon: Routledge, 2006. Leitor Kindle, posição 497.

³⁴ *Ibid.*, posição 498 e 502.

³⁵ NERI, Demétrio. **Filosofia moral: manual introdutivo**. São Paulo: Loyola, 2004, p. 48.

³⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 59.

um “Agente do Mundo”; a teoria já foi inclusive chamada de teoria do Observador Ideal.³⁷

Merece menção, por fim, a *ética das virtudes*, baseada em Aristóteles e Santo Tomás de Aquino. A ênfase aqui seria na noção de virtude, mais que na de bem ou dever.³⁸ As virtudes apontariam para a excelência do homem, o atingimento dos fins últimos de sua existência, como *eudaimonia*, o “*objetivo central de todos os sistemas da ética antiga.*”³⁹

Com exceção da última corrente, tanto o kantismo quanto o utilitarismo são expressões do Iluminismo e do papel preponderante que nele ocupa a razão. Trata-se da tentativa de estabelecer um *fundamento último* para a ética, racional e indisputável, que possa dirimir controvérsias e fixar a ação moralmente correta.

Exemplo de discussão situada no campo da ética normativa é o dilema do vagão (*trolley dilemma*). Proposto por Philippa Foot em 1967⁴⁰, o dilema propagou-se no meio acadêmico anglo-saxão, a ponto de se falar em *trolleyology*.⁴¹ Com variações que vão acrescentando complexidade ao problema, o dilema propõe um vagão desgovernado e um “agente moral” do lado de fora, com a mão na alavanca que pode acionar a bifurcação dos trilhos: se nada fizer, o vagão seguirá seu curso e matará cinco trabalhadores; no outro trilho, que o vagão tomará com a intervenção do agente, matará apenas um trabalhador. O que ele deve fazer? Vê-se sem dificuldade que o *trolley dilemma* contrapõe as éticas deontológica e consequencialista.

A metaética não oferece resposta para o dilema do vagão. Seus questionamentos situam-se um nível acima, sendo comum na literatura a distinção entre questões de primeira ordem (*first order questions*), próprias da ética normativa e questões de segunda ordem (*second order questions*), relativas à metaética. Constitui-se a metaética, pois, numa reflexão sobre a natureza dos juízos éticos, notadamente se podem ser considerados verdadeiros ou falsos (ainda na literatura anglo-saxã, se são *truth apt*), se existem *atos morais* objetivos, se a moralidade é universal ou relativa, etc.

A metaética é uma *epistemologia* da moral, dos valores. É possível o conhecimento ético? A epistemologia deu a tônica da filosofia moderna, desde Descartes, passando pelo empirismo inglês e sua trindade (Locke, Berkeley e Hume), até Kant, de

³⁷ WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the Limits of Philosophy**. Abingdon: Routledge, 2006. Leitor Kindle, posição 1585.

³⁸ BLACKBURN, Simon. **Oxford Dictionary of Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 38

³⁹ *Ibid.*, p. 122. (tradução nossa)

⁴⁰ FOOT, Philippa. The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect. **Oxford Review**, n.º. 5, 1967.

⁴¹ 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. 35.

quem se diz ter conciliado o racionalismo e o empirismo. Todos esses filósofos estiveram ocupados com questões epistemológicas e em especial com a fiabilidade de nosso conhecimento sobre o mundo. Se o conhecimento do mundo físico mostrou-se problemático, a polêmica é ainda maior no mundo mais fluido e cambiante da moral.

Parece-nos evidente que as teorias éticas, situadas na ética normativa, contêm também uma reflexão epistemológica, ao buscar o fundamento último da moral, de maneira que a distinção entre ética normativa e metaética não seria absoluta. A metaética, por sua vez, é uma reflexão que parte também das teorias éticas, aceitando ou rejeitando os seus fundamentos epistemológicos.

Exemplo de consideração situada na metaética é a seguinte passagem de Richard Rorty, considerado um cético, ao colocar-se pergunta semelhante àquela do dilema do vagão: “*é certo entregar n inocentes para serem torturados, a fim de salvar a vida de $m \times n$ outros inocentes?*” Assevera o autor norte-americano:

Qualquer um que pense existirem respostas teóricas bem fundamentadas para perguntas dessa natureza – algoritmos para a resolução de dilemas morais desse tipo – ainda é, no fundo, um teólogo ou um metafísico. Acredita numa ordem fora do tempo e do acaso, que determine o significado da vida humana e estabeleça uma hierarquia de responsabilidades.⁴²

A metaética divide-se em dois grandes grupos de correntes, segundo a resposta que dão à questão básica sobre existirem ou não verdades no mundo moral:⁴³

- *Realismo, naturalismo, objetivismo, cognitivismo moral.* Apesar da diversidade da nomenclatura e de existirem diferenças entre elas, tais correntes postulam em geral a existência de verdades no mundo moral que seriam independentes da mente humana, das culturas e circunstâncias;
- *Antirrealismo, não-cognitivismo, relativismo, ceticismo, subjetivismo, quase-realismo.* Todas essas correntes, também com distinções entre si, postulam a *inexistência* de verdades objetivas nas questões morais.

Enquanto os termos ceticismo e relativismo remetem, sobretudo o primeiro, a uma corrente clássica da filosofia, já bastante elaborada entre os gregos, a

⁴² RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 19.

⁴³ MILLER, Alexander. **Contemporary Metaethics: an introduction.** Cambridge: Polity Press, 2003, *passim*. Leitor Kindle.

denominação *não-cognitivism* quer nos parecer mais abrangente e utilizada pelos filósofos atuais. Utilizaremos tais denominações com certa liberdade, como significando em geral a mesma coisa.

Já no campo do realismo, esse termo é bastante utilizado e possui também uma tradição filosófica que vai além da filosofia moral, mas a menção *objetivismo* igualmente se mostra abrangente e precisa para os fins de nossas reflexões.

Já a expressão “absolutismo moral” não é empregada para significar uma corrente da metaética. Não é em geral utilizada para veicular a ideia de universalidade ou objetividade da ética, mas de rigor dogmático e de submissão absoluta do agente moral aos princípios e regras da moral, que não poderiam ser flexibilizados ou relativizados no caso concreto.

Passaremos a uma exposição dos principais autores e correntes inseridos no não-cognitivism (1.1.1) e depois abordaremos o realismo ou objetivismo moral e em especial as críticas que dirige ao não-cognitivism (1.1.2). Em seguida, analisaremos as respostas que o não-cognitivism pode oferecer a essas críticas (1.1.3), para então sustentar um *não-cognitivism moderado* (1.1.4). Encerraremos com um item sobre a relação entre relativismo moral e tolerância (1.1.5).

1.1.1. O não-cognitivism

Após definirmos o não-cognitivism, apresentando suas principais características, passaremos à exposição detalhada dos autores e correntes que defendem ou situam-se na proximidade dessa perspectiva.

1.1.1.1. Conceito

O não-cognitivism é, como adiantado acima, o pensamento que na filosofia moral sustenta a especificidade epistemológica dos juízos de valor, que não seriam conhecíveis da mesma maneira que os juízos de fato, basicamente não podendo ser tomados como verdadeiros ou falsos. As variações internas dentro desse campo podem acentuar mais ou menos o grau de não cognoscibilidade dos valores e das questões morais, podendo alguns autores, como veremos abaixo ao falar de Richard Rorty, admitir que, nos marcos de dada cultura e evolução histórica, existem respostas morais senão corretas mas

melhores do que outras. De qualquer forma, o não-cognitivismo rejeita sempre em alguma medida a existência de um fundamento último para os juízos morais, notadamente o fundamento racional que é invocado por teorias éticas como o kantismo e o utilitarismo. A moral social apareceria como uma construção, baseada muitas vezes em necessidades humanas naturais, mas que contém algo de convencional e contingente, senão de arbitrário, resvalando para o campo das preferências – sociais ou individuais. Um exemplo ilustrativo é a polêmica travada no século XVIII entre racionalistas e *sentimentalistas* britânicos sobre a origem e fundamento da moralidade, quando os últimos, entre os quais se inclui David Hume, opunham ao fundamento racional a ideia de um “senso moral” inato e de uma natural benevolência.⁴⁴

Simon Blackburn salienta que “*doutrinas como o expressivismo* [uma das correntes do não-cognitivismo] *negam que proposições éticas representem características de seus objetos; em vez disso, expressam atitudes dos seus possuidores.*”⁴⁵ (grifo nosso, tradução nossa)

Refutando o relativismo, e vindo a abraçar ao final o que chamou de realismo interno ou de face humana, Hilary Putnam enumera algumas características do pensamento cético: i) a dicotomia aguda entre fato e valor; ii) a discordância entre culturas e dentro de uma própria cultura sobre o que é e o que não é valioso; iii) a impossibilidade de resolver tais controvérsias “intersubjetivamente”; iv) que nossas concepções de valor são condicionadas historicamente; v) que não há nenhuma explicação científica, redutível do que é o valor.⁴⁶

Passaremos a indicar as principais correntes e autores nos marcos do não-cognitivismo, que defendem os aspectos bem captados por Putnam.

1.1.1.2. O ceticismo antigo

O ceticismo moral tem longa e importante tradição na filosofia, podendo-se vislumbrá-lo já nas teses dos sofistas. Platão atribuiu a Protágoras o argumento de que

⁴⁴ HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano**. São Paulo: Realizações Editora, 2011, *passim*.

⁴⁵ BLACKBURN, Simon. **Oxford Dictionary of Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 253.

⁴⁶ 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.

os costumes humanos determinam o que é agradável e feio, justo e injusto.⁴⁷ Os grandes nomes do ceticismo antigo são, contudo, Pirro de Eleia e o médico Sexto Empírico.

O ceticismo antigo manifesta-se tanto na forma de um ceticismo cognitivo geral, que coloca em questão o conhecimento do mundo físico (o mel é realmente doce?), como na forma do ceticismo moral.

Enesidemo estabelece seus dez modos ou argumentos em favor do ceticismo⁴⁸, que abrangem as diferenças na constituição dos animais e seres humanos, as circunstâncias do sujeito e do objeto, a própria diversidade dos costumes e crenças. A relatividade, modo oito, seria um *genus* superior, pois seria o resultado de cada um dos outros. O modo dez, sobre a diversidade dos costumes, seria o *axioma cosmopolita do ceticismo*, o da própria relatividade das regras de conduta, leis, hábitos, crenças derivadas de lendas, concepções dogmáticas. Todos os modos demonstrariam a *equipolência* ou equivalência de proposições distintas ou opostas, levando à impossibilidade de decidir de forma racional.

Renato Lessa estabelece três características cruciais do ceticismo antigo que, *mutatis mutandis*, encontramos em suas formas mais recentes:

- Princípio da ISOSTHENEIA: equipolência ou equivalência entre argumentos dogmáticos contrários a respeito de coisas não evidentes;
- Atitude da EPOCHÉ: suspensão do juízo diante de diferentes proposições igualmente plausíveis e inverificáveis;
- ATARAXIA: estado de quietude ou imperturbabilidade deixado pela interrupção da atividade dogmática.

Há, ainda, dois aspectos importantes do ceticismo antigo, já encontráveis em Pirro, que também se vislumbram nas correntes mais modernas, em especial em Hume.

Um deles é a ênfase nos fenômenos e nas aparências. Convencidos da inutilidade da busca pelos fundamentos últimos do conhecimento, ou de sua inexistência, os céticos passam a aceitar as aparências e fenômenos que podem ser verificados de forma direta. Oswaldo Porchat Pereira enfatiza esse aspecto, asseverando que, além da dimensão negativa de combate às visões dogmáticas, “o ceticismo pirrônico exhibe uma face ‘positiva’, ela diz respeito a uma prática filosófica centrada na experiência do

⁴⁷ WONG, David. Relativism. In: SINGER, Peter. **A Companion to Ethics**. Oxford: Blackwell Publishing, 1993, cap. 39, pp. 442-450.

⁴⁸ *Apud* LESSA, Renato. **Veneno pirrônico e outros ensaios sobre o ceticismo**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1997, p. 44.

fenômeno.”⁴⁹

O outro, e esse aspecto pode surpreender, é a aceitação, pelo cético, dos costumes e tradições. Ainda que despidas da qualidade de verdades, e na impossibilidade do conhecimento incontroverso e dogmático, as normas sociais sobriariam como única referência do cético que, após a reflexão que o levou ao ceticismo, empreenderia um pacífico *retorno à vida ordinária*. Sobre este ponto voltaremos adiante, pois os críticos do ceticismo acusam seus adeptos justamente de rejeitarem os postulados da vida ordinária.

1.1.1.3. Michel de Montaigne

Fortemente ancorado na filosofia antiga, deixando aos seus estudiosos a tarefa de estabelecer se era um epicurista ou um cético, Montaigne pode ser considerado um dos fundadores da filosofia moderna, embora a temática e sobretudo seu estilo em muito se diferenciem dos que são adotados por Descartes e demais filósofos da época.

Em Montaigne encontraremos o que se denominou acima de axioma cosmopolita do ceticismo, baseado na diversidade dos costumes humanos, que nos seus escritos foi enriquecido pela descoberta da América e de suas populações. 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 brasileira⁵⁰; ou, mesmo católico, sua afirmação de que “*somos cristãos como somos perigordinos ou alemães.*”⁵¹ Por vezes Montaigne compromete-se com a ideia de que as crenças éticas costumeiras numa dada sociedade lhe são funcionalmente necessárias e, portanto, constituiriam uma verdade para aquela sociedade, e não para outra.⁵²

Outro aspecto interessante do pensamento de Montaigne, que de alguma forma está em consonância com o ceticismo antigo, é o que Renato Lessa menciona como sendo o *sober skepticism* ou ainda “ceticismo insulador”. Como visto, o ceticismo antigo apregoa o retorno à vida ordinária como ponto de chegada do cético, e Montaigne

⁴⁹ PEREIRA, Oswaldo Porchat. **Rumo ao ceticismo**. São Paulo: UNESP, 2006, p. 262.

⁵⁰ MONTAIGNE, Michel de. **Ensaio**. São Paulo: Victor Civita, 1972, Livro I, cap. XXXI, p. 104-110. (Coleção “Os Pensadores”, vol. XI.)

⁵¹ MONTAIGNE, Michel de. **Ensaio**. São Paulo: Victor Civita, 1972, Livro II, cap. XII, p. 211. (Coleção “Os Pensadores”, vol. XI.) Imediatamente antes do trecho citado, Montaigne afirma ainda sobre a religião católica: “*Em outras regiões, outras influências, promessas e ameaças poderiam igualmente impor-nos outras crenças.*”

⁵² WONG, David. Relativism. In: SINGER, Peter. **A Companion to Ethics**. Oxford: Blackwell Publishing, 1993, cap. 39, pp. 442-450.

percorreria esse caminho, deixando intocados ou “insulados” os modos de conhecimento da vida ordinária. Assim, a própria fé religiosa ficaria intocada, num domínio que não é o do conhecimento racional, uma atitude que não é incomum no pensamento filosófico, denominada *fideísmo*. Libertada da necessidade de explicação racional, a fé garantiria o seu lugar.⁵³

Essa separação, em Montaigne, entre as esferas do conhecimento racional e dos hábitos e crenças religiosas, da verdade e do valor, do saber e da moral, foi também destacada por André Comte-Sponville. Segundo o autor, longe de querer transpor a barreira entre o mundo teórico e o prático, Montaigne convive bem com essa dicotomia. Por um lado, mantém a liberdade de pensamento e de crítica e, nesse âmbito, questiona as verdades e chega por vezes à postura relativista; por outro, não se torna por isso um niilista, aceitando aderir aos costumes políticos, morais e religiosos. “[...] *diante deles[dos reis] tudo deve inclinar-se, salvo a inteligência, pois não foi à razão que ensinei a curvar-se, foi aos joelhos.*”⁵⁴

1.1.1.4. David Hume

Se o ceticismo multifacetado de Montaigne torna difícil a sistematização do seu pensamento, o escocês David Hume, chegando a conclusões semelhantes, afia a lâmina do ceticismo, fornecendo-lhe o vocabulário e algumas ideias até hoje discutidas no campo da metaética.

Hume é um dos representantes do Iluminismo britânico, cuja principal diferença em relação ao francês, segundo Gertrude Himmelfarb, reside no papel conferido à razão. No Iluminismo britânico, a razão não era absoluta, sendo também importantes os sentimentos, os hábitos e as tradições. No campo da filosofia moral, os *sentimentalistas* britânicos disputavam com os racionalistas, que queriam encontrar um fundamento racional para a moralidade, e opunham-lhes a ideia de um “senso moral” inato e de uma natural benevolência. As consequências sociais desse pensamento, sempre em confronto com a França, teriam sido uma maior tolerância religiosa de um lado e a tendência ao

⁵³ LESSA, Renato. **Veneno pirrônico e outros ensaios sobre o ceticismo**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1997, pp. 175-180. Movimento similar talvez seja percebido no pensamento de Kant e de Wittgenstein, tendo Hilary Putnam, autor influenciado por este último, chegado a asseverar que a tarefa da filosofia consiste em grande medida em dar lugar ao mistério. (Cf. POLANCO, Moris. **Realismo y pragmatismo: biografia intelectual de Hilary Putnam**. Leitor Kindle, 2014, posição 499.)

⁵⁴ MONTAIGNE, Michel de. **Ensaaios**. São Paulo: Victor Civita, 1972, Livro III, cap. VIII, p. 428. (Coleção “Os Pensadores”, vol. XI.)

reformismo social de outro, menos inclinado à revolução.⁵⁵

Hume defende, pois, que a moral não está e não pode estar baseada na razão. Esta última pode informar e esclarecer sobre os fatos e relações em jogo, e Hume não minimiza o seu papel, mas somente o sentimento é capaz de levar à ação, através da aprovação ou desaprovação moral.⁵⁶

Podemos tentar fixar três principais questões levantadas por Hume no campo da filosofia moral:

- **A questão do *é* e do *deve* (*is-ought question*) - a “lei de Hume”:**
Hume formula o que veio a ser chamado de “lei de Hume”. Para o filósofo escocês, de uma constatação qualquer do mundo fático nada se pode deduzir de maneira direta quanto ao mundo moral, de um “é”, pois, não se pode extrair um “deve” qualquer. Tentemos exemplificar: a constatação de que mamíferos machos possuem muitas parceiras sexuais não leva à conclusão de que o homem deve se comportar dessa maneira ou de que a poligamia seria a conduta correta em termos de matrimônio. Isso até seria viável nos marcos de uma ética naturalista, mas o que Hume enfatiza é que há um intervalo lógico entre o “ser” e o “dever ser” que não pode ser transposto de forma direta.⁵⁷ A lei de Hume explicita outra distinção importante no pensamento do filósofo e da maioria dos autores que aderem ao não-cognitivismo: aquela existente entre fatos e valores, a chamada dicotomia *fato x valor*. Embora Hume também seja cético em certa medida quanto ao conhecimento do mundo físico, como se observa em sua teoria da causalidade, os fatos possibilitariam o juízo verdadeiro/falso, enquanto isso não seria possível em relação aos valores.

⁵⁵ HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade: os iluminismos britânico, francês e americano**. São Paulo: Realizações Editora, 2011, *passim*. A autora inclui entre os iluministas britânicos o próprio Edmund Burke, que por sua crítica à Revolução Francesa e ao racionalismo na política é considerado por alguns como um anti-iluminista. Himmelfarb aduz em favor de sua classificação a postura de Burke de incentivo à independência das 13 Colônias, sua oposição à política britânica nas Índias, seu apoio ao deputado Wilkes, etc. Também Jeremy Waldron destaca tais elementos “ativos” na postura de Burke, discrepantes de um suposto “minimalismo” político. Cf.: WALDRON, Jeremy. 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.

⁵⁶ HUME, David. **The Essential Philosophical Works. An Enquiry Concerning The Principles of Morals**. Appendix I: Concerning Moral Sentiments. Hertfordshire: Wordsworth Editions, 2011, pp. 801-808.

⁵⁷ NERI, Demetrio. **Filosofia moral: manual introdutivo**. São Paulo: Loyola, 2004, pp. 85/86.

- **A questão da separação entre razão e sentimento:** A lei de Hume, já anunciada no item anterior, está também ligada à polêmica entre razão e sentimento na vida moral, que ocupa boa parte dos escritos de Hume. Ele afirma que a razão é “inerte”, incapaz de constituir, de *per se*, um móvel para a ação moral. A razão explicita os fatos e mesmo as relações entre fatos e situações diversas do mundo, mas é o sentimento que leva o homem a formar uma convicção moral qualquer, de que algo é certo ou errado, louvável ou reprovável. Hume não parece excluir a possibilidade de que a razão indique a conduta correta, concentrando-se mais na sua impossibilidade de moldar o comportamento de quem quer que seja.⁵⁸
- Por fim, há a questão dos **fins últimos da vida humana** (*ultimate ends of human action*), outro aspecto enfatizado por Hume, que o utiliza para sustentar os demais. Eles não poderiam ser estabelecidos pela razão, dependendo inteiramente dos sentimentos e afeições da humanidade, “*sem qualquer dependência das faculdades intelectuais*”.⁵⁹ Tal aspecto é por vezes defendido pelo positivismo jurídico, como o faz Norberto Bobbio.⁶⁰ Hume exemplifica com a pergunta, dirigida a quem faz exercícios físicos: por que os faz? Porque desejo a saúde. E por que a deseja? Chega-se a um ponto em que a explicação causal não é mais possível, notadamente quando se chega à rejeição da dor, não sendo possível mais referir esse desejo ou finalidade a qualquer outro objeto.

Como se verá adiante, ao se abordar a relação das correntes da filosofia do direito com a metaética, o positivismo jurídico está de alguma forma associado ao relativismo ético, e a lei de Hume é invocada com alguma frequência (ver 1.2.2.2).

⁵⁸ HUME, David. **The Essential Philosophical Works. An Enquiry Concerning The Principles of Morals.** Appendix I: Concerning Moral Sentiments. Hertfordshire: Wordsworth Editions, 2011, pp. 801-808.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 807. (tradução nossa)

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone Editora, 2006, p. 178.

1.1.1.5. Emotivismo e expressivismo

O emotivismo é uma espécie de não-cognitivismo, formulada por A. J. Ayer, com a publicação em 1936 de *Language, Truth and Logic*.⁶¹

Nas primeiras décadas do século XX, esse tipo de formulação cética irá inserir-se nos trabalhos do Círculo de Viena, nos marcos do positivismo lógico. Esses filósofos, inspirados nos trabalhos iniciais de Ludwig Wittgenstein, realizam uma reflexão sobre a ciência e as condições da verdade, considerando científicas e capazes de ensejar juízos de verdade e falsidade apenas as proposições que possam ser verificadas, tudo o mais sendo considerado metafísica.

Ayer aplica esse entendimento à ética, chegando à conclusão de que os enunciados éticos nada mais são do que expressão das emoções, de aprovação ou desaprovação, carecendo de racionalidade. Alexander Miller aduz que o emotivismo de Ayer é a versão mais simples e mais provocadora do não-cognitivismo, e que versões mais sofisticadas seriam apresentadas por Charles Stevenson, Richard Hare, Simon Blackburn e Allan Gibbard.⁶² Ayer nega que os juízos morais expressem crenças sobre o mundo e, por isso, não seriam passíveis de verdade (*truth-apt*).⁶³

Por fim, o *expressivismo* é considerado mais abrangente que o emotivismo, e por vezes se confunde com ele. O expressivismo mantém que as sentenças morais *expressam* os sentimentos do falante e não preenchem as condições de verdade, não tendo uma função descritiva de como as coisas são.

1.1.1.6. O prescritivismo universal de R.M. Hare

O prescritivismo de R.M. Hare, mantendo-se ainda no campo do não-cognitivismo, procura dar maior espaço à razão no pensamento moral do que o emotivismo.

Com efeito, os conceitos morais teriam dois elementos. A parte avaliativa

⁶¹ AYER, A. J. **Language, truth and logic**. London: Penguin Books, 1936, p. 206.

⁶² MILLER, Alexander. **Contemporary metaethics: an introduction**. Cambridge: Polity Press, 2013, posição 641.

⁶³ Ayer, que na sua época foi um campeão do ceticismo e do ateísmo na Inglaterra, indo à televisão debater com padres, engasgou-se com uma espinha de peixe e teve uma experiência de quase-morte que se tornou conhecida, relatando ter visto um *Divine Being*. (Cf. KLEIN, Daniel. **Every time I find the meaning of life, they change it**. London: Oneworld, 2015, p. 146.)

representaria uma “prescrição”, imperativo, injunção do interlocutor para que o outro aja em determinado sentido. Assim, se digo que “determinado hotel é melhor do que outro”, estou aconselhando o interlocutor a preferi-lo quando de sua viagem. A parte descritiva do conceito corresponderia a uma correta descrição do objeto ou da situação. Enquanto a razão teria um maior papel na parte descritiva, mesmo em se tratando de conceitos morais como “coragem”, a parte prescritiva ou avaliativa continuaria não preenchendo de forma completa as condições de verdade, caindo sob o pálio do não-cognitivism.⁶⁴

Contudo, mesmo em relação à parte prescritiva dos conceitos morais, o prescritivismo reconheceria de forma limitada que, numa dada sociedade, há regras da razão que regulam os atos de fala não-descritivos. Notadamente, *considera que fazer um julgamento moral é invocar algum princípio geral*; como nas sociedades estáveis esses princípios seriam razoavelmente uniformes e constantes, seria possível dizer se uma ação concreta foi certa ou errada.⁶⁵

1.1.1.7. A teoria do erro (*error theory*) de John Mackie

A teoria do erro, de John Mackie, é uma forma radical de ceticismo. Para ele, os juízos morais são simplesmente falsos, porque não correspondem a nada que existe no mundo, externo à mente humana. Alguns autores o consideram um cognitivista, porque admite a possibilidade de conhecer as questões morais, mas para afirmar sua inexistência ou falsidade, ao menos do ponto de vista objetivo reivindicado pelas correntes realistas.

Mackie ataca particularmente o intuicionismo de G. E. Moore; para este último, existem realidade morais que, apesar de irreduzíveis a outras propriedades naturais, são independentes da mente humana e, portanto, objetivas. São dois os principais argumentos de Mackie contra qualquer forma de realismo moral e do intuicionismo em particular:

- O argumento da relatividade (*relativity*), que tem como premissa a conhecida variedade dos códigos morais nas diversas sociedades. Diz Mackie que *“as diferenças radicais entre julgamentos de primeira ordem tornam difícil tratá-los como*

⁶⁴ WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the Limits of Philosophy**. Abingdon: Routledge, 2006. Leitor Kindle, posição 2297 *et seq.*

⁶⁵ HARE, R.M. Universal prescriptivism. In: SINGER, Peter. **A Companion to Ethics**. Oxford: Blackwell Publishing, 1993, cap. 40, pp. 451-463.

apreensões de verdades objetivas.”⁶⁶ A adesão “racional” a uma forma de vida parece advir do pertencimento a ela e não o contrário;

- O argumento da “esquisitice” (*queerness*): especificamente dirigido ao que seria o objetivismo de Moore, Mackie afirma que, se existissem valores objetivos, eles seriam entidades ou qualidades ou relações de uma espécie muito estranha, diferente de tudo que conhecemos no universo.

Outro aspecto importante da obra de Mackie é explicar por que acreditamos com facilidade que a moral é algo objetivo e externo à nossa vontade. Para ele, existem padrões de objetivação; as regras morais adviriam de interesses e contingências sociais dos mais diversos tipos que acabam por se impor aos indivíduos e de alguma forma se dissimulam enquanto contingências, tornando-se absolutas. O imperativo categórico apareceria após ter omitido de sua formulação os desejos e demandas do interlocutor, com a supressão da cláusula condicional dos imperativos hipotéticos. “*Outra forma de explicar a objetivação dos valores morais é dizer que a ética é um sistema jurídico em que o legislador foi removido.*”⁶⁷

Mackie, contudo, distingue rigorosamente as questões de primeira ordem (ética normativa) e de segunda ordem (metaética). É possível adotar sua metaética, por exemplo, e defender normalmente pontos de vista da ética normativa. Com efeito, diz que “*questões morais concretas podem ser debatidas sem apelar para míticos valores objetivos.*”⁶⁸ Reafirma que não há qualquer verdade moral objetiva e que “*a moralidade não é para ser descoberta, mas feita.*” E explica o desenvolvimento da moral como uma ferramenta, artifício (*device*) contraposto à “simpatia limitada” dos seres humanos, aderindo ao dizer de Hume de que a justiça é uma virtude artificial; a moral estabelece-se historicamente a partir das necessidades humanas, como em Hobbes, Warnock e Hume, este último tendo destacado, além da coerção, o elemento da simpatia.⁶⁹

⁶⁶ MACKIE, J. L. **Ethics: Inventing Right and Wrong**. London: Penguin Books, 1990. Leitor Kindle, posição 459. (tradução nossa)

⁶⁷ *Ibid.*, posição 602.

⁶⁸ *Ibid.*, posição 3003.

⁶⁹ *Ibid.*, posições 1542;1580.

1.1.1.8. O quase-realismo de Simon Blackburn

Esta teoria, do filósofo Simon Blackburn, também se insere numa ótica não-cognitivista. Reconhece a importância do argumento da relatividade das regras e costumes, aduzindo também que existiria pelo menos uma regra universal, a de que todos precisam de uma regra (como os rituais do luto ou dirigir do lado esquerdo ou direito da pista), e que a ética só pode ser universal dessa maneira. O autor menciona o escrito de Heródoto relatando que, sob Dario, perguntaram aos gregos o que achariam de comer os cadáveres de seus pais, causando-lhes repugnância, sentimento que foi o mesmo dos homens da tribo africana que tinha esse costume quando lhes propuseram cremar seus genitores. Heródoto finaliza o trecho dando razão ao poeta Píndaro, quando disse que “*o costume é o rei de tudo.*”⁷⁰

Mas Blackburn *rejeita* o relativismo porque ele impossibilitaria a divergência e o debate moral e ainda desautorizaria a intervir em outras culturas em caso de violação dos direitos humanos. Por outro lado, rejeita também as tentativas de dar um fundamento racional à ética, nos moldes da geometria e da matemática, como tentaram alguns filósofos do Iluminismo, preferindo os sentimentalistas do século XVIII, como Shaftesbury, Hutcheson e sobretudo Hume, que mostraram que a razão não pode comandar os sentimentos, mas, ao contrário, é escrava deles.⁷¹

Blackburn defende a possibilidade do debate moral e da busca de um “ponto de vista comum” entre os interlocutores. Seria possível atingi-lo através da conversação racional, mas que, coerente ainda com o sistema de Hume, seria comandada pela “paixão” consistente na empatia, na benevolência e na preocupação de evitar a imposição e a manipulação.⁷²

O autor confere ao não-cognitivista o direito de utilizar o vocabulário realista, isto é, trabalhar normalmente com os conceitos de verdade e falsidade na vida moral, que são utilizados pela maioria das pessoas. Não se trata, contudo, de uma adesão total ao realismo, mas de considerar incontornável a utilização do vocabulário realista, como se (*as if*) houvesse verdades morais.

⁷⁰ BLACKBURN, Simon. **Ethics: a very short introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2001. Leitor Kindle, posição 470.

⁷¹ *Ibid.*, posição 1516.

⁷² *Ibid.*, posição 1762. Essa posição *sentimentalista* quanto aos fundamentos da moral vê-se ainda na seguinte passagem: “*os fundamentos das motivações morais não são regras procedurais de um tipo de discurso, mas os sentimentos aos quais podemos reagir. Como viu Confúcio há muito tempo, benevolência e preocupação com a humanidade é a indispensável raiz de tudo.*” (posição 1774, tradução nossa)

1.1.1.9. O pluralismo agônico de Isaiah Berlin

Isaiah Berlin não pode ser considerado um não-cognitivista, pois crê na existência objetiva dos valores e na possibilidade de conhecê-los, como a liberdade e a igualdade.

O que nos leva a mencioná-lo entre os adeptos do não-cognitivismo é que suas *conclusões* acabam sendo, a nosso ver, semelhantes. Isso porque para Berlin muitas vezes tais valores não podem ser realizados simultaneamente, pois colidem de forma irremediável, sendo necessário escolher. Esta escolha, por sua vez, não pode ser determinada pela razão, não havendo maneira racional de dirimir a controvérsia, como uma hierarquia prévia dos valores, etc. No momento da colisão, voltamos a uma espécie de subjetivismo bastante semelhante ao vislumbrado pelo ceticismo.

O pluralismo moral de Berlin reside na *incomensurabilidade* dos valores, não sendo possível estabelecer prioridades absolutas, ou qualquer outra forma de ordenamento racional entre eles de um ponto de vista coletivo ou individual. Valores como, por exemplo, a solidariedade comunal própria das sociedades tradicionais e a autonomia pessoal existente nas sociedades modernas colidem e não podem coexistir de forma absoluta, como também a liberdade de empreendimento e a igualdade sócio-econômica. Berlin exemplifica ainda com o conflito maquiaveliano entre as virtudes cristãs e a autoafirmação pagã, que seriam moralidades incompatíveis. A conclusão célebre do pluralismo agônico, nas palavras de Berlin, é a seguinte:

A noção de um todo perfeito, a solução última, na qual todas as coisas boas coexistem, parece-me não apenas inalcançável – o que seria um truísmo – mas conceitualmente incoerente; eu não sei o que significaria uma harmonia desse tipo. Alguns dentre os Grandes Bens não podem viver juntos. Isso é uma verdade conceitual. Nós estamos condenados à escolha, e toda escolha pode implicar uma perda irreparável.⁷³

Berlin faz o elogio dos românticos, que se insurgiram contra os excessos racionais e científicos do século XVIII, e alerta para o risco do despotismo político quando se acredita numa verdade única. Segundo ele, devemos ao romantismo:

⁷³ BERLIN, Isaiah. The Pursuit of the Ideal. In: **The Proper Study of Mankind**. London: Pimlico, 1998. Edição Kindle, posição 710, tradução nossa. Cf. também: 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.

A visão de que há muitos valores e que eles são incompatíveis; toda a noção de pluralidade, de inesgotabilidade, da imperfeição de todas as respostas e arranjos humanos; a ideia de que nenhuma resposta que afirme ser perfeita e verdadeira, seja na arte ou na vida, pode, em princípio, ser perfeita ou verdadeira (...) ⁷⁴

1.1.1.10. O ceticismo de Richard Rorty

A filosofia norte-americana, após a influência dos pragmatistas no final do século XIX, como Charles Sanders Pierce, William James e John Dewey, enveredou no século XX pelo caminho da filosofia analítica, fortemente influenciada pelo Círculo de Viena e pelo positivismo lógico, trazida por filósofos europeus que, fugindo do nazismo, radicaram-se nos Estados Unidos. Com seu rigor formal, a filosofia analítica de origem britânica considerava metafísicas todas as “grandes narrativas” filosóficas continentais.

A partir dos anos 50, os filósofos americanos começam a questionar aspectos da filosofia analítica, mantendo-a contudo como sua base ou ponto de partida. São os filósofos pós-analíticos que por vezes se reaproximam da filosofia europeia ou continental e criticam a filosofia analítica justamente por seu aspecto reducionista. Entre esses autores, podemos citar Quine, Davidson, Putnam, Nozick, Danto, Rorty, Cavell, MacIntyre e Kuhn. ⁷⁵

Rorty é um cético ou relativista, e assim considerado entre os filósofos, embora rejeite o rótulo “*se relativismo significar que toda perspectiva moral é tão boa quanto qualquer outra.*”⁷⁶ Sua filosofia é marcadamente antifundacionista (ou antifundacionalista), no sentido em que não reconhece a existência de fundamento último para as nossas ideias políticas ou morais. Defensor do liberalismo e da democracia das sociedades modernas, Rorty nega a essas formas políticas qualquer fundamento metafísico ou derivado da pura racionalidade, adotando uma perspectiva historicista. Afirma ele:

Não há nada que valide o vocabulário final de uma pessoa ou de uma cultura, não há nada implícito nesse vocabulário que dite como tecê-lo novamente, quando ele ficar sob pressão. Tudo que podemos fazer é trabalhar com o vocabulário final de que dispomos, mantendo os ouvidos abertos para as sugestões de como seria possível expandi-lo ou revisá-lo. ⁷⁷

⁷⁴ BERLIN, Isaiah. **As raízes do Romantismo**. São Paulo: Três Estrelas, 2015, p. 216.

⁷⁵ BORRADORI, Giovanna. **A filosofia americana: conversações**. São Paulo: UNESP, 2003, *passim*.

⁷⁶ RORTY, Richard. **Pragmatismo e política**. São Paulo: Martins, 2005, p. 44.

⁷⁷ RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 324.

Finalmente, por não acreditar numa verdade objetiva ou fora de determinado contexto, Rorty minimiza o papel da filosofia, dando igual ou maior relevo à literatura. Da mesma forma, fala em uma substituição das descrições religiosas ou filosóficas por uma narrativa histórica da ascensão das instituições e costumes liberais, narrativa que renunciaria à ideia de verdade como correspondência com a realidade, numa *“transição da epistemologia para a política.”*⁷⁸

1.1.2. O realismo ou objetivismo moral. Suas críticas ao relativismo

Para o realismo moral – que não deve ser em nada confundido com o realismo ou pragmatismo jurídico, pois diversos e até opostos seus fundamentos – existe algo como “fatos morais”, externos à mente humana, que podem ser apreendidos pelo homem através do conhecimento. Poderíamos fazer remontar o realismo a Platão, com sua doutrina das Ideias, que existiriam num mundo suprassensível. Seria uma concepção metafísica, embora o realismo possa também manifestar-se como pensamento religioso, tendo Platão exercido reconhecida influência sobre Santo Agostinho. Esse tipo de realismo já foi denominado de supernaturalismo.⁷⁹

O naturalismo, por sua vez, seria outra forma assumida pelo realismo, que agora renunciaria a suposições sobrenaturais para tentar entender o homem como ser deste mundo, parte da natureza.⁸⁰ A ética aristotélica é um bom exemplo de naturalismo, pois para Aristóteles *“a natureza é o verdadeiro fim de todas as coisas. Dizemos pois dos diferentes seres, que eles se acham integrados na natureza quando tenham atingido todo o desenvolvimento que lhes é peculiar, por exemplo, o ser humano, o cavalo, a família.”*⁸¹ É naturalista, ainda, toda ética baseada numa suposta “natureza do homem”, podendo-se falar, ainda, de naturalismo psicológico, biológico e sociológico.

Essas doutrinas em geral implicam o “objetivismo”, que seria a existência de uma moral objetiva, capaz de se impor ao conhecimento de todos. Torturar bebês por prazer, por exemplo, seria objetivamente errado, independentemente do que as pessoas e as culturas possam pensar a respeito. O termo “objetivismo” parece ainda mais abrangente que “realismo” porque se poderia imputá-lo mesmo a uma corrente que rejeite a metafísica,

⁷⁸ RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 128.

⁷⁹ NERI, Demétrio. **Filosofia moral: manual introdutivo**. São Paulo: Loyola, 2004, p. 69.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 71.

⁸¹ ARISTÓTELES. **A política**. Bauru: Edipro, 2009, p. 16.

como o construtivismo moral: a correção “objetiva” de determinado posicionamento moral adviria de um procedimento racional, como pode se ver em Kant, Rawls e Dworkin.

Um ramo importante do objetivismo é o *intuicionismo* de G.E. Moore, com o seu *Principia Ethica* de 1903.⁸² Moore denuncia o que chama de “falácia naturalista”, isto é, a assimilação das realidades morais a outras realidades quaisquer, notadamente naturais. Refletindo sobre a noção de “bem”, Moore propõe o “argumento da questão aberta” (*open question argument*). Se digo que o porta-retratos é amarelo, em se tratando de uma realidade natural, não faria sentido perguntar em seguida “é verdade que o porta-retratos é amarelo?”. Já com o “bem”, se dizemos “*x* é bom ou é o bem”, onde *x*, por exemplo, pode ser uma realidade natural como o “prazer”, permanece em aberto a questão “é verdade que o prazer é o bem?”. Moore quer demonstrar que o bem e as realidades morais são irredutíveis a outras propriedades. Já se disse que, com seu argumento, Moore na verdade contribuiu com o não-cognitivismo, mas em geral sua teoria é classificada como realista ou objetivista; isso porque, apesar de considerar falaciosa a definição naturalista da moral, o intuicionismo acredita que o “bem” exista como uma realidade *sui generis*.⁸³ Boa parte da empreitada de John Mackie, como vimos, com sua teoria do erro, e em especial com o argumento da “esquisitice” (*queerness*), dirige-se contra as formulações de Moore.

O realismo repetidamente recorre ao que é intuitivo na nossa vida moral, que é a consideração de que existem condutas certas e erradas de forma *objetiva*, independentemente do que pensamos. Bernard Williams, apesar de enfatizar a distinção entre ética e ciência, afirma que “*o pensamento moral sente como se espelhasse algo, como se fosse constrangido a seguir, mais do que criar livremente.*”⁸⁴ Em outra obra, assevera que não se pode perder de vista a ideia de “*constrangimento no pensamento moral*” e de “*limitação na criação de valores*”.⁸⁵

O debate entre realismo e relativismo no século XX insere-se num contexto que não se limita à metaética, mas consiste numa profunda reflexão sobre a questão da verdade, tanto nas ciências ditas exatas quanto nas ciências humanas e no campo da ética e da política. As teorias do significado ocupam um aí um papel de

⁸² MOORE, G. E. *Principia Ethica*. São Paulo: Ícone, 1998, p. 304.

⁸³ MILLER, Alexander. *Contemporary metaethics: an introduction*. Cambridge: Polity Press, 2013, posição 337.

⁸⁴ WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*. Abingdon: Routledge, 2006. Leitor Kindle, posição 549. (tradução nossa)

⁸⁵ WILLIAMS, Bernard. *Morality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1972. Leitor Kindle, posição 561. (tradução nossa)

destaque, ao lado da filosofia da linguagem, do positivismo lógico e da filosofia analítica, na tentativa de estabelecer as condições de verdade das diversas proposições; de se mencionarem autores como Frege, Russell, Wittgenstein, Quine, Davidson.

Adiante veremos algumas objeções apresentadas por filósofos importantes às correntes não-cognitivistas, que continuarão a delinear a posição objetivista. A disposição que escolhemos para as críticas, após a apresentação do relativismo, corresponde de alguma forma à dinâmica cronológica do debate, tendo em vista que os novos “realismos” aparecem como reação à predominância do ceticismo nas primeiras décadas do século XX. A. C. Zielinska dá conta de uma publicação de 1957 da filósofa britânica Elisabeth Anscombe, aluna e depois amiga de Wittgenstein, que teria constituído um manifesto “antimetaético”.⁸⁶

1.1.2.1. O questionamento da dicotomia fato x valor

Uma crítica frequente ao ceticismo ataca a distinção enfatizada desde Hume entre fatos e valores e a especificidade epistemológica de cada categoria. Como vimos, para o ceticismo, os fatos são passíveis do juízo verdadeiro/falso, mas não os valores, justamente porque os fatos seriam conhecíveis de maneira objetiva e os valores dependeriam da subjetividade. Philippa Foot refuta a lei de Hume, que consideraria a razão “inerte”, incapaz de levar à ação, afirmando que quando as implicações práticas do uso dos termos morais são corretamente descritas, desaparece o espaço lógico entre as premissas fáticas e a conclusão moral.⁸⁷

Hilary Putnam é também um dos autores que repetidamente rejeita a dicotomia fato x valor. Ao tempo em que repudia a metafísica, que de certa maneira desconhecera a distinção, afirma que “*fatos e valores são profundamente interdependentes; não há quaisquer fatos sem obrigações, tanto quanto não há obrigações sem fatos.*”⁸⁸ Putnam também contesta a lei de Hume, destacando que os fatos, como

⁸⁶ Seria o livro **Intention**, de 1957. Cf. ZIELINSKA, A. C. **Métaéthique: connaissance morale, scepticismes et réalismes**. Paris: Vrin, 2013.

⁸⁷ FOOT, Philippa. Les croyances morales. In: ZIELINSKA, A. C. **Métaéthique: connaissance morale, scepticismes et réalismes**. Paris: Vrin, 2013, p. 225-253. Tradução para o francês de Gaël Kervoas e Ronan Sharkey.

⁸⁸ 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.

definidos pelas ciências, já comportam muitas vezes valorações e que, por outro lado, os valores podem, sim, ser objeto de discussão, defendendo a possibilidade do debate ético em busca das melhores soluções.⁸⁹

1.1.2.2. Crítica ao empirismo e à noção de objetividade no campo da ética

Aqui, atribui-se ao relativismo o vício empirista ou verificacionista. Tributário de uma concepção de verdade própria das ciências naturais, o relativismo a transporia para o campo da ética – chegando com isso à decepção conducente a negar qualquer objetividade ou verdade nesse domínio. Para alguns realistas e objetivistas, a verdade no campo da ética não seria passível da mesma abordagem, sujeita à *verificação* exigida pelo positivismo lógico, mas ainda assim seria possível.

Putnam evolui do realismo metafísico para o chamado “realismo interno” ou de “face humana”, que não seria a “*visão da verdade a partir do olho de Deus*”⁹⁰, mas a possibilidade dela como realidade humana. Acredita na possibilidade não de uma única resposta verdadeira, mas de *melhores e piores versões*, e nisso consistiria a objetividade.⁹¹ Afirma ademais a possibilidade de por vezes captarmos os fatos corretamente⁹², mas descarta “*o sonho de uma descrição do que realmente existe*”⁹³, propondo uma terceira via entre o ceticismo e o cientificismo.⁹⁴

A adesão de Putnam a essa forma de pensar dá-se com a recuperação do pensamento pragmatista, com ênfase na prática como critério da verdade. Mas o fato de que nada fora de nossas práticas *garanta* a validade de nossas afirmações não deve conduzir ao ceticismo.⁹⁵ Conhecemos *a partir* da nossa particular situação no mundo. Segundo Moris Polanco, para Putnam,

É precisamente a invocação de um contexto neutro que levou o realismo metafísico contemporâneo a afirmar que só a ciência física pode reclamar certeza absoluta, e que no campo da ética (o campo dos valores) não se

⁸⁹ PUTNAM, Hilary. **O colapso da verdade e outros ensaios**. São Paulo: Ideias e letras, 2008, *passim*.

⁹⁰ *Idem*. 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.

⁹¹ *Apud* POLANCO, Moris. **Realismo y pragmatismo: biografia intelectual de Hilary Putnam**. Leitor Kindle, 2014, posição 566.

⁹² *Ibid.*, posição 541

⁹³ *Ibid.*, posição 557.

⁹⁴ *Ibid.*, posição 576.

⁹⁵ *Ibid.*, posição 4822.

pode falar de objetividade (...)⁹⁶

E desse ponto de vista, o panorama que se apresenta é muito distinto: não é que o conhecimento ético não possa reclamar ser absoluto; é que a noção mesma de conhecimento absoluto é incoerente.⁹⁷

Ronald Dworkin, na teoria do direito, como veremos adiante, é conhecido por defender a existência de uma “única resposta correta” (*one right answer*), mesmo nos *hard cases*, que envolvem questões de forte conotação moral. Adversário do ceticismo ou relativismo ético, também o vê como dependente de uma concepção de verdade advinda das ciências naturais. Como Putnam, pretende afastar-se tanto do realismo moral – que afirma a existência objetiva dos valores – quanto do ceticismo ou antirrealismo: as duas posições acabariam por negar a *independência do reino dos valores*⁹⁸, tentando ancorá-los em algo externo a eles, o ponto arquimediano, “partículas moralmente carregadas” ou “*morons*”,⁹⁹ trocadilho que denuncia a pretensão de buscar para a moral um fundamento último similar às partículas subatômicas para a física.

Dworkin distingue as figuras do *cético interno e externo*. O primeiro argumentaria nos marcos do debate moral, isto é, debateria os argumentos morais em jogo para chegar à conclusão de que, em determinado caso ou questão, não haveria uma melhor resposta. Dworkin mostra-se complacente com esse tipo de ceticismo, mas não com o cético externo, atribuindo o epíteto a Stanley Fish, que por sua vez criticara a concepção de uma interpretação única ou verdadeira em Dworkin.¹⁰⁰ O ceticismo externo, como visto no parágrafo anterior, buscaria assegurar-se dos pontos de vista morais apelando a algo externo à moral, a certificações vindas de fora, assumindo um ponto de vista metafísico e chegando mesmo a ser irrelevante para o debate moral.¹⁰¹

Para Dworkin, um argumento moral somente pode ser combatido por outro argumento moral. Discutir se a proposição “a escravidão é condenável” é verdadeira ou falsa só faria sentido dentro do debate moral e a partir de argumentos morais, não sendo

⁹⁶ POLANCO, Moris. **Realismo y pragmatismo: biografía intelectual de Hilary Putnam**. Leitor Kindle, 2014, posição 4830.

⁹⁷ *Ibid.*, posição 4842.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2011. Leitor Kindle, p. 9.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ A irrelevância do ceticismo afirmada por Dworkin era já de alguma forma discutida por Bernard Williams (WILLIAMS, Bernard. **Morality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1972. Leitor Kindle, posição 306)

possível qualquer assertiva externa. A questão não seria saber se existem verdades morais, mas quais são elas. A questão é longamente tratada no seu *Justice for Hedgehogs*¹⁰², onde Dworkin afirma o que lhe parece ser sua posição mais radical do ponto de vista filosófico: a independência dos valores em relação à metafísica.¹⁰³ Mais adiante ele diz: “*não há quaisquer verdades sobre os valores que sejam não-avaliativas, de segunda ordem ou metaéticas.*”¹⁰⁴

A posição de Dworkin, de negar a existência da metaética, reflete a reação de filósofos do século XX ao positivismo lógico, colocando em questão a pertinência do problema epistemológico. Pode-se encontrar essa abordagem em Heidegger, Wittgenstein, Stanley Cavell. Não podemos questionar a existência do mundo, pois estamos nele (o *Dasein*), compartilhamos uma *forma de vida*, uma linguagem que nos habilita a comunicar e viver, e que por sua vez limita os questionamentos que podemos ter. Cavell, aceitando a “verdade do ceticismo”, defende contudo que a realidade do mundo e dos demais seres humanos não são funções do nosso *conhecimento*, e sim da nossa *aceitação* e do nosso *reconhecimento*.¹⁰⁵ Rorty, como vimos acima, também fala em uma “*transição da epistemologia para a política.*”¹⁰⁶

1.1.2.3. A vida ou visão ordinária e o senso comum

Todas as questões prévias, suscitadas por filósofos que se opõem ao relativismo axiológico, originam-se e ao mesmo tempo desaguam no que seria um elogio da “visão ordinária” e do “senso comum” no pensamento ético, com o uso corriqueiro e incontornável que nesse âmbito fazemos das noções de certo e errado, verdadeiro e falso.

Bernard Williams questiona se, do ponto de vista prático, é mesmo possível a figura do cético total, o pirrônico da Antiguidade; ele teria que usar o vocabulário moral e ao mesmo tempo suspender seu julgamento em relação a todas as questões éticas. Prometer algo, por exemplo, e ao mesmo tempo sustentar que não há nada

¹⁰² DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2011.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 9. Não nos parece que a posição de Dworkin seja original. Putnam, como visto, tem posição semelhante. A autonomia da moral é também defendida por autores céticos como Hume.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰⁵ *Apud* TECHIO, Jônadas. Ceticismo e Finitude: Notas sobre a filosofia de Stanley Cavell. In: SILVA FILHO, Waldomiro J.; SMITH, Plínio Junqueira (Org.). **As consequências do ceticismo**. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2012, p. 210.

¹⁰⁶ RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 128.

a dizer sobre o dever de cumprir promessas.¹⁰⁷

Dworkin, como vimos, sustenta a tese da “independência do reino dos valores”, como um mundo próprio em que as assertivas valorativas não estão sustentadas por nada “externo”, um argumento moral só podendo ser contraditado por outro argumento moral. Com isso ele defende o que chamou de “visão ordinária” das pessoas. Sua posição “*sustenta que os julgamentos morais podem ser verdadeiros ou falsos e que o argumento moral é necessário para estabelecer o que é o quê.*”¹⁰⁸ Ainda na defesa da visão comum, Dworkin assevera que

você provavelmente pensa que a verdade de suas convicções morais não depende do que alguém pensa ou sente. Você pode dizer, para deixar claro o que você pensa, que torturar bebês por prazer é “realmente” ou “objetivamente” errado. Essa atitude em relação à verdade moral – de que pelo menos algumas opiniões morais são objetivamente verdadeiras nesse sentido – é muito comum. Eu vou chamá-la de visão “ordinária”.¹⁰⁹

Num sentido em tudo semelhante, Putnam assevera:

Aceitar a “imagem manifesta”, o *Lebenswelt*, o mundo tal e qual experimentamos, exige dos que (para o bem ou para o mal) fomos educados filosoficamente, que recuperemos tanto nosso sentido do mistério [...] como nosso sentido do comum, porque que algumas ideias “não sejam razoáveis” é, apesar de tudo, um fato *comum*; são apenas as estranhas noções de “objetividade” e de “subjetividade” que adquirimos da Ontologia e da Epistemologia que fazem com que nos sintamos incomodados em habitar o comum.¹¹⁰

Apesar de partir do expressivismo, posição não-cognitivista, asseverando que “*não encontramos prescrições éticas autoritativas construídas na ordem das coisas*”¹¹¹, Blackburn defende vigorosamente a possibilidade do debate moral e o uso legítimo do discurso realista, que seria o nosso modo “ordinário” de pensar em termos de verdade moral. Nisso consistiria o seu quase-realismo, já explanado acima, que complicaria em várias áreas a metodologia do debate realismo/antirrealismo.¹¹²

¹⁰⁷ WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the Limits of Philosophy**. Abingdon: Routledge, 2006. Leitor Kindle, posição 564.

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2011. Leitor Kindle, p. 26.

¹⁰⁹ *Ibid.*, posição 543. (tradução nossa)

¹¹⁰ *Apud* POLANCO, Moris. **Realismo y pragmatismo: biografia intelectual de Hilary Putnam**. 2014, Leitor Kindle, posição 4556.

¹¹¹ BLACKBURN, Simon. **Ethics: a very short introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2001. Leitor Kindle, p. 114. (tradução nossa)

¹¹² BLACKBURN, Simon. **Oxford Dictionary of Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 303.

1.1.3. Respostas do não-cognitivismo

Uma crítica por vezes dirigida ao relativismo, que deixamos de abordar no tópico anterior, é a de que, ao afirmar a inexistência de verdades, também ele – o próprio relativismo –, seria “relativo” e poderia estar errado. A crítica é feita, por exemplo, por Putnam.¹¹³ Mas nos parece refutável com certa facilidade. Como vimos, o ceticismo é uma posição metaética, de segunda ordem; ele afirma que questões morais de primeira ordem, como a obrigatoriedade de cumprir promessas, de ajudar os mais necessitados, asserções relativas ao aborto, etc, não comportam um juízo de verdade/falsidade. Contudo, o ceticismo não é em si mesmo uma questão moral e chega a suas conclusões através de análises conceituais, verificações fáticas, etc. A assertiva cética de que não há valores objetivos¹¹⁴ não é em si um valor e não entraria em contradição consigo mesma.

Outro aspecto suscitado pelos objetivistas, aquele de como a moral se expressa na vida comum ou ordinária, é também enfrentado pelo não-cognitivismo. Com efeito, os autores céticos não vislumbram contradição no fato de sustentarem pontos de vista morais. John Mackie o faz distinguindo com rigor as questões de primeira e segunda ordem, que seriam “*não apenas distintas mas completamente independentes*”.¹¹⁵ Apesar de reconhecer a existência de um ceticismo que seria normativo, situado no primeiro nível – o cético aqui repeliria os preceitos morais – o ceticismo metaético permite que

alguém possa ser um cético moral de segunda ordem sem ser de primeira, e vice-versa. Um homem pode ter firmes posicionamentos morais, e de fato alguns cujo conteúdo seria totalmente convencional, ao tempo em que acredita que eles sejam simplesmente atitudes e políticas relativas à conduta que ele e outras pessoas adotam.¹¹⁶

Joseph Schumpeter afirma que “*perceber a validade relativa das próprias convicções, mas ainda assim defendê-las de forma intransigente é o que distingue o homem civilizado do bárbaro.*”¹¹⁷ Também André Comte-Sponville entende que o

¹¹³ 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.

¹¹⁴ MACKIE, J. L. **Ethics: Inventing Right and Wrong**. London: Penguin Books, 1990. Leitor Kindle, posição 126.

¹¹⁵ *Ibid.*, posição 146. (tradução nossa)

¹¹⁶ *Ibid.*, posição 146. (tradução nossa)

¹¹⁷ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. London: Routledge, 1943, p. 243. Tradução nossa do original: *To realize the relative validity of one's convictions and yet stand for them unflinchingly is what distinguishes a civilized man from a barbarian.*

relativismo escapa do niilismo: os valores não seriam absolutos do ponto de vista objetivo, mas permaneceriam *subjetivamente absolutos*.¹¹⁸ A vida moral, com a dissociação entre verdade e valor, permaneceria íntegra, sem perder seu vigor ou atenuar as discordâncias.¹¹⁹ Radbruch, referindo-se ao *Nathan* de Lessing, na mesma linha, afirma: “o silêncio da razão teórica era justamente o mais forte estímulo que podia haver para a razão prática falar.”¹²⁰

Também a questão da vida ordinária é controvertida. Os objetivistas aduzem que sua abordagem está de acordo com o senso comum e a vida ordinária, e que a posição cética os contraria. Ora, o ceticismo reivindica também estar em consonância com a vida ordinária ou cotidiana e devolve a crítica ao dogmatismo. Fá-lo inicialmente distinguindo entre o contexto teórico e o contexto prático – as posições céticas se situariam no contexto teórico, estabelecendo para este último exigências epistemológicas mais rigorosas.¹²¹

O ceticismo como corrente filosófica geral, não apenas o ceticismo moral, exigiria de fato uma justificação mais rigorosa do conhecimento. Um exemplo seria a desconfiança quanto aos nossos sentidos; único meio de conhecer a realidade, eles poderiam também falseá-la, distorcê-la ou ao menos nos distanciar irremediavelmente daquilo que Kant chamou “a coisa em si”. Outro exemplo são as chamadas *hipóteses céticas*, como a de que poderíamos ser “cérebros numa cuba”, como no filme *Matrix*, ou criação de um gênio maligno capaz de nos enganar quanto ao que de fato é a realidade, ou ainda a impossibilidade mais singela de dizermos com certeza se estamos dormindo ou acordados.¹²² Descartes, pondo tudo sob a dúvida metódica, aduz que “*não há quaisquer indícios concludentes, nem marcas assaz certas por onde se possa distinguir nitidamente a vigília do sono.*”¹²³

Plínio Junqueira Smith explica que os céticos não propõem tais hipóteses para sugerir que possam ser verdadeiras ou prováveis, mas para demonstrar teoricamente que não podemos garantir que sabemos as coisas que supomos saber.¹²⁴ Em relação à vida prática, o ceticismo a deixaria intocada, podendo ser lembrado aqui o conceito já examinado de “ceticismo insulador”. Na vida cotidiana, não se apresentariam alternativas

¹¹⁸ COMTE-SPONVILLE, André. **Valor e verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 65.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 62.

¹²⁰ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1997, pp. 57-58.

¹²¹ Cf. SMITH, Plínio Junqueira. **Ceticismo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 36.

¹²² *Ibid.*, pp. 12-17.

¹²³ DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. São Paulo: Difel, 1964, p. 119.

¹²⁴ SMITH, Plínio Junqueira. *Op. cit.*, p. 16.

relevantes ao nosso conhecimento, de maneira que podemos aceitá-lo sem maior dificuldade. Para saber que um lápis é azul, basta saber que não é vermelho, e não preciso eliminar a hipótese de que estaria sonhando, o que num contexto teórico pode ensejar a dúvida. Ainda segundo Smith, historicamente considerado,

o ceticismo não é um ataque ao conhecimento e às crenças comuns. Aos olhos dos cétricos, são os filósofos dogmáticos que atacam nosso saber comum e nossas crenças banais. Os dogmáticos recusam que sabemos o que cremos saber, porque *eles* têm em mente uma concepção muito forte do conhecimento [...] ¹²⁵ (grifo do autor)

Também Oswaldo Pereira Porchat assevera, com base nos escritos dos pirrônicos clássicos:

O cétrico vive, seguindo o fenômeno, a vida comum, em que se reconhece inserido. Como o comum dos homens, ele se serve de seus sentidos e inteligência, experiência, instintos e paixões, se pauta por tradições e costumes, se serve dos ensinamentos das artes e técnicas. Tal é a orientação de sua natureza humana, o cétrico pirrônico não se furta ao uso não-dogmático do termo “natureza”. O cétrico pratica a-dogmaticamente (*adoxástos*) a observância não-filosófica da vida comum. E, se a filosofia dogmática investe contra a vida comum, se tenta contestá-la, ou substituir-se a ela, ela encontrará o cétrico militando ao lado da vida comum, fazendo-se desta o advogado. Ser pirrônico é conferir o primado à vida comum, diante de eventuais investidas da filosofia. Relembrando com bom humor as falácias dos dialéticos, Sexto ri-se deles e invoca contra elas o senso comum e a sabedoria prática dos homens da *tékhnē*. Menciona com simpatia e de modo algo gaiato o procedimento das pessoas comuns que, ante o questionamento filosófico da realidade do movimento ou da geração, continuam tranquilamente a caminhar e a fazer filhos. ¹²⁶

O mesmo autor parece rechaçar as qualificações já mencionadas como a de “ceticismo insulador”, que visam a enfatizar a aceitação, pelo cétrico, dos postulados da vida ordinária. Isso porque essa aceitação seria o cerne mesmo do ceticismo pirrônico. Para Porchat, as críticas dirigidas ao ceticismo pela filosofia do século XX miram um tipo diferente de ceticismo, como o nascido direta ou indiretamente da primeira meditação de Descartes, ou ainda figurações simplistas e muitas vezes caricatas do filósofo cétrico. ¹²⁷ Como dito, não seria esse o espírito do ceticismo pirrônico. Dessa forma, Porchat chega a vislumbrar que parte dessa filosofia, que se quer crítica do ceticismo, na verdade é ela própria *pirronizante*, pois desconfiada do Absoluto, dos dogmatismos metafísicos,

¹²⁵ SMITH, Plínio Junqueira. **Ceticismo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, pp. 49/50.

¹²⁶ PEREIRA, Oswaldo Porchat. **Rumo ao ceticismo**. São Paulo: UNESP, 2006, p. 265.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 269.

científicos, epistemológicos e morais e instalada no espaço que denominou de “*mundo do fenômeno e da empiria*.”¹²⁸

Na mesma linha, Vítor Hirschbruch Schwartz entende que as críticas de Wittgenstein no seu *Sobre a certeza* dirigem-se a um alvo diferente do pirronismo antigo e afirma haver indícios de que “*os cétricos gregos concordariam mais com Wittgenstein do que com os cétricos idealistas contemporâneos*.”¹²⁹

Aqui se coloca uma questão interessante. Se o caminho natural do cético, como já vimos, seria o retorno à vida comum, ordinária, ou se não chega a se afastar dela, restaria saber se o ceticismo moral possui alguma relevância. Se voltamos ao uso do vocabulário realista, como quer Blackburn, se podemos discordar e debater em busca da melhor resposta moral, o ceticismo nada acrescentaria. Para seus opositores, segundo Bernard Williams, ele *deixaria tudo como está* e não conseguiria levar a qualquer atitude prática, nem mesmo ao indiferentismo.¹³⁰ Já vimos que também Dworkin sustenta a irrelevância do ceticismo para o debate moral. Tentaremos dar resposta a tais questões nos próximos itens.

1.1.4. Defesa de um não-cognitvismo moderado

Após explicitar os principais postulados do ceticismo, as críticas que lhe são dirigidas pelos realistas, e algumas de suas respostas, podemos sustentar a defesa de um ceticismo ou não-cognitvismo moderado.

Com efeito, um primeiro aspecto a observar é que, como visto, o ceticismo da forma como foi defendido por Hume e por importantes autores do século XX não contradiz os postulados práticos da vida comum. O cético aceita por assim dizer as verdades manifestas ou evidentes que se apresentam no cotidiano, tanto relativas ao mundo físico como à vida moral.

Da mesma forma, a posição cética não leva ao indiferentismo moral, ou seja, à afirmação de que as assertivas morais são todas equivalentes. Ela confere ao cético o direito de defender seus pontos de vista morais, preferi-los a outros, discordar e debater. O cético apenas renuncia a reforçar sua posição moral com a qualidade de “verdade”, em

¹²⁸ PEREIRA, Oswaldo Porchat. **Rumo ao ceticismo**. São Paulo: UNESP, 2006, p. 268.

¹²⁹ 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.

¹³⁰ WILLIAMS, Bernard. **Morality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1972. Leitor Kindle, posição 451.

especial aquela verdade advinda das ciências físicas ou da metafísica filosófica ou religiosa.

Três aspectos seguem sendo para nós relevantes e autorizando as conclusões cétricas:

- O argumento da *relatividade dos costumes e crenças*, já estudado acima ao mencionarmos o ceticismo antigo, Montaigne, John Mackie. E não podemos discordar da afirmação deste último de que “*as diferenças radicais entre julgamentos de primeira ordem tornam difícil tratá-los como apreensões de verdades objetivas.*”¹³¹ Parece-nos também relevante, nesse ponto, a consideração de que nossas crenças acabam sendo determinadas pela adesão a um modo de vida e não o contrário. É Montaigne que nos fornece a fórmula com a assertiva de que “*somos cristãos como somos perigordinos ou alemães.*”¹³²
- A *irreduzibilidade dos fins últimos da vida humana*, enfatizada por Hume. Os fins colocados para a existência individual e social não poderiam ser explicados de maneira causal e racional, não podendo se impor de forma universal. Em determinado ponto, em que se chega ao impasse quanto a essas “crenças últimas” – “*irriducibilità delle credenze ultime*”, no dizer de Bobbio¹³³ - sobre o que se deve fazer e como se deve viver, a razão mostra-se impotente em apontar a solução correta ou a melhor interpretação.
- E, próxima à ideia anterior, a questão da *incomensurabilidade dos valores*, sua colisão por vezes irremediável, como vimos no *pluralismo agônico* de Isaiah Berlin.

Ainda sobre a irreduzibilidade e a conseqüente incomensurabilidade dos

¹³¹ MACKIE, J. L. *Ethics: Inventing Right and Wrong*. London: Penguin Books, 1990. Leitor Kindle, posição 459. (tradução nossa).

¹³² MONTAIGNE, Michel de. *Ensaaios*. São Paulo: Victor Civita, 1972, Livro II, cap. XII, p. 211. (Coleção “Os Pensadores”, vol. XI.) Imediatamente antes do trecho citado, Montaigne afirma ainda sobre a religião católica: “*Em outras regiões, outras influências, promessas e ameaças poderiam igualmente impor-nos outras crenças.*”

¹³³ BOBBIO, Norberto. *De senectute e altri scritti autobiografici*. Torino: Einaudi, 1996, p. 174.

fins da vida humana, assevera Norberto Bobbio:

[...] quando vem a faltar a concordância quanto ao fim, quando, portanto, mais fins entre si contrastantes se apresentam, cai então a aparente objetividade. Tomemos como exemplo o problema da disciplina jurídica das práticas anticoncepcionais. Por que não se pode extrair da natureza dos fatos a disciplina jurídica desse problema? Se o fim que aqui se propõe for a observância de uma certa regra ético-religiosa, parecerão agora relevantes certos fatos e se propõe uma certa solução; se, pelo contrário, o fim for o controle do crescimento demográfico, outros fatos parecerão relevantes e se propõe uma outra solução.¹³⁴

O fato de a “realidade” da vida moral incluir o uso dos conceitos de certo e errado, verdadeiro e falso, não significa *ipso facto* que exista uma verdade moral objetiva. Vimos que Dworkin baseia-se, para rejeitar o ceticismo, na “visão ordinária” que as pessoas têm da vida moral, afirmando que um argumento moral só pode ser contraposto por outro argumento moral, sendo possível encontrar a resposta correta; assevera ainda que não existem na vida moral posições não-avaliativas, negando a própria existência e relevância da metaética.

Ao se referir à nossa experiência moral comum, Demetrio Neri diz que “*sentimo-nos obrigados por normas ou levados a perseguir valores de uma maneira que seria dificilmente explicável, a não ser assumindo a objetividade deles.*”¹³⁵ Essa seria a constatação do que acontece de ordinário na vida moral. Contudo, para o mesmo autor, essas considerações “*não tiram o fato de que a objetividade de que se fala aqui parece ser o resultado da necessidade de crer e não o seu fundamento(...)*”¹³⁶

O que o “cético externo” parece querer dizer é que, em alguns casos, apesar de acreditarmos na “nossa” verdade, temos condições de saber e admitir que ela não é verificável da mesma forma que é possível fazer em outros domínios do conhecimento. Essa construção teórica é legítima, sendo inegável que boa parte da filosofia se debruça sobre as *condições da verdade* nas diversas áreas do conhecimento e da prática humana. Não haveria por que excluir a moral dessa reflexão.

Ao qualificarmos como *moderado* o não-cognitívismo que defendemos, entendemo-lo como aquele que aceita os postulados da vida ordinária, rejeita o indiferentismo moral, mas sobretudo acata a existência de verdades morais, as noções de

¹³⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006, p. 178.

¹³⁵ NERI, Demetrio. **Filosofia moral: manual introdutivo**. São Paulo: Loyola, 2004, p. 93.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 93.

certo e errado ou de resposta correta, *dentro de certos limites*. Essas verdades ou respostas corretas ou, ainda, como destaca Putnam, *melhores*, adviriam de vários aspectos conjugados: preceitos de uma moralidade natural, como admite Hart ao falar em um “*conteúdo mínimo de Direito Natural*”¹³⁷, o desenvolvimento histórico da moralidade, os preceitos morais e jurídicos existentes e válidos em cada sociedade ou em um grupo delas, documentos internacionais como declarações e tratados sobre direitos humanos, tudo isso a permitir algum consenso em termos de questionamentos e debate moral.

Da mesma forma, acatamos em certa medida a crítica realista à exacerbação da dicotomia *fato x valor*. Mark Richard, valendo-se muitas vezes das formulações já visitadas de Hare – de que os conceitos morais comportam um elemento descritivo e outro normativo, sendo que mesmo este último obedece a alguma forma de racionalização (pela generalização que lhe é ínsita) –, defende a possibilidade do debate e de encontrar uma melhor resposta mesmo em questões de gosto. Sempre temos *razões* para expressar uma preferência; existe numa apreciação qualquer o próprio estado da apreciação mas também uma crença que o sustenta, lembrando-se que *crença*, nas teorias do significado (*belief*), é um estado cognitivo que remete a algo que cremos verdadeiro ou falso no mundo exterior.¹³⁸ Creio na vida após a morte – e isso remete a uma objetividade –, o que tem influência no meu comportamento ou maneira de ver as coisas; se sou convencido da inexistência da vida após a morte, minha maneira de ver o mundo e de me comportar podem ser alterados. Creio na superioridade física ou biológica de determinada raça, e em razão disso tenho um comportamento racista ou discriminatório; mas posso mudar de comportamento se minha crença na superioridade for abalada. Dessa forma, o debate racional torna-se possível e útil.¹³⁹

Mas aqui queremos destacar que, se a verdade e as noções de certo e errado na vida moral constituem a “visão ordinária” das pessoas e das sociedades, a pluralidade de modos de vida, a indeterminação e a dúvida sobre algumas questões e mesmo dilemas morais *são também elementos da vida ordinária*. Parece ter razão Plínio Junqueira Smith quando afirma que são os filósofos dogmáticos que atacam nosso saber comum e nossas crenças banais (ver 1.1.3).

A dúvida também é comum na vida moral e a noção de “única resposta correta”, que equivaleria a uma resposta correta objetivamente, pode soar aqui, para

¹³⁷ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 250. Para ele, haveria uma conexão racional entre alguns “fatos naturais” e o conteúdo das normas jurídicas e morais.

¹³⁸ RICHARD, Mark. **When truth gives out**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 127.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 123.

recuperar a crítica de Mackie, uma esquisitice (*queerness*). Se Blackburn com seu quase-realismo advoga o direito de usar o vocabulário realista do verdadeiro e do falso, por corresponder isso à realidade da vida moral, a dúvida quanto ao certo e o errado é da mesma forma uma realidade. Mesmo no interior de uma dada cultura, a vida moral comporta indeterminação e dilemas.

Pode-se falar numa epistemologia das proposições baseadas em *razões*, sobre o que constitui para alguém uma razão de crer, de sentir ou de agir. Essas razões podem ser práticas, epistêmicas e avaliativas.¹⁴⁰ As razões práticas diriam respeito às diversas circunstâncias de fato que podem motivar a ação, como a utilidade, a necessidade, etc. As razões epistêmicas baseiam-se num conhecimento qualquer sobre o mundo, enquanto as razões avaliativas adentrariam no mundo dos valores e dos afetos. Para John Skorupski, tanto as crenças, no sentido de estado cognitivo sobre o mundo, como os estados afetivos, como as ações “*possuem todas um conteúdo inteligível, e pode-se apreciá-las como sendo razoáveis ou não.*”¹⁴¹

O citado autor parece admitir que o escrutínio das razões que embasam as proposições seria suficiente para dizer de sua razoabilidade ou não, de sua correção ou incorreção. Você não tem razão para crer nisso, porque a ciência provou o contrário; você não tem razão para pegar o ônibus, porque o táxi se mostra um meio mais confiável de chegar ao aeroporto; você não tem razão de se sentir assim.

Admitimos que nossas crenças e ações têm sempre razões subjacentes. Contudo, o fato de que essas razões sejam inteligíveis, identificáveis, não significa que uma delas possa sempre sobrepor-se a outras, de maneira a dirimir a controvérsia. Assim, quanto às razões epistêmicas, aquelas que dizem respeito ao nosso conhecimento sobre o mundo, podemos nos deparar com a *insuficiência* ou imprecisão desse conhecimento.

Num tema como o aborto, a par de razões propriamente valorativas, temos também um quadro de indeterminação de razões epistêmicas, que diz respeito ao momento inicial da vida humana, se se daria com a mera concepção (posição *concepcionista*) ou num estágio mais avançado do desenvolvimento do embrião (posição *sencientista ou neurológica*¹⁴²). Mesmo no campo da teologia – que ventilaria também razões epistêmicas,

¹⁴⁰ SKORUPSKI, John. Les propositions portant sur des raisons. In: ZIELINSKA, A. C. **Métaéthique: connaissance morale, scepticismes et réalismes**. Paris: Vrin, 2013, pp. 167-209.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Esta tese perquire a partir de que momento, na gestação, o novo ser torna-se *senciente*. É uma posição gradualista, mais à vontade com o direito ao aborto precoce, defendida pelo filósofo Jeff McMahan, para quem “um aborto precoce não mata ninguém, apenas impede alguém de vir a existir.” (*Apud* BONELLA, Alcino Eduardo. A ética do aborto. **Revista Filosofia**, São Paulo, Ed. Escala, Ano VI, n. 65, p. 50)

de conhecimento sobre o mundo – a polêmica existe sobre eventual transmissão da alma ao feto pelos pais (*traducionismo*) ou a sua introdução no corpo por Deus (*criacionismo*), em momento que por sua vez geraria controvérsias. Umberto Eco, em troca de cartas com o Cardeal Martini, oferece-nos exemplo da reserva epistêmica (*epistemic restraint*), após esclarecer que, talvez em razão de sua formação religiosa, não concordaria com o aborto de embrião gerado por ele:

Não sou biólogo (assim como não sou teólogo) e não me sinto em condições de fazer qualquer afirmação sensata sobre este limiar, se é que, de fato, existe um. Não há uma teoria matemática das catástrofes capaz de nos dizer se existe um ponto de guinada, de explosão súbita: talvez estejamos condenados a saber apenas que existe um processo, que seu resultado final é o milagre do recém-nascido e que o momento em que se teria o direito de intervir nesse processo e em que não seria mais lícito fazê-lo não pode ser esclarecido, nem discutido. Logo, tanto não tomar jamais tal decisão, quanto tomá-la é um risco pelo qual a mãe responde apenas ou diante de Deus ou diante do tribunal da própria consciência e da humanidade.¹⁴³

David Wong, defensor de um relativismo que poderíamos também qualificar de moderado, reconhece a profunda dificuldade da questão do aborto, oriunda de desacordos epistêmicos e valorativos.¹⁴⁴

As razões avaliativas, baseadas em valores ou afetos, seriam ainda menos aptas a dirimir controvérsias dessa magnitude. Isso porque, como admitimos, os valores são incomensuráveis e podem colidir de maneira irremediável. Assim, num tema como o das cotas raciais ou ações afirmativas, a crença de que tais medidas são razoáveis e corretas baseia-se numa razão de caráter avaliativo ou valorativo, que seria uma concepção de igualdade material, que leva em conta fatores históricos e sociais; a crença oposta, contrária a tais medidas, baseia-se numa razão valorativa distinta, pondo ênfase na igualdade formal ou na noção do mérito individual. Tais razões valorativas a nosso ver não podem ser preferidas uma em relação à outra de forma racional. Em termos jurídicos, poderíamos ver aí, em relação à igualdade, um exemplo da colisão *intraprincípio* mencionada por Marcelo Neves.¹⁴⁵ Também John Hart Ely parece cético quanto a que apenas a concepção de igualdade entre as raças possa gerar um consenso sobre as ações

¹⁴³ ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. **Em que creem os que não creem?** 13a ed. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 33. Tratei da questão no meu: Limites do direito diante da autonomia moral do indivíduo: os riscos do *máximo ético*. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, ano XXIV, n. 116, São Paulo, pp. 69-82, jan./mar. 2013.

¹⁴⁴ WONG, David. Relativism. In: SINGER, Peter. **A Companion to Ethics**. Oxford: Blackwell Publishing, 1993, cap. 39, pp. 442-450.

¹⁴⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 160.

afirmativas, “*uma tradição unitária que verse sobre a questão de as minorias poderem, ou não, ser favorecidas.*”¹⁴⁶

Por fim, as próprias razões práticas podem padecer da mesma indeterminação. Questões como a utilidade de determinada medida e sua eficácia social podem ser impossíveis de aferir, pelo menos em determinado momento. A eficácia da política de cotas para a integração social de determinado segmento pode ser questionada ou sua efetividade para o almejado objetivo de combater a discriminação racial, ainda que os interlocutores concordem quanto às razões valorativas. Da mesma forma, em relação à pena de morte, ainda que haja acordo sobre os valores que recomendariam sua adoção, os interlocutores podem divergir quanto à sua aptidão para dissuadir a prática de crimes.

Dessa forma, certo grau de indeterminação é não apenas comum, como incontornável nas questões morais – bem como naquelas envolvendo os direitos fundamentais, como veremos no próximo capítulo. A metaética, e dentro dela o não-cognitivismo, possibilita levantar tal questão. Se, com os defensores do direito natural, concordamos que há coisas que “*não podemos não saber*”¹⁴⁷, há evidentemente coisas que podemos não saber e coisas que não podemos saber.

1.1.5. Relativismo e tolerância

Vimos que alguns autores, e Dworkin em particular, apontam a irrelevância do ceticismo para o debate moral. Debater se há ou não verdades morais em nada acrescentaria à discussão sobre uma questão de primeira ordem como, por exemplo, o aborto; aliás, segundo ele, “*não há quaisquer verdades sobre os valores que sejam não-avaliativas, de segunda ordem ou metaéticas.*”¹⁴⁸

Por outro lado, vimos que o próprio ceticismo, ao não encontrar o fundamento último da realidade, advoga o retorno do cético à vida ordinária, às convenções, tradições, a uma aceitação das aparências e fenômenos. Isso se constata já no ceticismo antigo, mas chega a refletir-se numa corrente atual da metaética, o quase-realismo de Simon Blackburn – não acreditando em verdades morais objetivas, ele admite que vivamos e possamos argumentar *como se* elas existissem.

¹⁴⁶ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 81.

¹⁴⁷ GAIRDNER, William D. **The Book of Absolutes: a Critique of Relativism and a Defence of Universals**. Montreal: McGill-Queen’s University Press, 2008, p. 190.

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2011. Leitor Kindle, p. 11.

A nossa resposta para essa questão é que, sim, o não-cognitivismo tem relevância não apenas teórica como prática, política. Uma consequência é sua implicação na questão da jurisdição constitucional moderna, que é propriamente o objeto deste trabalho. A abordagem não-cognitivista tem sua importância igualmente para a concepção de democracia, como veremos no último capítulo. Neste momento, contentar-nos-emos em estabelecer a relação entre relativismo moral e tolerância.

Para a crítica realista, a tolerância não é atributo ou consequência do ceticismo. A tolerância seria questão de primeira ordem e não de segunda; não seria, pois, decorrência de uma postura metaética qualquer. Ao negar as verdades morais, o ceticismo não poderia defender a tolerância de forma objetiva – o relativismo metaético não poderia se insurgir contra uma postura de intolerância política, racial ou religiosa. Por outro lado, o relativismo poderia incorrer numa espécie de “tolerância universal” em relação a quaisquer posturas morais, o que equivaleria a uma forma de indiferentismo.

No entanto, a realidade histórica e social nos mostra que a intolerância está geralmente associada a uma forma qualquer de objetivismo moral, tenha ele cunho religioso, político ou moral propriamente dito. Se a vida moral sempre pressupõe a adoção de valores e critérios de conduta, acreditar neles como *verdadeiros* tende a estimular a postura autoritária de querer os impor aos demais. É inegável que alguns valores devem ser partilhados e acabam impostos pelo direito, como forma de tornar possível a vida social. Mas onde o dissenso é permitido, acreditar nos próprios valores com alguma reserva, uma *reserva epistêmica*, a nosso ver predispõe a uma atitude tolerante frente aos valores alheios.

Essa atitude permite o distanciamento do sujeito em relação ao que acredita ser a verdade e abre espaço para a tolerância e a convivência.¹⁴⁹ Nesse sentido, podemos constatar que o advento da laicidade no campo religioso, a partir da Idade Moderna, torna-se possível a partir de um raciocínio que não deixa de dever algo ao ceticismo filosófico. Também os valores religiosos podem reivindicar a independência sugerida por Dworkin. Acredito, por exemplo, que só a fé salva, e não meramente as obras; estou convencido da minha verdade e, mantida a discussão no campo religioso, apenas argumentos religiosos podem contrapor-se à minha posição. A laicidade, além de ser um

¹⁴⁹ O relativismo axiológico é uma das fortes justificativas da democracia para Kelsen e Ross. Para este último, o valor do debate democrático não está “*em constituir um caminho para a verdade através da combinação de argumentos, senão em ser um caminho para o compromisso.*” (tradução nossa). *Apud* SQUELLA, Agustín. **Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos**. México: Distribuciones Fontanamara, 1998, p. 61.

compromisso de convivência, de primeira ordem, acaba sendo também uma concepção de segundo nível, uma admissão de que minha fé não pode ser comprovada e mostrar-se superior a outras concepções religiosas. Se isso não afeta minha crença enquanto tal, é inegável que tem consequências práticas no que concerne à convivência entre as religiões e à postura do Estado diante delas. A laicidade aparece, pois, nesse sentido, como uma espécie de metarreligiosidade e talvez o relativismo metaético possa produzir o mesmo resultado, agora no campo moral.

Essa ligação entre uma metaética moderadamente cética e uma ética de tolerância está patenteada nos escritos de Locke. Segundo Edgar Bryan Magee, a tolerância faz a ligação entre a filosofia política de Locke e sua teoria do conhecimento.¹⁵⁰ Ainda nesse sentido, assevera Chris Gowans:

(...)além da questão filosófica de saber se alguma forma de relativismo moral fornece uma razão para atitudes como a tolerância, há a questão psicológica de saber se as pessoas que aceitam o relativismo têm mais probabilidade de ser tolerantes. Como visto, existe alguma evidência de que os relativistas são mais tolerantes que os objetivistas, e já foi sustentado que, ainda que não justifique a tolerância, seria uma característica positiva do relativismo que sua aceitação torne as pessoas mais tolerantes (...) Claro, esse juízo pressupõe que, em algum sentido, é bom ser tolerante.¹⁵¹

Num sentido inverso, talvez mais complexo, pode-se chegar à metaética não-cognitivista por um imperativo ético de tolerância.¹⁵²

1.2. Metaética e filosofia do direito

Um dos objetivos do presente trabalho é demonstrar que o neoconstitucionalismo alberga uma premissa metaética, adotando em maior ou menor medida o objetivismo moral. Com efeito, não é incomum que as correntes da filosofia do direito façam asserções no campo da metaética ou epistemologia dos valores. Kelsen, como veremos, considera “*o relativismo axiológico como ponto de partida da teoria*

¹⁵⁰ MAGEE, Edgar Bryan. **Historia da filosofia**. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 108

¹⁵¹ 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.

¹⁵² Cf. 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.

*positivista do direito*¹⁵³, e também o realismo jurídico é associado ao ceticismo, enquanto o jusnaturalismo o é ao objetivismo moral. Trataremos dessas correntes, deixando o neoconstitucionalismo para o capítulo seguinte.¹⁵⁴

Antes, porém, faremos breve digressão sobre a relação entre direito, moral e justiça, segundo as correntes da filosofia jurídica.

1.2.1. Direito e moral

Um dos temas mais relevantes da filosofia do direito, a polêmica gira em torno de saber se existe uma conexão *conceitual* entre direito e moral, uma vez que a existência de uma conexão *contingencial* ou histórica é admitida pelos próprios positivistas. A concepção de uma conexão conceitual entre as duas realidades está expressa no brocardo jusnaturalista *lex iniusta non est lex*: a um determinado ponto da reflexão, direito e moral não se distinguiriam.

A *tese da conexão ou da vinculação entre direito e moral*, no plano conceitual, é sustentada pelo jusnaturalismo ou teoria do direito natural, e também por outras correntes moralistas da filosofia do direito, como por vezes são consideradas as formulações de Dworkin e Alexy (ver 2.1.3.3). O conceito de direito, para o jusnaturalismo, remeteria ao que considera ser sua essência, propiciar a realização da justiça e a convivência harmoniosa entre os homens. Radbruch, que fora positivista antes da Segunda Guerra Mundial, aderiu ao pensamento jusnaturalista após o conflito, cunhando a sua célebre fórmula de que “*a lei extremamente injusta não é lei*”, uma modalidade atenuada do brocardo latino, considerando, pois, que algumas leis adotadas sob o regime nazista não deviam ser consideradas como direito.¹⁵⁵

Um autor moderno como Alexy vê a conexão no próprio conceito. Ele afirma que o direito tem sempre uma “pretensão à correção”, isto é, postula sempre uma

¹⁵³ KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 100.

¹⁵⁴ Tratei da questão de forma semelhante no meu: **Filosofia do Direito**. São Paulo: Método, 2014, p. 158.

¹⁵⁵ O positivismo por vezes é associado ao regime nazista ou pelo menos é considerado incapaz de opor-se ao advento do totalitarismo. A questão, contudo, não é pacífica. Enquanto Perelman admite a associação, outros discordam ao afirmar que os nazistas não professavam o positivismo jurídico, mas, ao contrário, uma doutrina antipositivista e antiformalista, avessa às garantias individuais, segundo a qual o juiz alemão devia considerar o direito e a moral nazista uma só coisa. Nesse sentido, Cf. MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, n.º 58, pp. 183-202, novembro 2000. Também nesse sentido: 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.

legitimidade do ponto de vista moral, mesmo que não a tenha de fato. Seria impensável, diz Alexy, uma Constituição cujo primeiro artigo fosse “*X é uma república soberana, federal e injusta.*”¹⁵⁶ Essa abertura para a moral, além de possível desde o próprio conceito, seria propiciada igualmente pela existência dos princípios jurídicos.

Outros autores vislumbram a conexão entre direito e moral, de forma mais nítida, nos procedimentos de aplicação do direito, portanto, no momento interpretativo, como seria o caso de Dworkin. Para este autor, nos chamados casos difíceis (*hard cases*), quando a lei não é clara, o juiz deve buscar os princípios, que são a um tempo morais e jurídicos.¹⁵⁷

Já os positivistas entendem que para definir o direito não é necessário recorrer a noções próprias do campo moral, como a justiça: eles adotam a *tese da separação* entre direito e moral. John Austin, um dos precursores do positivismo jurídico, afirmou que “*a existência do direito é uma coisa, seu mérito ou demérito, outra*”¹⁵⁸, no que foi seguido por Hart, ao distinguir “*o que o direito é do que ele deveria ser.*”¹⁵⁹. Nas palavras de um positivista atual, Leslie Green,

O fato de uma política mostrar-se justa, inteligente, eficiente ou prudente nunca é razão suficiente para pensar que ela é realmente a lei, e o fato de esta última mostrar-se injusta, tola, ineficiente ou imprudente não é razão suficiente para duvidar disso.¹⁶⁰

Assim, para o positivismo jurídico, o direito é definido a partir de critérios formais e a validade da norma jurídica independe de sua coincidência com as regras da moral. Uma lei pode ser injusta ou até muito injusta sem deixar de ser lei. Mesmo negando a existência de uma conexão conceitual entre direito e moral, eles admitem, contudo, a existência de uma *conexão histórica ou contingencial*, isto é, apesar de as noções poderem ser distinguidas até de forma rigorosa, na prática das sociedades elas estão, sim, associadas – mas essa associação não é necessária, imprescindível, existente sempre em todos os casos. Assim, segundo, Hart,

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 44-45.

¹⁵⁷ Seria o que Dimitri Dimoulis chama de “moralismo da interpretação”, distinto do “moralismo da validade.” Cf. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, p. 91.

¹⁵⁸ AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 157. (tradução nossa)

¹⁵⁹ HART, H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Havard Law Review**, vol. 71, 1958, pp. 593-629.

¹⁶⁰ GREEN, L. Legal positivism. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>>. Acesso em: 03/03/2014. (tradução nossa)

não se pode negar em sã consciência que o desenvolvimento do direito tem de fato sido influenciado, em todos os tempos e lugares, tanto pela moral quanto pelos ideais convencionais de grupos sociais específicos(...)¹⁶¹

A ligação entre o direito e a moral, na concepção de Hart, vai ainda além. Este autor admite que existe no direito positivo, nas mais variadas épocas e lugares, um “conteúdo mínimo do direito natural”¹⁶², isto é, normas comuns ao direito e à moral, como as abstenções consistentes em não matar ou ofender a integridade física de outrem e respeitar a propriedade alheia; tais normas derivariam de características intrínsecas da existência humana, como a vulnerabilidade física e os recursos materiais limitados, entre outras. Contudo, mesmo assim, Hart continua a defender a tese da separação conceitual entre direito e moral.

O problema mais direto colocado por essa divergência conceitual refere-se às chamadas *leis injustas*. Para o positivismo, se atendidos os pressupostos formais de validade, elas continuam tendo o caráter de leis e de direito. Isso não significa, para o positivismo mais moderno, que haja uma obrigação de obedecê-las. No dizer de Hart, poderíamos chegar à seguinte conclusão: “*Isto é uma lei; mas é demasiado injusta para ser aplicada ou obedecida.*”¹⁶³

Para as teorias do direito natural, vale o princípio já adotado por Santo Tomás de Aquino de que *lex iniusta non est lex*. Contudo, o jusnaturalismo não prega a desobediência a quaisquer leis injustas; ao contrário, essa corrente em geral é complementada, no plano da filosofia política, pela teoria do contrato social, que legitima a existência dos governos e funda um dever de obediência às leis positivas.¹⁶⁴ De maneira que somente às leis *extremamente* injustas, ou seja, que cheguem a um patamar inaceitável de injustiça, seria possível negar o caráter de lei e mitigar o dever de obediência. Esta é a *fórmula de Radbruch*, acima mencionada.

Independentemente da questão conceitual, ou de qual o fundamento de validade da norma jurídica, é inegável – como se disse sobre as relações do direito com a

¹⁶¹ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 239.

¹⁶² *Ibid.*, p. 250.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 268.

¹⁶⁴ FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 110.

moral, e talvez aqui com maior razão – que o direito tem uma notável proximidade com a justiça, sendo sobretudo este o valor que o direito busca realizar, ainda que se possa divergir sobre o que ela significa. Pode-se dizer que o direito, a norma jurídica, sempre realiza ou alberga uma concepção qualquer de justiça. Uma pergunta sempre possível a respeito de determinada norma de direito, talvez a primeira ou a mais importante que se faça, é “*esta norma é justa?*”. Por isso, mesmo um positivista como Hart assevera:

A justiça é um segmento da moral primordialmente afeto não à conduta individual, mas às formas de tratar classes de indivíduos. É isso que confere à justiça sua especial pertinência na crítica do direito e de outras instituições públicas e sociais. É a mais pública e jurídica das virtudes.¹⁶⁵

1.2.2. Correntes da filosofia do direito e sua relação com a metaética

Buscaremos a seguir delinear os pressupostos e asserções metaéticas presentes nas principais correntes da filosofia do direito.

1.2.2.1. O jusnaturalismo

Ao postular a *teoria da conexão* entre direito e moral, o jusnaturalismo admite a existência de uma moral objetiva, de um *justo* que pode ser conhecido, pois válido diante de todas as subjetividades. Assim, podemos considerar que essa corrente adere a uma espécie de objetivismo ou realismo moral, distanciando-se do relativismo axiológico.

Os autores jusnaturalistas entendem que existe algo como o bem e a justiça, e não só isso, que essas realidades podem ser conhecidas pela razão e impõem-se à conduta humana como obrigação moral. Assim, a flagrante ou extrema injustiça de uma norma pode ser detectada. Também, como vimos, existem condições humanas básicas que implicam a objetividade e validade universal de certos valores, por exemplo, a não violência.

Zagrebelsky afirma ser “*próprio, com efeito, de qualquer visão jusnaturalista autêntica assumir a tríade: verdadeiro, justo, obrigatório.*”¹⁶⁶

Esse objetivismo às vezes é mínimo, refere-se a questões-limites em que o

¹⁶⁵ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 217.

¹⁶⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 119. (tradução nossa)

que é justo ou injusto, certo ou errado impõe-se à consciência humana. Alexy assevera que “o não-positivismo pressupõe uma ética não relativista minimamente rudimentar.”¹⁶⁷ Mas, mesmo assim, a existência e o conhecimento desses valores são afirmados.

Kelsen critica a concepção jusnaturalista, com base no relativismo axiológico e em especial na relatividade da noção de justiça. Destaca ainda o dualismo dessa corrente da filosofia jurídica, ao postular a existência de um direito natural, transcendente e de um direito positivo, dualismo que seria característico de toda metafísica e cujo esquema clássico é a teoria das ideias de Platão.¹⁶⁸ Já se considerou que Platão, mais que Hegel ou Schmitt, foi o verdadeiro adversário de Kelsen.¹⁶⁹

A nosso ver, não é errôneo associar o jusnaturalismo ao platonismo, sobretudo sob o aspecto da dicotomia que instaura entre o direito natural e o direito positivo, um direito natural verdadeiro e perene, mas que se faz ausente no direito positivo quando este o contraria, ou sob ele se oculta e lhe confere o fundamento.

1.2.2.2. O positivismo jurídico

Vimos que o jusnaturalismo baseia-se em uma compreensão objetivista dos valores morais – isto é, admite em certa medida a verdade dos valores morais, que podem ser reconhecidos e estabelecidos de forma objetiva, independentemente da compreensão de cada um sobre o que é correto, justo, etc.

Já o positivismo jurídico está baseado no relativismo axiológico, sobretudo em Kelsen. Este autor considera “o relativismo axiológico como ponto de partida da teoria positivista do direito”¹⁷⁰, e o faz porque admite que, se fosse um valor absoluto, a justiça seria capaz de fundamentar a validade do direito positivo, como quer o jusnaturalismo. Contudo, reconhece a ausência “de um absoluto em geral e de valores absolutos em particular”¹⁷¹ e ainda a possibilidade de normas de justiça diferentes e possivelmente contraditórias. Por essa razão, Kelsen busca uma fundamentação autônoma para o direito,

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 49.

¹⁶⁸ KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 100. Em sentido diverso, porém, da associação kelseniana do jusnaturalismo com a metafísica platônica, a doutrina do direito natural na sua forma moderna, bem como o contratualismo, fortalecem-se justamente no momento de ruptura com o pensamento medieval e católico e reivindicam um caráter científico e muitas vezes antirreligioso, buscando fornecer à modernidade uma nova legitimação do poder político e do direito.

¹⁶⁹ MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Kelsen contra o Estado. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Coord). **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen**. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 75-118.

¹⁷⁰ KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 100.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 100.

para a qual a justiça não é relevante. Em suas palavras,

Uma teoria do direito positivista, isto é, realista, não afirma - e isto importa acentuar sempre - que não haja qualquer justiça, mas que de facto se pressupõem muitas normas de justiça, diferentes umas das outras e possivelmente contraditórias entre si. Ela não nega que uma ordem jurídica positiva possa ser determinada - e, em regra, é-o de facto - pela representação de qualquer das muitas normas de justiça. (...) sustentando ao mesmo tempo que uma ordem jurídica positiva é, quanto à sua validade, independente da norma de justiça pela qual possam ser apreciados os actos que põem as suas normas.¹⁷²

Isso significa dizer que, se a moral fosse objetiva, isto é, se pudéssemos dizer o que é ou não justo e correto de forma objetiva, o direito seria desnecessário ou teria que espelhar essas verdades morais; é por não haver verdades morais que o direito faz-se necessário, selecionando pontos de vista de alguma forma dominantes e tornando-os obrigatórios. Essa imbricação entre a filosofia moral e a filosofia do direito, e entre o relativismo moral e a obrigatoriedade das normas de direito positivo, é destacada também por Radbruch que, apesar de sua *fórmula* de cunho jusnaturalista, permaneceu adepto do relativismo:

Porém, já acima se mostrou ser impossível responder à pergunta sobre qual o fim do direito, a não ser pela enumeração das múltiplas opiniões e pontos de vista de partido que sobre tal problema se têm formulado. Mas justamente sobre essa impossibilidade dum direito natural é que deve fundar-se a obrigatoriedade do direito positivo. E precisamente nesta altura é que o *relativismo*, único método até agora seguido nas nossas considerações, vem de novo integrar-se no nosso sistema como um elemento essencial da sua construção.¹⁷³ (grifo do autor)

Outro aspecto a revelar a importância do relativismo axiológico para o sistema de Kelsen é a sua incontestável adesão à lei de Hume, referida no item 1.1.1.4. Embora sem mencionar o céptico escocês, ao buscar o fundamento de validade da ordem jurídica, e encontrá-lo na norma fundamental, anuncia: “*Do fato de algo ser não pode seguir que algo deve ser; assim como do fato de algo dever ser se não pode seguir que algo é.*”¹⁷⁴ A formulação repete Hume e traduz a independência que este vislumbrava entre o mundo dos fatos e dos valores, bem como a distinção epistemológica entre juízos de fato

¹⁷² KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 101.

¹⁷³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 177. Também Alexy considera que a necessidade do sistema jurídico advém das limitações do discurso prático geral ou moral, do qual considera o direito uma espécie (*Apud* ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 171).

¹⁷⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 215.

e juízos de valor.

Zagrebelsky enfatiza a adoção da lei de Hume pelo positivismo jurídico, asseverando que esta doutrina “*se baseia na mais rígida incomunicabilidade, no mais rígido dualismo entre ser e dever ser.*”¹⁷⁵

Outros autores positivistas, contudo, entendem que a tese da separação entre direito e moral e a defesa do positivismo jurídico não estão necessariamente atreladas a uma metaética relativista ou cética. Mesmo se admitindo uma moral objetiva, ainda assim direito e moral permaneceriam distintos e tal distinção continuaria sendo justificada. Elival da Silva Ramos entende “*ser possível permanecer trabalhando dentro dos marcos do positivismo teórico, sem que se tenha que partilhar do ceticismo ou relativismo ético de alguns renomados positivistas.*”¹⁷⁶

1.2.2.3. O realismo ou pragmatismo jurídico

O realismo ou pragmatismo jurídico possui proximidade com o pragmatismo filosófico. Essa corrente do pensamento filosófico de finais do século XIX nega que a verdade exista como uma entidade metafísica, mas, por outro lado, nega também que não se possa estabelecer qualquer verdade sobre a realidade natural, social, etc. O critério para estabelecer-se a verdade de uma ideia seria a prática, notadamente as suas consequências práticas. São precursores do pragmatismo Charles Sanders Pierce, William James e o próprio jurista Oliver Wendell Holmes Junior. Na modernidade, o filósofo norte-americano Richard Rorty (1931-2007) retomou muitos elementos do pragmatismo.

Essa preocupação com a prática – tanto em saber como o direito é na prática, como com as consequências das decisões judiciais, está presente no realismo jurídico. Nesse sentido, percebe-se também a proximidade da escola com o utilitarismo, doutrina da filosofia moral segundo a qual o critério para definir-se se uma ação é boa ou má é o das suas consequências.

É de destacar, no realismo, uma postura muito próxima daquela adotada pelo positivismo jurídico quanto à filosofia moral: a adoção do relativismo moral ou

¹⁷⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 118. (tradução nossa)

¹⁷⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 62. No mesmo sentido cf. HART, H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Havard Law Review**, vol. 71, 1958, p. 593-629 e DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, pp. 191/192.

mesmo do ceticismo. O realismo jurídico norte-americano vale-se de alguns postulados céticos, ao afirmar a inexistência de um direito objetivo ou de qualquer direito prévio à decisão judicial. Ressalta a irracionalidade e a imprevisibilidade das decisões, ditadas por motivos contingentes. Um de seus autores mais expressivos, Jerome Frank, no seu livro de 1930 *Law and Modern Mind*, afirma que a certeza do direito é um mito baseado na reverência infantil à autoridade e que deve ceder para levantar sobre suas ruínas o direito como criação permanente e imprevisível.¹⁷⁷

Outro dos seus expoentes, Oliver Wendel Holmes Jr., afirma que a função da ciência jurídica seria a de, tão somente, *tentar prever o que vão fazer os tribunais nas futuras decisões*.

Tais pressupostos filosóficos e epistemológicos do realismo ficam patentes também em Richard Posner.¹⁷⁸ Apesar de conceder ao jusnaturalismo a existência de um núcleo universal de moralidade, com o que concordou também Hart, como a proibição de matar, Posner considera que esse consenso é absolutamente insuficiente para resolver os casos difíceis, para os quais não existiria uma solução propriamente verdadeira. Ele entende, e nisso critica Dworkin, que a teoria moral não tem como responder a certas perguntas envolvendo o aborto e a eutanásia.¹⁷⁹

As relações entre o neoconstitucionalismo e a metaética serão tratadas no capítulo seguinte, quando tentaremos demonstrar que, como o jusnaturalismo, também essa corrente do pensamento jurídico assume posições próprias do objetivismo moral.

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pp. 11-24.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 179.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E OBJETIVISMO ÉTICO

Começaremos por conceituar o neoconstitucionalismo, estudando as suas principais características (2.1). Após, tentaremos identificar o componente de objetivismo moral existente nas formulações dos principais autores associados ao neoconstitucionalismo, como Dworkin, Alexy e Zagrebelsky (2.2), para no item seguinte desenvolver nossa crítica às referidas manifestações do objetivismo ético, a partir da perspectiva não-cognitivista assumida no capítulo 1 (2.3).

2.1. Neoconstitucionalismo: conceito e características

Por necessário à compreensão do neoconstitucionalismo, iniciaremos abordando o próprio constitucionalismo (2.1.1), detendo-nos a seguir no conceito de neoconstitucionalismo (2.1.2) e nas suas principais características (2.1.3).

2.1.1. O constitucionalismo

Podemos entender por *constitucionalismo* determinada concepção política que vicejou sobretudo a partir do início da Idade Moderna, culminando com as chamadas revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII. Se desejarmos recuar no tempo em busca dos antecedentes desse pensamento, sem chegar a considerar as formas políticas antigas e medievais, veríamos na Reforma Protestante uma primeira fratura na concepção de mundo predominante na Idade Média, dominada pelo pensamento e autoridade da Igreja Católica. Apesar do seu aspecto também religioso, a Reforma introduz nas sociedades europeias a questão do pluralismo, levando a elaborações teóricas e políticas diversas para lidar com o fenômeno.¹⁸⁰

A essa primeira fratura, segue-se todo um movimento de renovação do pensamento filosófico, em que a razão passa a ocupar o lugar principal, numa progressiva

¹⁸⁰ Um primeiro texto relevante para a laicidade foi o *Édito de Nantes de 1598*, exarado por Henri IV. Michel Mialle chama a atenção para os limites desse texto, que estaria bastante longe da concepção moderna de laicidade, apenas tolerando que o protestantismo fosse adotado em alguns locais, de forma coletiva, até que fosse um dia superado pelo catolicismo; nada parecido com uma liberdade individual de professar qualquer religião. (MIALLE, Michel. *La laïcité: problèmes d’hier, solutions d’aujourd’hui*. Paris, Dalloz, 2014, p. 31.)

secularização e destituição das concepções religiosas do mundo. Da dúvida metódica de Descartes ao ceticismo de Montaigne nos albores da Idade Moderna, respeitosos ainda em relação à Igreja, passando pelos avanços notáveis das ciências naturais, chega-se ao cientificismo e anticlericalismo predominantes no Iluminismo do século XVIII, que, segundo Blackburn, foi “*o período do pensamento europeu caracterizado pela ênfase na experiência e na razão, desconfiança em relação à religião e à autoridade tradicional, e a gradual emergência dos ideais de uma sociedade liberal, secular e democrática.*”¹⁸¹

No campo propriamente político, a progressiva secularização leva à busca de um fundamento laico para a legitimidade do poder, que será encontrado basicamente nas teorias do contrato social, abraçada por pensadores como Hobbes, Locke e Rousseau, malgrado o primeiro defenda o Estado absolutista enquanto os outros dois se notabilizem na oposição ao *Ancien Régime*. Ao contrato social, na esfera política, corresponde o *jusnaturalismo* no mundo jurídico – o contrato social é com efeito estabelecido para que sejam respeitados os *direitos naturais* do homem. A bem dizer, pode-se vislumbrar até uma prioridade dos direitos do homem em relação às formulações políticas do constitucionalismo, pois os limites ao poder são erigidos em favor daqueles. Com efeito, como assinala José Levi Mello do Amaral Júnior,

o constitucionalismo que nasce com as Revoluções Liberais pretendeu recompor aos seus devidos lugares as coisas públicas, ou seja, afastar reis que se pretendiam absolutos, acima do Direito. Para tanto, limitaram-lhes o poder, mormente pela separação dos poderes e pela doutrina dos direitos fundamentais (àquele tempo – Séculos XVII e XVIII – ainda apenas individuais), segundo consta, por exemplo, do art. 16 da Declaração dos Direitos Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.¹⁸²

Da mesma forma, Manoel Gonçalves Ferreira Filho vislumbra no liberalismo clássico a preponderância da liberdade individual, da esfera da autonomia, pois só no campo não abrangido por ela o Estado poderia impor seus comandos. Assevera que “*não é, por isso, mera casualidade que, no século XVIII, antes das Constituições tenham vindo as Declarações de Direitos.*”¹⁸³

¹⁸¹ BLACKBURN, Simon. **Oxford Dictionary of Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 115. (tradução nossa)

¹⁸² O constitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 7.

¹⁸³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 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.

O constitucionalismo, pois, inserido no contexto filosófico do Iluminismo e na crítica política do absolutismo, caracteriza-se pela conjugação da ideia de direitos individuais e de limitação do poder, notadamente com a separação dos poderes. A *Constituição* surge como texto político e jurídico fundamental, capaz de consagrar os direitos e fixar a organização do Estado, mas também de forma mais difusa como *Constituição material*, o que testemunha o próprio artigo citado da declaração francesa, ao asseverar que “*Toda Sociedade na qual a garantia dos Direitos não está assegurada, nem a separação dos Poderes determinada, não tem Constituição.*”

Um terceiro aspecto do constitucionalismo, que não pode ser descuidado, é a ênfase na representação como forma de legitimação do poder político. Presente nas formulações do abade Sieyès já na primeira fase da Revolução Francesa, a ideia da representação popular e da *volonté générale* rousseauiana é exacerbada na fase da Convenção, sob Robespierre. As demandas crescentes por participação a partir do século XIX e suas tantas outras revoluções, bem como a extensão gradual do direito de voto aproximam o constitucionalismo do que hoje entendemos por democracia. A ênfase nos direitos, notadamente nos direitos civis e políticos, marcam o liberalismo, enquanto a democracia inclui o elemento da participação. De alguma forma, as vertentes jusnaturalista e democrática, que estão na base de tais movimentos e das novas formas políticas e jurídicas então instituídas, são perpassadas por uma tensão ainda visível no constitucionalismo moderno.

A relação entre constitucionalismo e positivismo é por sua vez destacada por Luigi Ferrajoli, na sua defesa de um constitucionalismo garantista contra o que chama de constitucionalismo principialista:

(...) o constitucionalismo pode ser concebido de duas maneiras opostas. De um lado, ele pode ser entendido como a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico; ou, de outro, como a sua expansão e o seu completamento. A primeira concepção, frequentemente etiquetada de “neoconstitucionalista”, é seguramente a mais difundida. A finalidade deste trabalho é sustentar, ao contrário, uma concepção de constitucionalismo estritamente “juspositivista”.¹⁸⁴

¹⁸⁴ 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. 13.

2.1.2. O neoconstitucionalismo: conceito

Neoconstitucionalismo é a denominação que tem sido aceita pela doutrina, a indicar uma alteração na natureza dos Estados constitucionais modernos, sobretudo em relação aos Estados legais do século XIX. A noção incluiria ao mesmo tempo a força normativa da Constituição, que adquire maior eficácia jurídica, mormente através dos mecanismos de controle da constitucionalidade das leis, bem como o caráter marcadamente principiológico das constituições atuais, que por sua vez tornaria ainda maior a importância das normas constitucionais nos sistemas jurídicos, com reflexos inclusive, para alguns autores, no próprio conceito ou dinâmica de aplicação do direito. Luis Prieto Sanchís admite a noção de neoconstitucionalismo, a que faz equivaler a de constitucionalismo contemporâneo ou simplesmente de constitucionalismo.¹⁸⁵ Adiante, utiliza a expressão *constitucionalismo forte*, associando-lhe algumas características como *o caráter normativo ou força vinculante* da Constituição; sua supremacia no sistema de fontes do direito; sua eficácia e aplicação direta; o controle judicial, concreto e abstrato; o denso conteúdo normativo e sua eficácia vertical e horizontal, ditado por *princípios, direitos e diretrizes*; e, por último, a rigidez constitucional.¹⁸⁶

Thays de Oliveira de Britto e Walber de Moura Agra fazem anotar, com apoio em Susanna Pozzolo, que

apesar de não existir uma conceituação precisa sobre o tema, é um termo [o neoconstitucionalismo] que entrou há pouco tempo no léxico dos juristas e que tem um significado plural, alcançando, mesmo assim, ampla aceitação. O neoconstitucionalismo propõe um modelo teórico para explicar o Estado Constitucional de Direito, caracterizando-se por negar as teses juspositivistas da separação entre Direito e moral, procurando indicar parâmetros claros de concretização normativa que sofram o influxo de vetores metajurídicos.¹⁸⁷

De se observar que o termo *neoconstitucionalismo* é recebido com maior ou menor entusiasmo segundo o autor tenha críticas a alguma das características apontadas ou a uma qualquer forma de exacerbação, em geral envolvendo a “onipotência judicial” ou a assunção da tese jusnaturalista da conexão entre direito e moral.

¹⁸⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 2ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2009, p. 101.

¹⁸⁶ *Ibid.*, pp. 116-117. (tradução nossa)

¹⁸⁷ 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, p. 17.

Nesse sentido, mesmo admitindo as características inovadoras e promissoras do Estado constitucional de direito em relação ao Estado legal de direito ou *decimonônico*, Ferrajoli dispensa a denominação de neoconstitucionalismo, preferindo falar em *constitucionalismo jurídico* ou *jus-constitucionalismo*, a evidenciar também o caráter normativo e a força vinculante das constituições atuais e a distingui-lo do constitucionalismo político do século XIX.¹⁸⁸ Nos marcos desse constitucionalismo jurídico, contudo, opõe o constitucionalismo jusnaturalista, “*frequentemente etiquetado de ‘neoconstitucionalista’*”¹⁸⁹ e o constitucionalismo juspositivista que defende. Como vimos, o constitucionalismo atual, mesmo com suas características fortes, não seria para Ferrajoli uma superação do positivismo, mas “*a sua expansão e o seu completamento.*”¹⁹⁰

Já Luis Prieto Sanchís, apesar de utilizar a denominação, inclusive no título do capítulo 2 da obra *Justicia constitucional y derechos fundamentales – Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones* -, reconhecer e incentivar as características já enumeradas do constitucionalismo forte, fazendo incisiva defesa da justiça constitucional, não chega a acatar a aproximação do neoconstitucionalismo com o jusnaturalismo, asseverando não acreditar que “*o modelo de Estado constitucional, nem por certo qualquer outro modelo, obrigue a modificar nossas crenças a propósito das relações entre Direito e moral.*”¹⁹¹

Também José Carlos Francisco mostra-se mais reticente quanto ao uso do vocábulo, aduzindo que “*se adotado conceito amplo de constitucionalismo, não haveria que falar em neoconstitucionalismo pois ele seria somente mais um dos vários momentos de reflexão sobre a experiência político-jurídica de uma sociedade e de um Estado.*” Reconhece a controvérsia sobre o termo e aduz que, se pudesse escolher, preferiria falar em “*‘constitucionalismo’ na segunda era da modernidade.*”¹⁹²

Interessante ainda destacar que nem Ronald Dworkin nem Robert Alexy, autores identificados com algumas das ideias e postulados acima mencionados, utilizam a expressão *neoconstitucionalismo*.

¹⁸⁸ 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. 17.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 13.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 13.

¹⁹¹ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madri: Editorial Trotta, 2ª edição, 2009, p. 135.

¹⁹² 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, p. 52.

Consideramos que a denominação representa adequadamente, embora com as várias *nuances* apresentadas, de um lado uma determinada realidade do constitucionalismo moderno, de outro uma corrente de pensamento doutrinário e jurisprudencial. É inegável o advento da supremacia jurídica das constituições, a amplitude muito maior do controle de constitucionalidade, o papel transformador desempenhado pelos princípios constitucionais.

Essa doutrina – o neoconstitucionalismo – comporta um viés descritivo e outro, no dizer de Luís Roberto Barroso, de *assentimento* a esta descrição, que chamaríamos aqui de aspecto normativo.¹⁹³ Embora os dois aspectos sempre se confundam, na filosofia moral, do direito e alhures, concordamos que a descrição corresponde à realidade efetivamente distinta do constitucionalismo moderno; já no que toca ao assentimento ou ao aspecto normativo da doutrina, nossas reservas são maiores. Tais questões serão analisadas com mais vagar ao longo do presente trabalho, pois constituem de certa maneira o seu objeto, mas podemos adiantar duas objeções. A primeira delas, no campo político-jurídico, é o risco de a supremacia da Constituição transformar-se em mera supremacia judicial, com prejuízo para o princípio democrático, devendo-se concordar com Luis Prieto Sanchís que o novo constitucionalismo “*há de fazer frente a uma objeção importante, que é a objeção democrática ou da supremacia do legislador: quanto mais Constituição e mais garantias judiciais, inevitavelmente se reduzem as esferas de decisão das maiorias parlamentares.*”¹⁹⁴ A outra, no campo da filosofia do direito, expressa a preocupação, já acima referida por Ferrajoli e também por Luis Prieto Sanchís, de uma assimilação excessiva entre direito e moral, que seria também nociva à democracia e à liberdade individual.

2.1.3. Principais características do neoconstitucionalismo

Das características já mencionadas, parece-nos que algumas se destacam, dando forma ao fenômeno jurídico que é o neoconstitucionalismo e bem assim às construções filosóficas e doutrinárias dos seus adeptos. Aqui ainda não esboçaremos eventuais críticas a tais concepções, limitando-nos a completar o quadro conceitual sobre o qual nos debruçaremos adiante. Discorreremos sobre as seguintes características: a

¹⁹³ Palestra do referido autor proferida na EMAG-Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, no evento realizado entre os dias 08 e 10 de maio de 2013.

¹⁹⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madri: Editorial Trotta, 2ª edição, 2009, p. 102.

supremacia jurídica da Constituição e o controle de constitucionalidade (2.1.3.1); a questão do direito por princípios (2.1.3.2); e o aspecto mais filosófico do neoconstitucionalismo como teoria do direito, ao postular a tese jusnaturalista da conexão entre direito e moral (2.1.3.3).

2.1.3.1. Supremacia jurídica da Constituição e controle de constitucionalidade

A ideia da supremacia jurídica da Constituição, como lei maior, é contemporânea à adoção das primeiras constituições escritas na Revolução Francesa. Contudo, a ausência de um controle judicial da constitucionalidade das leis, na maioria dos países europeus, até o pós-guerra, enfraqueceu tal concepção. Com efeito, a supremacia jurídica do texto constitucional só pode tornar-se uma realidade mediante a adoção de mecanismos eficazes de controle – que garantam, como aspectos intrinsecamente ligados, a rigidez do texto constitucional e sua superioridade em relação às demais espécies normativas. A relação entre rigidez constitucional e supremacia da Constituição é sublinhada por Kelsen:

Se a Constituição puder ser modificada do mesmo modo que um estatuto ordinário, então qualquer estatuto “inconstitucional” significa, na realidade, uma modificação na Constituição(...) Se não existir nenhum procedimento especial para a legislação constitucional, não pode existir nenhuma lei “inconstitucional”, assim como não pode existir nenhuma lei “ilícita”.¹⁹⁵

A menção que se fez à Europa é relevante porque, como sabido, o controle de constitucionalidade das leis já era uma realidade nos Estados Unidos da América desde o início do século XIX, com a famosa decisão *Marbury x Madison*, de 1803. O exercício dessa função pela Suprema Corte no século XIX voltou-se primordialmente contra leis estaduais, mas paulatinamente a corte foi afirmando seu poder de interpretar a Constituição, dando grande amplitude à cláusula do *due process of law* contida na Décima Quarta Emenda, tomada no aspecto dito *substantivo*. Na polêmica decisão *Lochner v. New York*, de 1905, a corte considerou inconstitucional lei do Estado de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros, considerando que a liberdade contratual estava implícita na cláusula do devido processo legal.

¹⁹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 375.

Fase em que a corte exerceu de forma intensa sua função de “revisão judicial” (*judicial review*) da legislação¹⁹⁶ foi durante o *New Deal* de Roosevelt, declarando inconstitucionais leis de caráter intervencionista no domínio econômico. Uma das decisões, de 1935, *Schechter Poultry Corp. v. United States*, declarou inconstitucional o *National Industrial Recovery Act (NIRA)*. Seguiu-se a famosa disputa entre Roosevelt e a Suprema Corte, que começa a abrandar sua atitude perante as medidas governamentais com a decisão *West Coast Hotel Co x Parrish* de 1937, considerada o marco final da *Lochner era*.¹⁹⁷

Mas foi sem dúvida a *Corte Warren* que recolheu maiores aplausos e também críticas por sua postura tida como *ativista*; trata-se do período em que a Corte Constitucional dos Estados Unidos foi presidida por Earl Warren, entre 1953 e 1969. John Hart Ely concorda com a reputação de *ativista* ou intervencionista da Corte, mas busca distinguir seu intervencionismo daquele das cortes intervencionistas anteriores.¹⁹⁸ É de 1954 a famosa decisão *Brown v. Board of Education* que pôs fim à segregação racial contida na doutrina “*separate but equal*”, seguindo-se inúmeras outras de grande relevância nos domínios da liberdade de expressão, liberdade sexual, intimidade, etc. De 1973 é a ainda hoje polêmica decisão *Roe v. Wade*, que declarou inconstitucional a legislação antiaborto dos Estados-membros, também baseada na cláusula do *due process*.¹⁹⁹

A atuação da Suprema Corte norte-americana é possivelmente a principal referência na história do constitucionalismo moderno, tanto por haver instituído de forma precoce o controle de constitucionalidade, em 1803, como pela dimensão interpretativa de largo alcance que conferiu a suas funções. Embora o conceito de “neoconstitucionalismo” não seja utilizado pelos autores norte-americanos, entendemos, por esses dois fatores, que é nos Estados Unidos que se encontram as raízes do fenômeno que ora se expande para os demais países. Por fim, a influência do modelo norte-americano em nosso país é evidente, com a criação do Supremo Tribunal Federal e a instituição do controle difuso da constitucionalidade das leis pela Constituição de 1891.

Na Europa, onde a ideia de Constituição surge nos marcos do Iluminismo e

¹⁹⁶ Embora não seja difundida no Brasil, utilizamos adiante a expressão “revisão judicial” como sinônimo de controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos.

¹⁹⁷ GUTZMAN, Kevin R. C. **The Politically Incorrect Guide to the Constitution**. Washington: Regnery Publishing, 2007, p. 165.

¹⁹⁸ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 97.

¹⁹⁹ GUTZMAN, Kevin R. C. *Op. cit.*, p. 210.

das revoluções liberais, a eficácia propriamente jurídica do texto constitucional terá um percurso mais longo. Além da afirmação dos direitos naturais do homem, com evidente influência do jusnaturalismo racionalista, e do princípio da separação dos poderes, as revoluções liberais e em especial a Revolução Francesa introduzem com ênfase o princípio democrático e da representação popular. De alguma forma, as tendências jusnaturalista e democrática, que estão na base de tais movimentos e das novas formas políticas e jurídicas então instituídas, experimentam entre si uma tensão ainda visível no constitucionalismo moderno.

Os direitos naturais serão positivados e, num movimento algo surpreendente, desaguarão no século XIX no positivismo exegético baseado no *Code Napoléon*.²⁰⁰ A vontade do legislador, encarnação da *volonté générale*, será entronizada. Nesse sentido, a conhecida desconfiança dos revolucionários em relação aos juízes, que era preciso controlar para que, na aplicação da lei, não viessem a contrariar a vontade sagrada dos representantes do povo. Essa concepção era tão arraigada na época que as legislações de diversos países previam que se, em determinado caso, o juiz tivesse dúvida sobre a interpretação da lei, devia suspender o julgamento e submeter a questão ao parlamento. Maximiliano dá conta de que, na França, vigeu até 1837 a figura do *référé au législateur*, que consistia na interrupção do julgamento para consulta e obtenção da interpretação autêntica.²⁰¹

Dessa forma, no século XIX a Constituição permanece na Europa como um texto político relevante, e não se lhe negaria também caráter jurídico, mas de alguma forma ineficaz. Vigorava a supremacia do parlamento e a lei era na prática incontestável. A primeira Corte Constitucional europeia, concebida num modelo próximo ao das atuais, foi criada pela Constituição da Áustria de 1920. Destaca-se a influência Jellinek e sobretudo

²⁰⁰ A ideia da codificação surge como concretização dos direitos naturais universais, sua fixação clara e definitiva, para que não mais fossem olvidados na organização da sociedade. Tal conexão fica clara na redação do art. I do projeto preliminar do Código Civil francês, depois suprimido, que declarava: "*Existe um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas: não é outro senão a razão natural, visto esta governar todos os homens.*"

²⁰¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 74. Fala-se que os conflitos entre o Poder Judiciário e o Legislativo teriam se acentuado somente após a Segunda Guerra, com o controle de constitucionalidade. Não é assim. Eles estavam colocados de forma muito clara desde as chamadas revoluções liberais. Nesse sentido, para os Estados Unidos, confira-se o artigo *Federalista de nº 78*, de Hamilton e a própria decisão *Marbury x Madison*. Para a França, Eros Roberto Grau dá conta de dois discursos muito reveladores de Robespierre durante a Revolução, a respeito da criação da *Cour de Cassation*. (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 49-52)

de Kelsen na concepção desse órgão²⁰², tendo este último chegado a ser juiz da corte, vindo a publicar em 1928 importante obra na defesa da justiça constitucional.²⁰³ Segundo Sara Lagi, eram ideais liberais, democráticos e de tolerância que sustentavam a defesa da justiça constitucional por Kelsen.²⁰⁴

O modelo austríaco de controle da constitucionalidade das leis, conhecido também como *concentrado*, contrastará com o norte-americano ou *difuso* e servirá de inspiração para a criação de cortes constitucionais no pós-guerra, em outros países europeus. Explicando esse modelo, em que apenas um órgão pode declarar a inconstitucionalidade da lei, com efeitos *erga omnes*, Kelsen afirma:

Caso o poder ilimitado de testar a constitucionalidade de leis seja reservado apenas a um órgão, por exemplo, a suprema corte, esse órgão pode estar autorizado a abolir uma lei inconstitucional não apenas individualmente, isto é, para o caso concreto, mas de modo generalizado, para todos os casos possíveis.²⁰⁵

Se a primeira experiência de Corte Constitucional moderna foi abortada pelo nazismo, é a sua derrocada que faz disseminar a justiça constitucional entre os países europeus. O Estado “legal” de direito é considerado insuficiente pelos constituintes europeus da segunda metade do século XX, notadamente para garantir os direitos fundamentais, e em vários países o controle de constitucionalidade é instituído em maior ou menor extensão.

De grande relevância para o constitucionalismo moderno, por assim dizer rivalizando com a influência norte-americana na matéria, tem sido a experiência constitucional da Alemanha, com a atuação do Tribunal Constitucional Federal e a expressiva produção doutrinária daquele país. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal é associada ao desenvolvimento da ponderação de princípios, valores ou interesses, exemplificada por Robert Alexy com duas decisões, uma sobre a incapacidade para participar de audiência judicial e outra no caso *Lebach*. Segundo Alexy, “*os sopesamentos de interesses demonstram com grande clareza que o Tribunal Constitucional Federal concebe as normas de direitos fundamentais (pelo menos também) como princípios.*”²⁰⁶

²⁰² LAGI, Sara. Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929). **Revista Co-herencia**, Vol. 9, nº 16, Enero - Junio 2012, pp. 273-295.

²⁰³ KELSEN, Hans. **La giustizia costituzionale**. Milano: Giuffrè Editore, 1961.

²⁰⁴ *Op. cit.*

²⁰⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 382.

²⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 94.

Na França, onde o apego à supremacia do legislador era e ainda é mais forte, a Constituição de 1958 previu o *Conseil Constitutionnel* como órgão do controle de constitucionalidade, mas voltado sobretudo à repartição dos domínios da lei e do regulamento, questão relevante naquele sistema parlamentarista²⁰⁷; foi numa ousada decisão de 1971 conhecida como *Liberté d'association* que o *Conseil* reconheceu o valor jurídico do *preâmbulo* da Constituição, que menciona a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, passando a considerá-la parte do bloco de constitucionalidade e, portanto, parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis.²⁰⁸ O controle de constitucionalidade previsto originalmente era exclusivamente prévio, realizado mediante provocação do *Conseil* antes da sanção da lei. O controle concreto somente passou a existir a partir de 2009, com a *question prioritaire de constitutionnalité*, mas depende da provocação do órgão pelas instâncias máximas da jurisdição comum (*Cour de Cassation*) ou administrativa (*Conseil d'État*).²⁰⁹

A Constituição espanhola de 1978, por sua vez, que sucede o regime franquista, tem forte caráter principiológico, o que tem fomentado não só o desenvolvimento da jurisprudência constitucional, como reflexões doutrinárias a respeito do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial.²¹⁰ A atuação do Tribunal Constitucional se dá tanto no controle abstrato de constitucionalidade (através do *recurso de inconstitucionalidad*) como no controle concreto, através da *cuestión de constitucionalidad* e do *recurso de amparo*, formando um sistema bastante amplo de controle, que nem sempre se verifica na tradição europeia. O *recurso de amparo*, que não encontra similar no modelo francês, é poderoso instrumento na defesa dos direitos individuais e pode ser manejado contra decisões parlamentares, governamentais, administrativas e judiciais, sempre que vulnerarem os direitos e liberdades previstos na Constituição. A legitimidade para sua interposição é de toda pessoa natural ou jurídica que comprove um “interesse

²⁰⁷ Reconhece-se a importância do Presidente da República no modelo francês, mas não se controverte que o governo é exercido pelo primeiro-ministro. (art. 20 da Constituição de 1958: *Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation*).

²⁰⁸ No Brasil, o STF afirmou que o preâmbulo “*não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o Preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta.*” (ADI 2.076, DJ de 8-8-2003, Min. Carlos Velloso)

²⁰⁹ ROUSSILLON, Henry. *Le Conseil Constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2001, p. 173.

²¹⁰ ATIENZA, Manuel. *Podemos hacer más: Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Pasos Perdidos, 2013, 157 p. CARBONNEL, Miguel (org). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, 334 p. 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. SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 306.

legítimo” e bem assim do Defensor do Povo e do Ministério Público.²¹¹

Por fim, após esse breve sobrevoo sobre os sistemas constitucionais contemporâneos, que não se quis exaustivo, cabe destacar que também no Brasil vêm sendo fortalecidos os mecanismos de controle de constitucionalidade e, na mesma medida, a ideia da supremacia jurídica da Constituição.

O controle de constitucionalidade, instituído em nosso país pela Constituição de 1891, baseava-se no modelo americano e havia somente, portanto, o chamado controle difuso ou incidental. As constituições de 1934 e de 1937 mantiveram o mesmo tipo de controle, sendo que foi sob a Constituição de 1946, através da Emenda 16/65, que o controle abstrato foi introduzido no Brasil, com a “*representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.*” As constituições de 1967 e de 1969 por sua vez mantiveram o modelo misto que aliava o tradicional controle difuso e o controle concentrado recentemente instituído.

Mas foi a Constituição de 1988 que levou a supremacia da Constituição a um patamar inédito, com a multiplicação dos mecanismos de controle. O controle difuso continua existindo e o controle abstrato viu-se reforçado com a ampliação do rol de legitimados a propor as respectivas ações, abrindo as comportas do controle na via direta ou de ação. Também as espécies de ações diretas foram ampliadas, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da ação declaratória de constitucionalidade, além da arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulamentada pela Lei 9.882/99, que colmatou lacunas e permitiu uma abrangência ainda maior do controle.

Dessa forma, aliamos em nosso país o sistema norte-americano do controle difuso a um controle concentrado bastante abrangente por parte do STF. Essa conjunção, somada a uma Constituição analítica e pródiga na declaração de direitos individuais e sociais, que inclui ainda a figura das cláusulas pétreas, erigiu um poderoso sistema de controle de constitucionalidade sem paralelo no direito comparado, fortalecendo na mesma medida o Poder Judiciário, e o STF em especial, e por outro lado dando azo à *objeção democrática* mencionada acima por Luis Prieto Sanchís (ver 2.1.2).

²¹¹ Ver o meu artigo: Poder Judiciário Espanhol: primeiras noções. Editora Quartier Latin. *No prelo.*

2.1.3.2. A questão do *direito por princípios*

Além da supremacia jurídica da Constituição, outra característica do neoconstitucionalismo, com grande repercussão para questões como a jurisdição constitucional e a democracia, é o caráter principiológico das constituições modernas. As constituições europeias do pós-guerra e as que algumas décadas depois, também naquele continente, sucederam regimes ditatoriais, como as de Portugal e Espanha, elencam princípios que devem nortear a ação do legislador e do Estado como um todo, encarnando ideais de evolução das sociedades, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, as liberdades em geral, bem como direitos econômicos e sociais voltados a diminuir as desigualdades e garantir a todos uma vida materialmente digna. O fenômeno replicou-se nas constituições da América Latina que igualmente sucederam ditaduras e reflete, ademais, a consagração dos direitos humanos nos tratados e outros instrumentos internacionais.

Além de ser uma característica do neoconstitucionalismo, é evidente que a principiologia das modernas constituições, pelo que os princípios têm de genérico e abstrato, ou mesmo pelo que contêm de indeterminação, reforçam a possibilidade do controle de constitucionalidade e o poder das cortes constitucionais - o que não deixa de ser outro traço do moderno Estado constitucional. Alexy, ao explicitar que a tese central de sua obra já citada *Teoria dos Direitos Fundamentais* é considerar que eles, os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios²¹², admite também que a sua proteção colide em alguns casos com o *princípio formal* da “*competência decisória do legislador democraticamente legitimado*”, numa relação de tensão entre direitos fundamentais e democracia.²¹³

O *direito por princípios* – expressão utilizada por Zagrebelsky²¹⁴ -, ou baseado neles, na confluência das duas características mencionadas, que os trouxeram para as constituições e que os erigem a padrões normativos do controle de constitucionalidade, é talvez a grande marca do chamado neoconstitucionalismo, abrindo perspectivas notáveis mas também envolvendo certos riscos. O autor italiano, ex-presidente do Tribunal Constitucional do seu país, assevera que os princípios são a tendência de fundo do

²¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 575.

²¹³ *Ibid.*, p. 615.

²¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 109.

constitucionalismo atual, acarretando mudanças no papel da legislação e da jurisdição.²¹⁵

É ao norte-americano Ronald Dworkin que podemos atribuir a precedência na reflexão sobre o papel dos princípios no direito moderno.²¹⁶ Os defensores do direito por princípios insistem na distinção entre princípios e regras jurídicas, espécies do gênero normas jurídicas. Para Dworkin, as regras jurídicas são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada: “*Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.*”²¹⁷

Já os princípios não estipulariam todas as situações em que devem ser aplicados e nem se vislumbram de forma automática as condições de sua aplicação. Ao contrário, o princípio

enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessita uma decisão particular (...) Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção (...) Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor **força**, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmar que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, **se for relevante**, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção.²¹⁸

Vê-se, pois, que em relação aos princípios Dworkin introduz a noção de *força ou relevância*, às vezes identificadas com a noção de *peso* para a solução de determinada controvérsia jurídica. Um dos casos invocados por Dworkin, que demonstrariam a realidade jurídica dos princípios, é o famoso *Riggs v. Palmer*, julgado em 1889 por um tribunal de Nova Iorque. Os juízes decidiram que, apesar de ser designado em um testamento válido, não poderia o neto herdar do avô, pois o havia assassinado; o tribunal observou que “*todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro.*”²¹⁹

²¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, pp. 113-114.

²¹⁶ 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.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

²¹⁸ *Ibid.*, pp. 41-42. (grifos nossos)

²¹⁹ *Ibid.*, p. 37. Esclareça-se que se traduziu *common law* como “direito costumeiro.” Contudo, como esclarece o tradutor, *common law* “*refere-se ao conjunto de leis que deriva e se desenvolve a partir das decisões dos tribunais, em oposição às leis promulgadas através de processo legislativo.*” (p. 37)

Ainda para Dworkin, como veremos adiante, direito e moral não são conceitos completamente distinguíveis. A sua teoria do “direito como integridade” (*law as integrity*) advoga que os princípios políticos e morais (e aqui ele trata da moralidade política e não da moralidade individual) integram o conceito de direito. Na função de dizer o direito, o juiz seria obrigado a perscrutar a moral da comunidade, em busca dos princípios capazes de resolver o caso da melhor maneira.

Também para Robert Alexy, princípios e regras distinguem-se, e essa distinção “*desempenha um papel no contexto dos direitos fundamentais.*”²²⁰ De forma semelhante a Dworkin, entende que a regra jurídica ou se aplica ou não se aplica a determinada situação. A estrutura das regras fica mais clara, segundo Alexy, quando se analisa uma colisão entre elas. Se duas regras contêm comandos incompatíveis, esse conflito pode ser resolvido mediante a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras. Exemplifica com a regra de que os alunos só devem sair da sala de aula quando tocar a sirene e a regra de que devem deixar a sala se soar o alarme de incêndio²²¹. O alarme de incêndio funciona como exceção da outra regra e as exceções podem ou não ser explícitas. De qualquer forma, segundo Alexy, a decisão dá-se por uma questão de validade: chega-se à conclusão de que determinada regra não é *válida*²²² para o caso e não é aplicável.

Também sua concepção sobre a natureza dos princípios é similar à de Dworkin, pois segundo o autor alemão a colisão de princípios deve ser resolvida de forma distinta. Um dos princípios terá também que ceder, mas isso não significa que deverá ser declarado inválido ou que deva ser introduzida nele uma cláusula de exceção. Diz Alexy que “*na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.*”²²³ Isso demonstra que, também para Alexy, os princípios contêm a dimensão da força, relevância ou peso para a solução do caso, diante, pois, de determinadas circunstâncias. Contudo, Alexy vai além de Dworkin numa certa *formalização* da noção de princípio e das relações que os princípios travam entre si, estabelecendo que

princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das

²²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 86.

²²¹ *Ibid.*, p. 92.

²²² Pensamos que a menção mais apropriada em língua portuguesa não seria à “validade” da regra, mas à sua aplicação ao caso. Ela é ou não aplicável ao caso; o caso subsome-se ou não à regra.

²²³ *Op. cit.*, 2011, p. 93.

possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.²²⁴

Alexy aduz ainda que os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, enquanto as regras contêm um mandamento da primeira espécie. O caráter *prima facie* significa que, do ponto de vista abstrato, dois princípios colidentes obrigam da mesma forma, isto é, não guardam qualquer relação de precedência um sobre o outro. A precedência de um princípio dar-se-á apenas no caso concreto, levadas em conta as circunstâncias, de maneira que a colisão se resolve por meio de um juízo de “*precedência condicionada*.”²²⁵ Nessa precedência condicionada, quanto aos princípios, está presente a noção do *peso* que cada um deles apresente *no caso concreto*. Já quanto às regras, se há colisão, esta é resolvida não mediante um juízo do peso de cada uma, mas propriamente de sua aplicação ou não à situação fática, podendo ser o caso de introduzir uma exceção em uma das regras. O princípio não admitiria essa fixação prévia das exceções em que deveria ceder em favor de outro princípio. Alexy admite contudo a possibilidade de um princípio ter precedência sobre outro mesmo em abstrato, ou seja, poderia apresentar também o caráter de mandamento definitivo, ao tempo em que admite igualmente que as regras podem ter um caráter *prima facie*, mas mesmo assim o caráter *prima facie* de cada categoria seria distinto, da forma explicitada.²²⁶

Outro aspecto em que as formulações de Alexy inovam em relação ao pensamento de Dworkin é a questão do *sopesamento ou ponderação de princípios*. Embora Dworkin, como vimos, também admita a existência da colisão, a concepção dos princípios como mandamentos de otimização leva Alexy a formular uma lei de colisão ou do sopesamento, conhecida também como máxima ou *princípio da proporcionalidade*. No caso de colisão de dois princípios, não existindo entre eles hierarquia prévia na Constituição, o sopesamento é a técnica que permite descobrir a “precedência condicionada”, ou seja, identificar o princípio que deve preponderar na situação dada. A máxima da proporcionalidade desdobra-se em três máximas parciais²²⁷: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A primeira submáxima, da *adequação*, perscruta se, do ponto de vista fático, a intervenção em determinado princípio é realmente capaz de propiciar a proteção do princípio tido como colidente. A máxima

²²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

²²⁵ *Ibid.*, p. 96.

²²⁶ *Ibid.*, p. 103.

²²⁷ *Ibid.*, p. 116.

parcial da *necessidade* também se mantém no âmbito de uma análise fática – perscruta se a *intensidade* da intervenção é necessária para a proteção do princípio colidente. Nos dois casos, se a resposta for negativa, tem-se que não há proporcionalidade na medida de intervenção, ou seja, ela não se justifica. Ambas as análises, como dito, permanecem no mundo dos fatos. A última submáxima, a *proporcionalidade em sentido estrito*, é considerada a única jurídica, pois diz com a análise da relação entre os dois princípios colidentes quanto ao peso que apresentam sob as circunstâncias do caso concreto. Veremos adiante como Alexy vai longe na sua formulação, num esforço de conferir racionalidade à ponderação de princípios, contentando-nos por ora em enunciar a formulação alexyana da lei do sopesamento, aplicável à terceira submáxima e derivada da concepção dos princípios como mandamentos de otimização: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”²²⁸

O italiano Gustavo Zagrebelsky trilha com brilho próprio caminho parecido e afirma que, para o positivismo, os princípios teriam função apenas supletiva, integradora e corretiva do ordenamento jurídico²²⁹, do que ele discorda, insistindo no caráter fundamental e inovador dos princípios jurídicos, aduzindo que “a realidade, ao pôr-se em contato com o princípio, se vivifica e adquire valor.”²³⁰

Buscando a distinção entre princípios e regras, o mesmo autor afirma que as regras se esgotam em si mesmas, ditando como devemos atuar, enquanto os princípios nos oferecem critérios para “tomar posição” ante situações concretas, aduzindo ainda que os princípios careceriam de “pressupostos de fato”. Aqui também se observa a associação que Zagrebelsky faz entre os princípios constitucionais e o que ele chama de “caráter prático da ciência do direito”²³¹, voltado para a solução dos problemas concretos que demandam a solução estatal; salienta, e nisso há muita similitude com Alexy, a importância do “caso”. Os princípios, com sua flexibilidade e dispensando a verificação de “pressupostos de fato”, acabariam conferindo valor jurídico a realidades que de outro modo não poderiam ser cogitadas pelo aplicador do direito.

O autor italiano associa a principiologia existente nas modernas constituições ao incontornável pluralismo de nossas sociedades. As constituições

²²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 593.

²²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 116.

²³⁰ *Ibid.*, p. 118.

²³¹ *Ibid.*, p. 120.

pluralistas representariam um pacto entre os distintos valores reinantes na sociedade e os princípios, com sua flexibilidade ou ductibilidade²³², permitiriam a sua convivência pacífica. Para isso, enfatiza-se o caráter não absoluto dos princípios e valores constitucionais e a inexistência de uma hierarquia prévia entre eles. Tais formulações em tudo estão de acordo com aquelas de Dworkin e de Alexy, mormente deste último, que enfatiza sempre o caráter *prima facie* dos princípios, que é justamente a inexistência de hierarquia prévia entre eles, logrando-se o juízo de precedência somente diante do caso concreto.

2.1.3.3 Neoconstitucionalismo como teoria do direito: a conexão entre direito e moral

Outro aspecto da maior relevância que perpassa o neoconstitucionalismo, sendo explícito nos três autores abordados no item anterior, é uma extrapolação das formulações ligadas aos princípios para outras próprias da filosofia do direito, e notadamente a recuperação da tese própria do jusnaturalismo, analisada no item 1.2.1, da conexão entre direito e moral. Como visto, enquanto o positivismo espousa a *tese da separação* entre direito e moral, o jusnaturalismo adota a assim chamada *tese da conexão*.

Já se afirmou que o neoconstitucionalismo partiu de um modelo normativo, o constitucionalismo, e transformou-se em uma teoria do direito.²³³ Com efeito, a questão principiológica e as transformações que trouxe ao direito constitucional e à atividade do legislador e do juiz abriram espaço para uma teorização concernente ao próprio conceito de direito. Temas clássicos da filosofia do direito, como o referido problema da relação entre direito e moral, passaram a ser novamente cogitados com profundidade, mas com uma premência também prática, respeitante às possibilidades e limites da atuação judicial na aplicação dos princípios.

Dworkin, polemizando basicamente com Hart, volta suas baterias contra o positivismo jurídico e reconhece que os princípios integram o conceito de direito e estão

²³² A obra de Zagrebelsky *Il diritto mite*, foi traduzida em espanhol, na versão citada, como *El derecho dúctil*. De se registrar que o livro de Norberto Bobbio *Elogio della mitezza e altri scritti morali* foi traduzido no Brasil como *Elogio da serenidade e outros escritos morais* (São Paulo: UNESP, 2002, tradução de Marco Aurélio Nogueira). O substantivo *mitezza* admitiria ainda em português traduções como mansidão, doçura e suavidade, ressaltando-se também o seu emprego, em língua italiana, para referir-se a uma qualidade de Cristo.

²³³ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ser o no ser normativo: um dilema para el positivismo jurídico. In: DIMOULIS, Dimitri ; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Editora Método, 2008, pp. 79-101.

inseridos na ordem jurídica, obrigando os juízes e retirando-lhes a discricionariedade que os positivistas lhes reservam para os casos em que haja *lacunas* no ordenamento.²³⁴ Sua teoria dos princípios e o conceito de direito “*como integridade*”, ou seja, como sistema que inclui os princípios da moralidade política, desaguam em dois outros aspectos relevantes do pensamento de Dworkin que ainda serão abordados: a ausência de discricionariedade para os juízes, mesmo nos chamados *casos difíceis* (*hard cases*) e sua tese da “única resposta correta”.

Dworkin afirma ainda que “*a Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos.*”²³⁵

Teses semelhantes são abraçadas por Alexy. Seu pensamento jurídico pode ser dividido em três partes, todas de certa forma conectadas entre si: suas considerações mais filosóficas sobre o conceito de direito; sua teoria da argumentação jurídica, que pretende estabelecer bases racionais para a argumentação e decisão judicial, conferindo-lhe legitimidade; e sua teoria dos direitos fundamentais, onde aprofunda a distinção entre princípios e regras e as técnicas de sopesamento ou ponderação.

Quanto ao conceito de direito, Alexy defende explicitamente a conexão conceitual entre direito e moral, baseando-se na noção de *pretensão à correção* e, como consequência, admitindo e justificando a fórmula de Radbruch de que *as leis extremamente injustas não são leis*.

Além da questão das leis injustas, outro argumento que leva Alexy a estabelecer a conexão entre direito e moral é o dos princípios²³⁶, o que liga seu conceito do direito a suas formulações sobre a argumentação jurídica e a aplicação dos direitos fundamentais. Qualquer sistema jurídico minimamente desenvolvido incluiria os princípios, que seriam invocados nos casos duvidosos. Tais princípios podem estar positivados ou ser apenas princípios morais, necessários à solução da lide. Segundo Alexy, de acordo com o argumento dos princípios, o juiz também “*está legalmente vinculado no âmbito de abertura do direito positivo, ou seja, do direito estabelecido e eficaz, e isso de uma maneira que cria uma vinculação necessária entre direito e moral.*”²³⁷

Como visto, Alexy sustenta que o direito tem sempre uma *pretensão à correção* moral. Admitindo essa dimensão ideal do direito – que pode não ser cumprida,

²³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 46-50.

²³⁵ *Ibid.*, p. 285.

²³⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 83.

²³⁷ *Ibid.*, p. 84.

mas estaria sempre presente tanto na lei quanto nas decisões judiciais – o juiz vê-se obrigado, no âmbito de abertura, onde não existe uma resposta clara para o problema, a ponderar os diversos princípios e a encontrar senão a única solução correta, pelo menos a melhor solução, em sentido mais uma vez semelhante a Dworkin.

Para Alexy, por meio dos princípios o sistema jurídico adquire o caráter de sistema jurídico aberto em face da moral, pois dignidade, liberdade, igualdade são ao mesmo tempo conceitos fundamentais da filosofia prática e giram em torno da ideia de justiça.²³⁸

Zagrebelsky sublinha igualmente que os princípios constitucionais representam a incorporação, pelas constituições, de princípios morais.²³⁹

Nesse ponto, estamos próximos às teses jusnaturalistas analisadas no capítulo 1. Com efeito, não é incomum associar-se o neoconstitucionalismo a uma retomada das teses do jusnaturalismo ou ao menos afirmar-se que a nova realidade constitucional teria superado a polêmica entre positivismo e jusnaturalismo, exatamente em razão da positivação dos princípios morais. Zagrebelsky admite que os princípios constitucionais, com sua formulação universal e abstrata, assemelham-se aos princípios do direito natural, mas rejeita a associação, asseverando que a positivação dos princípios advém da vontade das assembleias constitucionais contemporâneas e não de um suposto direito natural; ademais, considera o direito natural incompatível com a democracia.²⁴⁰ Mas, de toda forma, reconhece que o direito por princípios apresentaria o mesmo “modo de operar” do direito natural, *como se existisse de fato um*.²⁴¹

Por fim, ainda que tais formulações não abracem sempre de forma completa a tese jusnaturalista da conexão, alguns autores vislumbram a conexão entre direito e moral, de forma mais nítida, nos procedimentos de aplicação do direito, portanto, no momento interpretativo. Seria o que Dimitri Dimoulis entende, numa perspectiva crítica, por “moralismo da interpretação”, distinto do “moralismo da validade.”²⁴²

Essa reintrodução da ética no raciocínio jurídico, ao menos no nível argumentativo, em que se mostrariam incindíveis os argumentos legais e extralegis, é também admitida por Luís Roberto Barroso:

²³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 544.

²³⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p.116.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 68.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 119.

²⁴² DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, p. 91.

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.²⁴³

É, finalmente, o que assevera também Susanna Pozzolo, aduzindo que a Constituição se revela como uma espécie de ponte entre o discurso jurídico e o discurso moral, não sendo possível a sua interpretação prescindir de valores éticos.²⁴⁴

2.2. Identificando o componente objetivista

Expostos o conceito de neoconstitucionalismo e suas principais características, nossa tarefa agora é demonstrar que as teses do neoconstitucionalismo e dos seus principais autores *adotam, ainda que de forma implícita, em maior ou menor grau, uma metaética objetivista*. No primeiro capítulo, foram expostas as correntes da metaética, contrapondo-se notadamente as correntes não-cognitivista, cética ou relativista àquelas representadas pelo realismo ou objetivismo moral, segundo o qual existem verdades morais que podem ser compreendidas e demonstradas racionalmente. Abraçamos ali um *não-cognitivism moderado* que, sem abrir mão da possibilidade do raciocínio ético e mesmo da existência de verdades e respostas corretas no âmbito moral, reconhece que em determinada altura impera a subjetividade dos valores e não é possível dirimir controvérsias morais de forma racional. No item sobre as relações entre a metaética e a filosofia do direito, pudemos verificar que as correntes da filosofia do direito fazem asserções às vezes nítidas no campo da metaética; associamos o positivismo e o realismo jurídico ao relativismo ético, e o jusnaturalismo ao objetivismo.

Iremos tecer considerações gerais sobre a relação do neoconstitucionalismo com o objetivismo moral (2.2.1) e a seguir identificaremos nos principais autores abordados, Dworkin, Alexy e Zagrebelsky, uma pretensão à

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248.

²⁴⁴ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2010, p. 98.

racionalidade nas questões éticas (2.2.2), quando pugnam pela possibilidade de encontrar-se a *única* resposta correta ou a *melhor* solução para os casos concretos. Não esboçaremos ainda de forma completa uma crítica a tais concepções, o que será deixado para o item 2.3.

2.2.1. Considerações gerais

Os postulados metaéticos nem sempre são postos em evidência e autores neoconstitucionalistas e que inspiram essa corrente em geral não admitem esposar uma forma de objetivismo ético. Por outro lado, as críticas que a doutrina brasileira vem dirigindo ao neoconstitucionalismo e ao ativismo judicial não se baseiam especificamente no problema epistemológico da moral, o que é mais frequente na doutrina estrangeira, sobretudo anglo-saxã. Parte das polêmicas em torno da obra de Dworkin relacionam-se à sua tese da única resposta correta e às acusações que lhe foram lançadas de objetivismo ético (ver 1.1.2.2).²⁴⁵ Na Alemanha, o debate travado em torno das formulações de Alexy sobre a ponderação de princípios aproxima-se mais explicitamente do debate metaético. Habermas, por exemplo, considera que a ponderação orientada por *finalidades* poderia acarretar inclusive o enfraquecimento da noção de direitos fundamentais, que seriam vítimas de “juízos irracionais”, reconhecendo a inexistência de padrões racionais para o sopesamento.²⁴⁶ As objeções de Habermas nesse sentido são também registradas por Marcelo Neves.²⁴⁷

A aproximação e identificação entre neoconstitucionalismo e objetivismo ético dão-se a nosso ver por duas vias, relacionadas entre si. A primeira seria a própria recuperação da tese da conexão entre direito e moral, já explicitada quando abordamos as características do neoconstitucionalismo. Ora, quem diz que o direito e a moral integram-se em termos conceituais ou mesmo interpretativos está a admitir, na mesma medida, que existe uma moral objetiva, conhecível e capaz de oferecer parâmetros decisórios. A outra via é a dos princípios. As duas vias se relacionam, evidentemente, e talvez a segunda tenha mesmo primazia sobre a primeira, porque são os princípios, com seu admitido conteúdo axiológico, que forneceriam a abertura do direito para a moral.

²⁴⁵ Também Richard Posner tece críticas a Dworkin, sob o ponto de vista de sua teoria moral, mostrando-se cético quanto à possibilidade da única resposta correta em temas como o aborto e a eutanásia. (Cf. POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 179.

²⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1, pp. 314-322.

²⁴⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 73.

Esse um outro aspecto que deve estar claro na nossa argumentação. O debate baseado em princípios constitucionais gerais e abstratos, à falta de regras específicas, não é uma mera discussão *jurídica*, mas uma discussão moral, valorativa ou axiológica. Nenhum dos autores analisados negaria o forte conteúdo axiológico dos princípios e, portanto, quando a discussão trava-se nesse nível, ainda que os princípios estejam positivados, são questões morais que são trazidas ao debate. Nesse sentido, Alexy assevera claramente que “*princípios e valores são a mesma coisa*”²⁴⁸; a diferença que esse próprio autor esboça é de alguma forma tautológica, ao dizer que princípios são deontológicos, isto é, obrigam, e os valores axiológicos, ou seja, valoram, mas não é afirmada nenhuma diferença estrutural ou ontológica entre as noções.

Esse caráter moral dos debates travados no âmbito do constitucionalismo moderno fica claro não só em Dworkin, mas em Alexy, ao asseverar que, na argumentação jurídica sobre princípios, “*em todos os casos minimamente problemáticos, são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material jurídico preexistente*” e que “*a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional.*”²⁴⁹ Arremata asseverando que “*a questão da racionalidade na fundamentação jurídica leva, então, à questão acerca da possibilidade de fundamentação racional de juízos práticos ou morais gerais.*”²⁵⁰ Ademais, as disposições de direitos fundamentais seriam “*extremamente abstratas, abertas e ideologizadas.*”²⁵¹

Como veremos a seguir, a resposta do neoconstitucionalismo à questão colocada por Alexy, sobre a fundamentação racional dos juízos morais é, sim, positiva. E, portanto, uma vez mais, temos que, travada a discussão no âmbito dos princípios, é uma assertiva objetivista afirmar a possibilidade da única resposta correta ou da melhor resposta no caso concreto.

Não havendo no mundo anglo-saxão uma discussão específica sobre o *neoconstitucionalismo*, termo que não é empregado em língua inglesa, girando o debate em torno principalmente do ativismo judicial da Suprema Corte, e assinalando-se, como já dito, que a questão do objetivismo moral é levantada e discutida por juristas como Dworkin e Waldron, temos que é Luigi Ferrajoli quem coloca o problema de forma explícita e próxima da nossa crítica. Com efeito, o autor italiano vê imediatamente na tese

²⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 561.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 548.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 549.

²⁵¹ *Ibid.*, pp. 548-551.

da conexão entre direito e moral do *constitucionalismo principialista*²⁵² a adoção do objetivismo ético, taxando-a de “*enésima versão do legalismo ético, que é o constitucionalismo ético.*”²⁵³ Para ele, o constitucionalismo juspositivista ou garantista que sustenta “*rejeita a tentação de voltar a confundir direito e moral, inclusive na forma do constitucionalismo ético.*” Assevera o autor de forma clara, repelindo o objetivismo ou cognitivismo que vislumbra no neoconstitucionalismo:

A negação do cognitivismo ético e a defesa da separação entre direito e moral, que formam o pressuposto do constitucionalismo garantista, são, portanto, o fundamento e, ao mesmo tempo, a principal garantia do pluralismo moral e do multiculturalismo, isto é, da convivência pacífica das muitas culturas que convivem em uma mesma sociedade. Mas são, igualmente, o pressuposto e a principal garantia da submissão dos juízes à lei e da sua independência, contra o *cognitivismo ético-judiciário*, proveniente da estranha ideia dworkiana de que existe sempre uma “única resposta justa” ou “correta”, identificada, de fato, com aquela mais acreditada e difundida na prática jurisprudencial.²⁵⁴

De outro lado, fugindo à mais comum negativa, por parte do neoconstitucionalismo, quanto à sua adesão ao objetivismo ético, Manuel Atienza – considerado por Ferrajoli como partidário do neoconstitucionalismo, ao lado de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky e Ruiz Manero²⁵⁵ - 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).²⁵⁶

Em conferência proferida em 2013, intitulada “Justiça constitucional e ceticismo moral”, o autor torna a sustentar o objetivismo, aduzindo que o juiz deve

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, p. 19.

²⁵³ *Ibid.*, p. 27.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 32. (grifo do autor)

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 27.

²⁵⁶ ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más: Otra forma de pensar el Derecho**. Madrid: Pasos Perdidos, 2013, p. 38/39. (tradução nossa, grifo nosso)

esforçar-se por fazer justiça – evitando tanto o formalismo como o ativismo -, e o pressuposto dessa atuação não poderia ser outro “*senão o objetivismo moral, a ideia de que a justiça não é – como Kelsen pensava – um ideal irracional.*”²⁵⁷ Da mesma forma, questiona se “*nossas liberdades e nossos direitos sociais possuem uma justificação racional*” e se seriam mais que “*meras convenções sociais ou preferências que os indivíduos possam ter.*” Assevera: “*Minha resposta é que sim e que essas afirmações seriam facilmente justificáveis através de uma filosofia moral como a de Habermas ou de Rawls.*”²⁵⁸

2.2.2. Pretensão à racionalidade nas questões éticas

Entendemos, pois, que o neoconstitucionalismo assume como pressuposto metaético o objetivismo moral e isso resta patenteado em sua pretensão à racionalidade em questões éticas, trazidas à jurisdição na forma dos princípios, e em especial nas formulações em torno da única resposta correta, da resposta melhor ou mais razoável. Demonstraremos também brevemente, como suscitado logo acima por Atienza, ao invocar Rawls e Habermas, que não raramente o neoconstitucionalismo vai buscar inspiração na filosofia moral e política de tipo normativo, o que é outra manifestação da referida pretensão à racionalidade.

2.2.2.1 Importância da filosofia moral para o neoconstitucionalismo

Além das assertivas a que chega o neoconstitucionalismo no campo da filosofia do direito, suas formulações estão muitas vezes próximas à filosofia política e moral. Marcelo Neves indica que, já em meados da década de 1970,

Hart apontava para a transformação da teoria do direito e da filosofia política anglo-saxônica no sentido de negar o utilitarismo e a tese positivista da separação entre moral e direito, destacando as teorias da justiça de John Rawls e Robert Nozick como pontos de partida dessa mudança e a teoria dos princípios de Ronald Dworkin como pioneira dessa reviravolta no âmbito jurídico.²⁵⁹

²⁵⁷ ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más: Otra forma de pensar el Derecho**. Madrid: Pasos Perdidos, 2013, p. 100.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 100.

²⁵⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 43.

John Rawls é conhecido por sua *Uma teoria da justiça*²⁶⁰, concebida como um esforço racional para, diante do inegável pluralismo sobre as visões do que é o bem, estabelecer quais seriam os princípios de uma sociedade justa. Sob o “véu da ignorância”, desconhecendo o lugar que iriam ocupar na futura sociedade – se livres ou não, pobres ou ricos, etc -, os homens na chamada “posição original”, baseados em seus próprios interesses, teriam condições de chegar a um consenso racional sobre quais seriam esses princípios. O caráter racional da empreitada, por meio de uma universalização de tipo kantiano, e a proximidade com as teorias do contrato social são perceptíveis. Os dois princípios básicos a que chega Rawls seriam: *i)* cada pessoa deve ter o mesmo direito à máxima liberdade compatível com a liberdade do outro, também formulado como princípio da liberdade igual; *ii)* as desigualdades sociais e econômicas devem ser organizadas de modo a beneficiar os menos favorecidos e basearem-se em posições abertas a todos, em condições de igualdade de oportunidades.²⁶¹

Embora Dworkin discorde em muitos pontos de Rawls, sobretudo no que concerne ao caráter procedimental do seu pensamento, dialoga constantemente com ele. Ao admitir a conexão entre direito e moral e permitir que o juiz perscrute os problemas da moralidade social como forma de encontrar a resposta correta, Dworkin chega a propugnar a fusão do direito constitucional e da teoria moral:

O direito constitucional não poderá fazer um verdadeiro progresso enquanto não isolar o problema dos direitos contra o Estado e tornar esse problema parte de sua própria agenda. Isso conta como um argumento em favor de *uma fusão do direito constitucional e da teoria moral, uma relação que, incredivelmente, ainda está por ser estabelecida*. É perfeitamente compreensível que os juristas tenham a contaminação pela filosofia moral, particularmente pelos filósofos que falam sobre esses direitos, porque as nuances fantasmagóricas desse conceito assombram o cemitério da razão. Mas hoje dispomos de uma filosofia melhor do que aquelas que estão na lembrança dos juristas. O professor Rawls, de Harvard, por exemplo, publicou um livro abstrato e complexo sobre a justiça que nenhum jurista constitucional poderá ignorar. Não é necessário que os juristas desempenhem um papel passivo no desenvolvimento de uma teoria dos direitos morais contra o Estado(...) Eles devem reconhecer que *o direito não é mais independente da filosofia* do que essas outras disciplinas.²⁶² (grifos nossos)

Observe-se que se trata de teorias morais e políticas de cunho normativo, do que *deve ser*, como é caso das postulações de John Rawls, de maneira que a pretendida

²⁶⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

²⁶¹ WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the Limits of Philosophy**. Abingdon: Routledge, 2006. Leitor Kindle, posição 1480.

²⁶² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 233-234.

fusão entre direito constitucional e a teoria ou filosofia moral revela a expectativa de que tais teorias forneçam respostas a problemas jurídicos, isto é, de que tais construções teóricas sejam capazes de impor-se racionalmente, a ponto de fixarem regras políticas e sociais de observância obrigatória, o que, a nosso ver, constitui-se já num traço objetivista.

Mencionando também as obras seminais de Rawls e Nozick, mas destacando o seu caráter relativo, isto é, rejeitando a pretensão à verdade por parte dessas teorias, John Hart Ely considera um erro a tentativa de Dworkin de aproximar o direito constitucional e a filosofia moral. Assevera:

[...] o erro é o de supor que existe algo, chamado de “método da filosofia moral”, com cujas linhas-mestras todos os especialistas concordarão[...] Não é assim que as coisas são. Alguns filósofos da moral acreditam que o utilitarismo é a resposta; outros têm certeza de que não é. Alguns consideram a redistribuição econômica um imperativo moral; outros a consideram moralmente censurável. Dois dos mais notáveis trabalhos recentes sobre filosofia moral e política, *A Theory of Justice*, de John Rawls, e *Anarchy, State and Utopia*, de Robert Nozick, chegam a conclusões bem diferentes. Simplesmente não existe um único método de filosofia moral.²⁶³

Também Jeremy Waldron entende que não basta a teorização sobre a justiça, pela simples razão de que “*as pessoas na sociedade abraçam teorias da justiça diferentes e opostas.*”²⁶⁴

Aos alvos principais de Dworkin, o positivismo jurídico e o utilitarismo, podemos seguramente acrescentar o ceticismo, no campo da filosofia moral. Já vimos que ele critica fortemente o que chama de “ceticismo externo”, chegando a negar a existência e a relevância de uma metaética e defendendo em seu lugar a “visão ordinária” das pessoas de que, nas questões morais, existe o verdadeiro e o falso, o certo e o errado (ver 1.1.2.2).

Também em relação a Robert Alexy, questões da filosofia moral aparecem com frequência em suas formulações. Seu conceito de princípio como um direito *prima facie* advém diretamente da obra de W.D. Ross (e Alexy faz a referência no seu *Teoria dos Direitos Fundamentais*), que introduziu na filosofia moral a noção dos princípios morais *prima facie* e o particularismo moral, corrente segundo a qual a colisão entre princípios

²⁶³ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 77.

²⁶⁴ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement.** Oxford: Oxford University Press, 1999. Leitor Kindle, p. 2. (tradução nossa)

morais pode resolver-se no caso concreto²⁶⁵. A tese é evidentemente bastante próxima da ponderação de princípios de Alexy.

Podemos por fim acrescentar que o sopesamento de valores e interesses já era de alguma forma cogitado pela filosofia medieval, com a *doutrina do duplo efeito*, desenvolvida por Santo Tomás de Aquino. A doutrina objetivava lidar com o fato de que de uma ação podem resultar um efeito positivo e outro negativo. Tratava-se de impor limites à conduta e sobretudo ao efeito tido por negativo: este último não pode ter sido diretamente desejado e o efeito positivo deve resultar do ato e não do efeito negativo.²⁶⁶

2.2.2.2. Dworkin e a “única resposta correta”

Uma das manifestações mais fortes do novo constitucionalismo em termos filosóficos e em especial na sua relação com a metaética, é a tese dworkiniana da *única resposta correta*. Para ele, o juiz deve perscrutar o campo da moralidade política para encontrar a *única resposta correta* existente para determinado caso, mesmo que se trate de um *hard case*, envolvendo profundas questões morais e valorativas.

O objetivismo moral, como vimos, é aquela corrente da metaética que defende a existência de verdades morais, das noções de certo e errado nas questões morais. Assim, para um objetivista, haverá sempre uma resposta correta sobre determinado questionamento moral, que existiria de forma independente da mente humana e das circunstâncias sociais e individuais. Apesar da sofisticação das teorias de Dworkin, que pretende rejeitar tanto o objetivismo como o ceticismo, numa linha próxima a Hilary Putnam (ver 1.1.2.2), a formulação é bastante próxima do objetivismo moral, e já recebeu essa crítica, como veremos abaixo.

Aqui também, e na linha de um argumento corrente contra o ceticismo, Dworkin apela à “visão ordinária” das pessoas, resistindo a dar à sua tese um argumento teórico definitivo:

Alguns leitores não se deixarão convencer. É certamente "impossível" que num caso verdadeiramente difícil, uma das partes esteja simplesmente certa e a outra, simplesmente errada. Mas por quê? Pode ser que a suposição de que uma das

²⁶⁵ DANCY, Jonathan. Le particularisme éthique et les propriétés moralement pertinentes In: ZIELINSKA, A. C. **Métaéthique: connaissance morale, scepticismes et réalismes**. Paris: Vrin, 2013, pp. 287-313. Tradução para o francês de Anna Zielinska, p. 295.

²⁶⁶ NERI, Demetrio. **Filosofia moral: manual introdutivo**. São Paulo: Loyola, 2004, p. 57. Ver também FOOT, Philippa. The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect. **Oxford Review**, n.º. 5, 1967.

partes pode estar certa e a outra, errada, esteja cimentada em nossos hábitos de pensamento em um nível tão profundo que não podemos, de modo coerente, negar tal suposição, por mais céticos ou intransigentes que pretendamos ser nessas questões. Isso explicaria nossa dificuldade de formular coerentemente o argumento teórico. O "mito" de que num caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito.²⁶⁷

A tese da única resposta correta em Dworkin está ligada à sua teoria da interpretação e à metáfora do romance em cadeia. Interpretar uma obra de arte ou um problema jurídico seria “*uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam*”²⁶⁸, mostrando o objeto sob a sua *melhor luz*.²⁶⁹

Na metáfora do romance em cadeia sugerida por Dworkin, o juiz seria como o escritor de um romance iniciado por outros e, portanto, estaria obrigado a continuar o empreendimento de forma *coerente*; o primeiro escritor gozaria de uma liberdade total ou mais ampla, enquanto os seguintes, diante da complexidade do enredo, experimentariam um constrangimento maior, restando-lhes muitas vezes uma única interpretação possível sobre a maneira de continuar o romance.²⁷⁰ O juiz é capaz de encontrar a resposta correta mediante um procedimento racional e também mediante a suposição de que a complexidade do enredo limita o espectro das escolhas e mesmo aponta para uma única solução. Essa complexidade, por sua vez, seria fornecida pelo conjunto da história institucional, leis, precedentes, bem como pelos princípios morais e políticos que também integram o direito.

Stanley Fish critica a metáfora do romance em cadeia, considerando que Dworkin comete o erro ora de considerar o escritor totalmente livre, como seria o primeiro da série (subjetivismo), ora de considerar que os posteriores esbarrariam num completo constrangimento causado pelo objeto mesmo da interpretação, restando-lhe apenas um caminho a seguir (objetivismo). Para Fish, o escritor sempre teria alguma liberdade e alternativas sobre como prosseguir, de acordo com a interpretação que fizesse do que já fora escrito.²⁷¹

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, cap. 13, Os direitos podem ser controversos?, pp. 429-446.

²⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 64

²⁶⁹ *Ibid.*, pp. 280-281.

²⁷⁰ *Ibid.*, pp. 275-279.

²⁷¹ 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, p. 271-286. Dworkin responde com uma crítica ao “ceticismo externo” em My reply to Stanley Fish (and Walter Benn

Já fizemos uma primeira análise da questão e refutamos a posição de Dworkin no capítulo 1. A posição nos parece de fato objetivista, ao postular a resposta correta a respeito de temas morais complexos e polêmicos. A maioria dos autores, mesmo aqueles pertencentes ao campo do neoconstitucionalismo, rejeita a tese de Dworkin. Assim, Alexy²⁷², Zabrebelsky²⁷³, Ferrajoli²⁷⁴, Brian Bix²⁷⁵, Marcelo Neves²⁷⁶.

Com base na concepção da única resposta correta, Dworkin também se notabiliza por negar ao juiz qualquer discricionariedade, mesmo nos casos difíceis. Enquanto para o realismo jurídico o juiz atua com uma discricionariedade quase total e, para o positivismo, a discricionariedade existe nas lacunas da lei, Dworkin entende que não existe discricionariedade alguma. Sempre há uma resposta correta a ser *descoberta* pelo juiz e não criada ou inventada. Para o realismo jurídico o direito *nunca* pré-existe à decisão judicial – pois é ela que o cria. Para Dworkin o direito *sempre* pré-existe à decisão, mesmo que para encontrá-lo o juiz deva revolver complexos problemas de teoria moral.

Por fim, também no sentido da grande confiança na razão demonstrada por Dworkin, Atienza ressalta o *ultrarracionalismo* do seu pensamento.²⁷⁷

2.2.2.3 . Alexy e a ponderação de princípios

Alexy também pretende introduzir racionalidade nas escolhas judiciais, notadamente através do procedimento do sopesamento ou ponderação. Sua posição, como a de Habermas, seria a de preservar a racionalidade no âmbito do *discurso prático*, moral, jurídico e político. Pretende assumir uma posição intermediária entre as “*posições subjetivistas, relativistas, decisionistas e/ou irracionaisistas; e de outro, as posições*

Michaels): please don't talk about objectivity anymore. In: W. J. T. Mitchell (ed.). **The Politics of Interpretation**. University of Chicago Press, Chicago, 1983, p. 287-313. Fish defende o conceito de “comunidades interpretativas” e é associado à defesa de um ponto de vista relativista. Cf. Stanley Fish, Interview. **Philosophy Now: a magazine of ideas**. Londres, n. 116, pp. 23-25, out./nov. 2016.

²⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 543.

²⁷³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 125.

²⁷⁴ 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. 32.

²⁷⁵ BIX, Brian. **Law, language and legal determinacy**. Oxford: Clarendon, 1993, p. 92.

²⁷⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pp. 56 e 59.

²⁷⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 119.

objetivistas, absolutistas, cognitivistas e/ou racionalistas”.²⁷⁸ Aduz que não são possíveis “teorias morais substanciais que forneçam a cada questão moral uma única resposta com certeza intersubjetiva conclusiva”, mas que seriam possíveis as teorias morais procedimentais, de que seria exemplo promissor a *teoria do discurso prático racional*, “que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática.”²⁷⁹

Vê-se que Alexy afasta-se de forma explícita da tese da “única resposta correta” de Dworkin, repudiando também o que chama de “teoria forte” dos princípios, que conteria todas as relações de prioridade entre eles, abstratas e concretas.²⁸⁰ Aduz que o processo de sopesamento é um processo racional, mas não “um processo que sempre leva a uma única solução para cada caso concreto.”²⁸¹

Apesar das ressalvas, contudo, e de admitir situações de *impasse epistêmico*, de que trataremos adiante, a posição predominante em Alexy é a favor da racionalidade nas decisões que envolvem conflitos de princípios e valores. Ele rejeita a objeção de Habermas, no sentido da irracionalidade da ponderação, aduzindo ser “possível elaborar juízos racionais sobre intensidades de intervenções, sobre graus de importância e sobre o relacionamento entre ambos”²⁸². Ilustra seu pensamento com uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão envolvendo a revista *Titanic*, que havia designado um oficial das forças armadas como “assassino nato” e também como “aleijado”, por ser portador de uma deficiência física. O tribunal entendeu que a designação de “assassino nato”, feita em tom jocoso no contexto da matéria, não justificava a indenização, isto é, não justificava a intervenção no princípio da liberdade de expressão, chegando, contudo, a conclusão oposta com relação à utilização do vocábulo “aleijado”. Afirmar Alexy:

as decisões sobre os produtos derivados do tabaco e sobre a revista *Titanic* demonstram que juízos racionais sobre graus de intensidade e importância são possíveis e que eles podem ser relacionados com vistas à fundamentação de uma decisão.²⁸³

O esforço de racionalização em Alexy é patente nas fórmulas que propõe para o sopesamento, na forma de razões matemáticas, envolvendo grandezas como a

²⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 549.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 549.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 180.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 543.

²⁸² *Ibid.*, p. 594.

²⁸³ *Ibid.*, p. 598.

intensidade da intervenção num determinado princípio, a *importância* do princípio colidente sob determinadas *condições* e ainda um modelo triádico que escalona a intensidade da intervenção e a importância do princípio colidente em *leve, moderada e séria*²⁸⁴; chega a cogitar de um modelo triádico duplo, que teria nove níveis, em que determinada intervenção, por exemplo, poderia ser considerada leve-leve, leve-moderada, leve-séria, etc.²⁸⁵ Apesar da instigante formulação, Alexy irá admitir situações de impasse, como no caso de intervenção e importância “empatarem” por serem ambas consideradas leves, moderadas ou sérias – nesses casos Alexy veria uma discricionariedade estrutural em favor do legislador, afora casos de discricionariedade epistêmica que também admite e que abordaremos adiante.

Por fim, de se destacar que, apesar de não apostar na “única resposta correta” e tirante os casos de impasse, Alexy acredita na melhor resposta ou pelo menos na exclusão de respostas inadmissíveis. A proximidade de suas formulações com as de Dworkin é destacada por Marcelo Neves:

É verdade que o conceito de Alexy não é empírico, mas sim contrafactual. Aponta para um dever-ser ideal. Nesse sentido, ele se assemelha à ideia de uma única decisão correta ou do melhor julgamento, defendida por Dworkin.²⁸⁶

2.2.2.4 Zagrebelsky, os princípios e a razão prática

Embora também rejeite, como Alexy, a noção de “única resposta correta”²⁸⁷, Zagrebelsky acredita que “os casos”, analisados sob a luz do seu valor e sentido social, estes últimos cambiantes e em constante evolução, seriam capazes de pressionar o direito “*para que se imponha a solução adequada, não só mediante reformas legislativas, mas também mediante contínuas reconstruções interpretativas do ordenamento vigente.*”²⁸⁸

²⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 605. Ver também: 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.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 609.

²⁸⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 82.

²⁸⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 125.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 138.

A importância que Zagrebelsky confere ao *caso*, que, iluminado pelos princípios, conteria as circunstâncias capazes de apontar a solução correta, noção também muito presente em Alexy, ilustra a nosso ver uma forma de particularismo moral, corrente *objetivista* da filosofia moral que acredita existirem respostas morais corretas para os casos concretos.

Com efeito, Zagrebelsky enfatiza o que chama de “caráter prático da ciência do direito”²⁸⁹, que seria uma ciência prática, na distinção proposta por Aristóteles entre as ciências práticas, cujo objeto seria o agir, e as ciências teóricas, que visariam ao conhecimento. As ciências práticas, como a moral e o direito, tentariam dar resposta à questão socrática *do que devemos fazer*, o que não se confundiria com a busca do conhecimento empreendida pelas ciências teóricas. A própria existência das ciências práticas, contudo, demonstra que o domínio prático *não* repele a racionalização, mas esta é feita como *razão prática*. Esta se diferencia da razão teórica, que visa à verdade, e de alguma forma já no seu conceito renuncia à possibilidade desta última, pelo menos se concebida de maneira absoluta: a razão prática admitiria certa progressão qualitativa que vai do menos ao mais apropriado.²⁹⁰

De qualquer forma, apesar de sua distinção em relação à razão teórica, a razão prática persiste como razão, como conhecimento e compreensão que levam a uma solução da questão moral. A noção pode expressar-se também no conceito de *razoabilidade*, realçado por Zagrebelsky, ao asseverar que a maneira de concebê-la teria mudado, “*de requisito subjetivo do jurista passou a ser requisito objetivo do direito*”, aduzindo ainda que, na prática da aplicação judicial, “*é razoável a categorização dos fatos que leva em conta todos os princípios implicados; é razoável a regra, individualizada nos marcos das condições limitadoras do direito como ordenamento, que responde às exigências do caso.*”²⁹¹

De se destacar aqui, por oportuno, a semelhança da noção de razão prática e de razoabilidade na obra de Perelman. Ele pretende *não renunciar à razão* no âmbito da política, da moral e do direito. Não se aplicaria ao direito o raciocínio lógico-dedutivo da lógica formal, mas não se poderia simplesmente abrir mão da razão e aceitar quaisquer argumentos como equivalentes. A razão aqui assumiria o papel de *razão prática*, com suas especificidades, mas ainda assim razão. Perelman encerra uma palestra proferida na

²⁸⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª Edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 120.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 123.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 146. (tradução nossa)

Sociedade Francesa de Filosofia afirmando acreditar numa sociedade que se fundamente na razão, “*ou seja, a um só tempo, nas demonstrações racionais e nas argumentações razoáveis.*”²⁹²

A crença de que a realidade pode conter a norma de conduta, que *o ser pode conter o dever ser* nos leva já ao jusnaturalismo, cujos conceitos estão de alguma forma também presentes na obra de Zagrebelsky.

2.2.2.5 Neoconstitucionalismo e jusnaturalismo

Já afirmamos no capítulo 1 que o jusnaturalismo pressupõe uma metaética objetivista. Sua característica mais marcante é a tese da conexão entre direito e moral, na fórmula tomista mais radical *lex iniusta non est lex* ou na mais branda fórmula de Radbruch, à qual adere Alexy²⁹³, de que a lei *extremamente* injusta não é lei. Assim, o jusnaturalismo pressupõe que se possa conhecer uma moral/direito verdadeiros, que contenha as normas de *justiça* e as soluções justas e corretas para as questões humanas.

O direito natural adotaria um objetivismo moral de tipo particular, o *naturalismo*, segundo o qual existem leis morais inscritas na natureza ou na natureza dos homens, ou derivadas da razão, ou ainda ditadas por Deus, numa espécie de *supernaturalismo*.²⁹⁴

Alexy, como vimos, adota um conceito não positivista de direito, que inclui a moral, com adesão explícita à fórmula de Radbruch. No que concerne aos direitos fundamentais, que para ele têm natureza de princípios, efetivam uma “abertura” do sistema jurídico diante da moral, pois direitos como dignidade, liberdade e igualdade são também conceitos da filosofia prática ou moral. Assevera ainda que “*a irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da ideia de justiça a todos os ramos do Direito.*”²⁹⁵

Zagrebelsky, por seu turno, admite que os princípios constitucionais, com sua formulação universal e abstrata, assemelham-se aos princípios do direito natural, mas rejeita a identificação com o jusnaturalismo, asseverando que a positivação dos princípios advém da vontade das assembleias constitucionais contemporâneas; ademais, considera o

²⁹² PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 109.

²⁹³ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 48-75.

²⁹⁴ NERI, Demétrio. **Filosofia moral: manual introdutivo**. São Paulo: Loyola, 2004, p. 69.

²⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 544.

direito natural incompatível com a democracia.²⁹⁶ Mas, de toda forma, reconhece que o direito por princípios apresentaria o mesmo “modo de operar” do direito natural, *como se existisse de fato um*.²⁹⁷

Este “modo de operar”, por sua vez, pode ser entrevisto na crença de Zagrebelsky na razão prática, na possibilidade que teria de ditar a solução justa para o caso concreto. Os princípios, com seu grau maior de abertura, vivificariam a realidade e lhe confeririam valor.²⁹⁸ O “ser” iluminado pelo princípio não conteria ainda o “dever ser”. Mas, apesar do percurso através dos princípios, o autor italiano chega à afirmação jusnaturalista na qual se pode vislumbrar o objetivismo moral naturalista: *do ser nasce o dever ser*.²⁹⁹ Coloca-se, pois, às antípodas da lei de Hume, segundo a qual, ao contrário, de um “é” não se pode inferir um “deve” qualquer (ver 1.1.1.4). Após asseverar que o positivismo baseia-se “na mais rígida incomunicabilidade, no mais rígido dualismo entre ser e dever ser”³⁰⁰, Zagrebelsky afirma que o ordenamento jurídico baseado em princípios irá, como dito, conferir valor à realidade:

[...] é muito possível que a ideia de que a realidade carece de valor, no plano teórico, deva ser substituída pela ideia de sua plenitude de valor, no plano dogmático, se o ordenamento jurídico assim o quis. É exatamente o que sucede nos ordenamentos jurídicos regidos por normas de princípio.³⁰¹

Para arrematar:

Na presença dos princípios, a realidade expressa valores e o direito funciona como se regido por um direito natural. De novo, e agora por um motivo atinente ao igual modo de operar e não a uma igualdade de conteúdo, o direito por princípios encontra o direito natural.³⁰²

O “caráter prático” da ciência do direito leva Zagrebelsky a retomar, no âmbito do direito constitucional moderno e pelo viés dos princípios, a noção bastante conhecida da *prudência* aristotélica³⁰³, expressão, de alguma forma, da concepção antiga do direito natural. A prudência manifestar-se-ia no direito moderno como razoabilidade, da

²⁹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 68.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 119.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 118.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 121.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 118.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 119. (tradução nossa)

³⁰² *Ibid.*, p. 119. (tradução nossa)

³⁰³ *Ibid.*, p. 123.

qual seria expressão também o princípio da proporcionalidade, de maneira que poderíamos reconduzir este último, talvez o mais festejado no neoconstitucionalismo, à prudência aristotélica e, como quer Eros Roberto Grau, à noção de equidade – que seria a justiça no caso concreto.³⁰⁴

Assim, a proximidade do neoconstitucionalismo com o jusnaturalismo, destacada por importantes autores, como vimos, está também a demonstrar que o primeiro compartilha em alguma medida do pressuposto metaético do último, que é o objetivismo moral. Pela mesma razão, não pode o neoconstitucionalismo evitar as críticas que desde sempre o positivismo jurídico dirigiu ao jusnaturalismo – notadamente a da subjetividade da noção de justiça.

2.3 Crítica ao objetivismo ético do neoconstitucionalismo

Enquanto no estrangeiro, como vimos, a questão metaética é mais ventilada ao tratar-se do constitucionalismo moderno, no Brasil a crítica ao neoconstitucionalismo, apesar de cada vez mais relevante, em geral não inclui esse aspecto em suas preocupações. Mas, na forma de uma crítica ao *abuso* dos princípios na prática jurisdicional e enfatizando a sua imprecisão semântica, é evidentemente relevante aos nossos propósitos (2.3.1). Após visitarmos nesse ponto a doutrina brasileira, passaremos à nossa crítica propriamente epistemológica, baseada no não-cognitvismo moderado que sustentamos no capítulo 1 (2.3.2). Encerraremos com uma discussão sobre a questão da discricionariedade judicial, que guarda relação com os pontos de vista metaéticos assumidos pela filosofia do direito (2.3.3).

2.3.1. A crítica brasileira à teoria dos princípios e ao neoconstitucionalismo

A crítica que a doutrina brasileira vem fazendo ao neoconstitucionalismo assenta-se a nosso ver em três pontos. Ora se baseia no aspecto filosófico do neoconstitucionalismo, questionando uma suposta superação do positivismo jurídico. Por vezes, talvez de forma majoritária, assume o caráter de uma crítica à teoria dos princípios; e, por fim, associando os dois aspectos anteriores, combate o *ativismo judicial* e uma supremacia possivelmente antidemocrática do Supremo Tribunal Federal no concerto dos

³⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 133-136.

poderes instituídos.

Humberto Ávila realiza aprofundado estudo, traduzido em outros países, sobre a distinção entre princípios e regras e as especificidades de sua aplicação.³⁰⁵ Contraindo-se a Alexy, procede a uma redefinição do que são os princípios, que lhes retira, como atributo essencial, serem normas “carecedoras de ponderação”.³⁰⁶ Em sentido semelhante à crítica habermasiana já mencionada (ver 2.2.1), considera que a possibilidade de ponderação levaria a um indesejado enfraquecimento de princípios fundamentais. Os princípios seriam diversificados e diversas também as maneiras de aplicá-los, somente alguns admitindo a ponderação ou relativização diante de outros. Não nega, pois, a existência dos princípios como espécie normativa própria, definindo-os, contudo, como

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.³⁰⁷

Em outro estudo, enumera o que seriam os postulados mais relevantes do chamado neoconstitucionalismo: i) a passagem da regra ao princípio (modelo normativo); ii) da subsunção à ponderação (modelo metodológico); iii) da justiça geral à justiça particular (axiológico); iv) do poder legislativo ao poder judiciário (organizacional). Acaba por negar a pertinência de todos eles e asseverar que a Constituição brasileira de 1988 não os adotou.³⁰⁸

Elival da Silva Ramos, por sua vez, empreende uma crítica do ativismo judicial ancorada na filosofia do direito, ao sustentar um positivismo “reflexivo e integral”³⁰⁹, que não desconheça o papel imprescindível da interpretação na aplicação do direito, endossando o método teleológico-evolutivo da hermenêutica clássica, segundo o qual “o direito deve guardar relação de funcionalidade com referência à vida social que pretende regular.”³¹⁰ Faz a crítica do moralismo jurídico em Alexy e Dworkin e, nesse passo, também alguma crítica à teoria dos princípios, vislumbrando, baseado em Humberto Ávila, que os princípios não podem fundar senão um controle “médio fraco” de

³⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 12ª edição, 2011, p. 206.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 122.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 193.

³⁰⁸ ÁVILA, Humberto. “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.

³⁰⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 62.

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.³¹¹ A par 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.³¹²

Dimitri Dimoulis defende um positivismo jurídico que não impeça a avaliação moral do direito positivo vigente³¹³, repelindo a retórica antipositivista muitas vezes despida de rigor teórico e que se volta contra um positivismo “caricaturado.”³¹⁴ Considera que “*a aceitação de posições moralistas é um retrocesso teórico e político e que a interpretação política do direito destrói a normatividade jurídica(...)*”³¹⁵

José Levi Mello do Amaral Júnior volta-se contra as formulações de Dworkin, apontando-lhe uma “contradição majoritária”. As críticas do norte-americano à concepção de democracia como procedimento majoritário ou estatístico esbarrariam no fato de que as decisões dos tribunais constitucionais também são adotadas por maioria de votos:

A maior contradição de Dworkin está no relativizar a importância da decisão majoritária própria ao parlamento na elaboração legislativa e, a seguir, pretender confiar a decisão, sobretudo em questões de moralidade política, para uma Suprema Corte, um órgão judicial coletivo, cujas decisões também são tomadas segundo o mesmo princípio majoritário(...)³¹⁶

Revela-se nessa contradição ponto relevante sobre a “única resposta correta”, que será igualmente suscitado por Jeremy Waldron e ao qual voltaremos no capítulo 3. A transcendência da resposta correta só poderia se materializar na contingência do procedimento majoritário.

Ainda no campo filosófico, José Carlos Francisco recomenda, de um ponto de vista ético ou pragmático, a adoção do positivismo jurídico inclusivo ou moderado como teoria do direito que melhor convém ao juiz ordinário brasileiro, capaz de conduzir

³¹¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 164.

³¹² *Ibid.*, p. 91.

³¹³ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, pp. 273-274.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 53.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 272.

³¹⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. 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.

“a decisões judiciais convergentes e potencialmente unificáveis, na perspectiva da segurança jurídica e da igualdade[...]”³¹⁷

Carlos Horbach, por sua vez, também tece críticas ao neoconstitucionalismo, em primeiro lugar demonstrando que a “nova hermenêutica constitucional”, como defendida por Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, não se distingue com rigor dos postulados da interpretação jurídica em geral, já estabelecidos por Carlos Maximiliano em suas obras célebres³¹⁸. O neoconstitucionalismo seria, pois, um modismo e nele preponderaria a subjetividade do intérprete, capaz de amoldar a seu talante o juízo de inconstitucionalidade. Exemplifica com excessos na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, com julgado que considerou inconstitucional a lei do inquilinato ao cogitar do despejo da mãe cujo filho ficara paraplégico; ou ainda decisão que considerou contrário ao princípio em tela o corte de energia elétrica por falta de pagamento.

Também Marcelo Neves mostra-se surpreso com a “*banalização dos modelos principiológicos*” e com a “*retórica principialista*”. Cita também a invocação, que considera esdrúxula, do princípio da dignidade da pessoa humana em decisão do STF que considerou inconstitucional lei estadual autorizadora da briga de galos (ADI 1856/RJ).³¹⁹ Pretende, contudo, “levar a sério” a novidade que os princípios representam no constitucionalismo moderno. Em formulação similar àquelas de Zagrebelsky, elogia a flexibilização que os princípios conferem ao sistema jurídico, ao ampliarem a possibilidade de argumentação; mas eles não conseguiriam reduzir a complexidade dos casos e levar sozinhos à decisão, só ganhando significado prático quando encontram correspondência em regras que lhes confirmam densidade.³²⁰ Por outro lado, o autor afirma não retroceder à tendência de superestimar as regras, o que tornaria o sistema excessivamente rígido.³²¹ Tece críticas à tese da única resposta correta em Dworkin bem como à “ponderação otimizada” de Alexy, que retomaremos adiante.

Na sua crítica ao abuso dos princípios e na busca de um modelo equilibrado entre a aplicação de princípios e regras, Marcelo Neves aproxima-se da crítica

³¹⁷ FRANCISCO, José Carlos. 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.

³¹⁸ 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.

³¹⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pp. IX-X.

³²⁰ *Ibid.*, p. XVII.

³²¹ *Ibid.*, p. XX.

epistemológica, chegando a asseverar que “*o caráter multicêntrico da sociedade importa uma concorrência entre leituras diversas e incomensuráveis do mesmo princípio*”, introduzindo o interessante conceito de colisão intraprincípio, já mencionado e ao qual retornaremos.³²²

Pretendemos adiante acrescentar a tais reflexões uma maior ênfase nas dificuldades epistemológicas suscitadas pela aplicação dos princípios.

2.3.2 Nossa crítica baseada no não-cognitismo moderado

No item 2.2, buscamos identificar o componente objetivista do neoconstitucionalismo. Demonstramos que tal componente é efetivamente destacado e criticado por determinados autores, como Luigi Ferrajoli. Autores como Manuel Atienza chegam a admitir o objetivismo ético como relevante para a sua doutrina constitucional.

Demonstramos ainda que, com graus diversos de intensidade, autores como Dworkin, Alexy e Zagrebelsky sustentam a possibilidade de que as questões morais suscitadas por determinado caso sejam resolvidas de forma racional. Destacamos ainda a proximidade de certas formulações do neoconstitucionalismo com o jusnaturalismo, como em Zagrebelsky.

Passaremos agora a delinear uma crítica mais completa ao referido componente objetivista do neoconstitucionalismo, a partir do ponto de vista metaético sustentado no item 1.1.4, o não-cognitismo moderado.

2.3.2.1. Crítica geral. Subjetividade dos valores e princípios

Como já dito, o objetivismo ético manifesta-se de duas formas no neoconstitucionalismo. A primeira delas é a própria tese da conexão entre direito e moral, própria do jusnaturalismo e que é retomada por essa corrente (ver 2.1.3.3). A outra é através dos princípios, cujo conteúdo axiológico e proximidade com a noção de valor já foi destacada.

No primeiro caso, o que os autores neoconstitucionalistas pretendem expressar é que os argumentos morais são legítimos no debate constitucional, ao menos do ponto de vista argumentativo. No que concerne aos princípios, o neoconstitucionalismo os

³²² NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 163.

toma como parâmetros decisórios válidos e suficientes para a decisão constitucional. Vale a pena reproduzir a citação já efetuada acima, quando se afirma que o neoconstitucionalismo caracteriza-se “*por negar as teses juspositivistas da separação entre Direito e moral, procurando indicar parâmetros claros de concretização normativa que sofram o influxo de vetores metajurídicos.*”³²³

Em ambas as situações, pode-se vislumbrar o postulado objetivista, pois tanto a moral em geral como os princípios são considerados aptos a dirimir questões jurídicas postas à decisão do juiz constitucional, na pressuposição de que podem albergar a resposta correta ou melhor para o caso em análise.

A contraposição que fazemos a tais postulados advém da nossa argumentação em favor do não-cognitivismo levada a cabo no capítulo 1. Mesmo adotando um não-cognitivismo moderado, que aceita em certa medida a noção de resposta correta no âmbito moral, aduzimos ali que nem sempre a moral é capaz de fornecê-la. Remetemos o leitor às considerações que fizemos no capítulo 1 a respeito de questões como aborto e cotas raciais, sustentando que as posições contrapostas não são passíveis de ser dirimidas de forma racional.

Jorge Octavio Lavocat Galvão externa ponto de vista semelhante ao que desenvolvemos: a partir da constatação da vagueza de algumas cláusulas constitucionais, questiona a possibilidade e a adequação de o Judiciário decidir determinadas questões. Assevera:

[...]os casos constitucionais mais relevantes que ascendem à Corte Constitucional dizem respeito a interpretações controvertidas das cláusulas constitucionais que apresentam conceitos extremamente vagos e abertos. Temas como aborto e pesquisa com células-tronco, citados pelo ministro Gilmar Mendes, ensejam debates apaixonados acerca do conteúdo do direito à vida, sem que haja *a priori* uma resposta correta ou consensual. Da mesma forma, a questão de saber se a proibição da prática de antissemitismo implica uma proteção contra o racismo ou se é uma verdadeira restrição à liberdade de expressão comporta diferentes respostas, sem que isso signifique uma maior ou menor adesão aos direitos fundamentais.³²⁴

Destaca o mesmo autor que a doutrina estrangeira classificaria esses casos como *desacordos morais razoáveis* que, segundo Samantha Besson, são aqueles que

³²³ 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, p. 17.

³²⁴ 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.

resistem a uma solução racional. A existência desse tipo de desacordo significa que em matérias de suma importância, sobre as quais se pensava que os indivíduos chegariam a um consenso, a razão parece não guiar a um denominador comum, mas, ao contrário, tende a levar a posicionamentos cada vez mais distantes, opostos. No rol dos desacordos morais razoáveis encontram-se questionamentos sobre o aborto, a clonagem humana, as pesquisas com células-tronco, a eutanásia, o suicídio assistido, entre outros.³²⁵

A nossa crítica, pois, baseia-se no postulado não-cognitivista de que as questões morais não comportam sempre uma resposta certa. Longe de fornecer “parâmetros claros” para a concretização normativa, como pretendido, os valores invocados nesses debates padecem muitas vezes de uma insuperável subjetividade. John Mackie, dos mais importantes autores da corrente não-cognitivista, refere-se à “*subjetividade dos valores*”, asseverando de forma categórica que “*não há quaisquer valores objetivos*”.³²⁶ Dizer que os valores são *subjetivos* é a forma mais simples de dizer que não é possível atingir uma verdade *objetiva*, racionalmente indisputável diante de todos os indivíduos.

John Hart Ely, apesar de considerar ser possível raciocinar sobre questões éticas³²⁷, antevê igualmente tais limites:

Mais uma vez aprendemos que *é possível* raciocinar sobre as questões morais, mas debater questões éticas não é a mesma coisa que descobrir uma verdade ética absoluta. Então, voltamos ao ponto inicial: nossa sociedade não aceita a noção de um conjunto de princípios morais objetivamente válidos e passíveis de ser descobertos [...]³²⁸

Embora, como vimos, Isaiah Berlin admita que se possa conhecer objetivamente certos valores, como a igualdade e a liberdade, considera que a colisão entre eles não pode ser solucionada de forma harmônica. Identificamos no *pluralismo agônico* de Berlin o elemento de irracionalidade apontado pelo não-cognitvismo ou, pelo menos, consequências semelhantes. Em caso de colisão entre o que chamou de “Grandes Bens”,

³²⁵ 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, p. 148.

³²⁶ MACKIE, J. L. **Ethics: Inventing Right and Wrong**. London: Penguin Books, 1990. Leitor Kindle, posição 126.

³²⁷ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 71. Ele conta que “quando eu era um jovem estudante de filosofia, no fim da década de 1950, a epistemologia e a lógica eram o grande assunto, e a filosofia moral e política era motivo de chacota entre os eruditos: afinal, não era possível *raciocinar* a respeito de questões éticas, certo? Essa época, felizmente, passou: há pessoas que *raciocinam* sobre tais assuntos, e algumas delas estão entre os filósofos contemporâneos mais eminentes.” (grifos do autor)

³²⁸ *Ibid.*, p. 72.

como a igualdade e a liberdade, a solução não é uma *démarche* racional qualquer que leve a uma resposta certa, mas uma opção, uma escolha. (ver 1.1.1.9)

Como exemplo da incomensurabilidade dos valores entrevista por Berlin, tomemos o singelo mas insolúvel dilema do estudante que busca o conselho de Sartre durante a ocupação nazista da França: gostaria de juntar-se às forças da Resistência, mas não podia deixar sua mãe viúva, que dele dependia. Sartre utiliza o exemplo para sustentar a inutilidade dos princípios morais gerais diante de situações particulares como essa.³²⁹

Portanto, mesmo admitindo a viabilidade do raciocínio ético em alguma medida, esse conjunto de formulações serve para colocar em questão a pretensão do neoconstitucionalismo de que a razão possa fornecer respostas corretas ou melhores a certos problemas morais.

2.3.2.2. A *esquisitice* da “única resposta correta”

A tese dworkiniana da única resposta correta é sem dúvida a que mais se contrapõe à noção de subjetividade e incomensurabilidade dos valores. Para Dworkin, como já visto, mesmo nos *hard cases*, em questões de alta indagação moral, como o aborto e a eutanásia, haveria uma única resposta correta. A subjetividade no campo valorativo aponta justamente em outro sentido, o da existência de respostas diferentes e mesmo assim equivalentes, que não podem ser preferidas uma a outra de forma racional. Ainda segundo John Mackie, a incomensurabilidade colocaria um problema para a tese dworkiniana da única resposta correta, pois a força das considerações em favor dos dois lados em um conflito legal “*pode ser imperfeitamente comensurável, de maneira que nenhum dos argumentos contrapostos é mais forte que o outro.*”³³⁰

Como vimos, Dworkin apela para a noção de “visão ordinária” para sustentar a existência de respostas certas e erradas no âmbito moral e mesmo a existência da única resposta correta. O ceticismo, ao contrário, reivindica também a noção de “vida comum” para repelir as verdades dogmáticas. Já expressamos a ideia de que margens de dúvida e indeterminação são comuns na vida ordinária (ver 1.1.4).

Em temas de grande conflituosidade valorativa, a ideia da “única resposta correta” em Dworkin pode aparecer para Ferrajoli, ao repelir o cognitivismo ético-

³²⁹ SARTRE, Jean-Paul. *L’Existencialisme est un humanisme*. Paris: Nagel, 1946, p. 40.

³³⁰ *Apud* BIX, Brian. *Law, language and legal determinacy*. Oxford: Clarendon, 1993, p. 96. (tradução nossa)

judiciário, como “estranha”.³³¹ O que nos leva a lembrar ainda John Mackie, que considera uma esquisitice (*queerness*) a ideia de que haveria verdades morais objetivas no mundo, e Plínio Junqueira Smith, quando afirma serem os filósofos dogmáticos que atacam nosso saber comum e nossas crenças banais (ver 1.1.3).

Já anotamos, também, que a maior parte dos autores, mesmo aqueles pertencentes ao campo do neoconstitucionalismo, rejeita a tese de Dworkin. Assim, Alexy³³², Zabrebelsky³³³, Ferrajoli³³⁴, Brian Bix³³⁵. Posner não só considera que a teoria moral é incapaz de fornecer a resposta correta em questões como o aborto e a eutanásia³³⁶, como aponta o subjetivismo valorativo que subjaz às formulações do próprio Dworkin.³³⁷ Por fim, Marcelo Neves rejeita também a ideia da “única resposta correta”, destacando, numa linha próxima ao pensamento de Waldron, que a esfera pública é caracterizada pelo *dissenso estrutural* e que a figura dworkiniana do juiz Hercules lhe parece solipsista e simplista.³³⁸

2.3.2.3. A indeterminação dos direitos fundamentais

Ao constitucionalismo interessa de modo particular o fato de que os direitos fundamentais, que para Alexy são princípios, sendo essa a sua principal tese³³⁹, compartilham dessa subjetividade ou indeterminação dos valores. Ademais, ainda segundo Alexy, os princípios são valores.³⁴⁰

No seu importante *Law and Disagreement*, em que faz a crítica da revisão judicial da legislação, Jeremy Waldron enfatiza o desacordo insuperável sobre os direitos, e isso em dois níveis. Num primeiro nível, afirma que “*não há qualquer acordo sobre o que significa chamar alguma coisa de um direito. ‘Direito’ quer dizer um comando moral*

³³¹ 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. 32.

³³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 543.

³³³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 125.

³³⁴ *Op. cit.*, p. 32.

³³⁵ BIX, Brian. **Law, language and legal determinacy**. Oxford: Clarendon, 1993, p. 92.

³³⁶ POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 179.

³³⁷ *Ibid.*, p. 148.

³³⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pp. 56 e 59.

³³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 575.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 561.

*absoluto, uma verdade autoevidente, um universal ou uma combinação de tudo isso?*³⁴¹

Em segundo lugar, afirma,

de forma mais substantiva, as pessoas (sejam educadas filosoficamente ou não) continuam a dissentir radicalmente sobre quais direitos nós temos – *a que* eles são direitos – e em que se baseiam. Desacordos desse segundo tipo estão enraizados em desacordos mais amplos sobre a natureza da justiça (algo que fica particularmente evidente no caso dos chamados direitos econômicos e sociais). E em terceiro lugar, ainda que haja um forte consenso sobre um conjunto de direitos fundamentais ou liberdades civis como aqueles previstos nas emendas à Constituição americana ou na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, continua a existir feroz desacordo sobre o que esse consenso acarreta quando se trata de uma aplicação detalhada [desses direitos]. O *Bill of Rights* americano implica um direito à privacidade ou intimidade [privacy] que por sua vez autoriza derrubar leis restritivas do aborto?³⁴²

A mesma indeterminação é entrevista por Alexy. Aduz o autor alemão que

a determinação substancial [por meio da Constituição] seria algo não-problemático se fosse claro aquilo que é devido em razão das normas de direitos fundamentais. Mas esse não é o caso. A razão para tanto não reside apenas na abertura semântica e estrutural das disposições de direitos fundamentais, mas sobretudo na natureza principiológica das normas de direitos fundamentais. Essa natureza principiológica implica a necessidade de sopesamentos.³⁴³

Outro aspecto abordado por Alexy que faz transparecer a subjetividade que em última análise opera no nível dos direitos fundamentais são as chamadas “teorias materiais dos direitos fundamentais”, que seriam teorias normativas gerais e de alto grau de abstração. São teorias sobre princípios, mas também teorias de valores ou teorias teleológicas gerais dos direitos fundamentais.³⁴⁴ Böckenförde enumera cinco dessas teorias materiais: *i*) a teoria liberal ou do Estado burguês, em que a liberdade seria o único princípio de direito fundamental ; *ii*) a teoria institucional de Häberle, com origem em Hauriou, que poria ênfase nos interesses coletivos ; *iii*) a teoria axiológica, que destacaria os valores; *iv*) a teoria democrático-funcional, que privilegiaria o direito à participação política e, por fim, *v*) a teoria do social-estatal, que almejaria maior igualdade material.³⁴⁵

A abstração de tais teorias e a sua proximidade da filosofia política –

³⁴¹ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. Leitor Kindle, p. 11. (tradução nossa)

³⁴² *Ibid.*, p. 11. (tradução nossa, grifos nossos)

³⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 543.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 560.

³⁴⁵ *Apud* ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 561.

Böckenförde as considera “*expressão de determinadas concepções de Estado e de ideias fundamentais acerca das relações entre o indivíduo e a comunidade estatal*”³⁴⁶ – estão a demonstrar a subjetividade da interpretação que, como último recurso, faça apelo a uma dessas concepções para dirimir controvérsias constitucionais, como, por exemplo, na clássica contraposição entre liberdade e igualdade.

Interessante conceito suscitado por Marcelo Neves, capaz de ilustrar essa indeterminação dos direitos fundamentais, é o da *colisão intraprincípios*. Assevera que

A principiologia constitucional dominante supõe uma realidade social pouco complexa. Além da concorrência entre princípios colidentes, cumpre considerar que, inclusive quando se parte do mesmo princípio (dignidade humana, liberdade geral, igualdade etc.), as leituras podem ser as mais diversas e os modelos argumentativos entre si incomensuráveis, do que resulta a possibilidade de colisões intraprincípios.³⁴⁷

A postulação adequa-se às considerações que fizemos sobre a questão das cotas raciais no capítulo 1. Aqui, parece-nos que a colisão dá-se entre concepções sobre o próprio princípio da igualdade ou isonomia. A crença de que ações afirmativas são razoáveis baseia-se numa razão de caráter avaliativo ou valorativo, que seria uma concepção de igualdade material, que leva em conta fatores históricos e sociais; a crença oposta, contrária a tais medidas, baseia-se em razão valorativa distinta, pondo ênfase na igualdade formal e na noção do mérito individual. Tais razões valorativas a nosso ver não podem ser preferidas uma em relação à outra de forma racional. Também John Hart Ely parece cético de que apenas a concepção de igualdade entre as raças possa gerar consenso sobre as ações afirmativas, “*uma tradição unitária que verse sobre a questão de as minorias poderem, ou não, ser favorecidas.*”³⁴⁸

Por fim, tem sido frequente na doutrina a consideração de que o mesmo princípio pode ser chamado a embasar soluções diversas e até opostas para o caso concreto, o que vem a dar na mesma colisão intraprincípios acima mencionada. Luhmann efetivamente afirma que “*com os princípios (proporcionalidade, adequação, ponderação de valores, etc), frequentes vezes, quando não sempre, chega-se a fundamentar decisões*

³⁴⁶ Apud ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 567.

³⁴⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 160.

³⁴⁸ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 81.

contrárias e contraditórias.”³⁴⁹ Marcelo Neves, por sua vez, afirma que “o caráter multicêntrico da sociedade comporta uma concorrência entre leituras diversas e incomensuráveis do mesmo princípio”³⁵⁰ e completa asseverando que

a isso se relaciona o perigo do abuso de princípios, que decorre da probabilidade de que, em certos contextos, eles sirvam retoricamente para encobrir manipulações que bloqueiam a autoconsistência constitucional da respectiva ordem jurídica.³⁵¹

A pluralidade e equivocidade dos princípios e direitos fundamentais são suficientemente aceitas pelos autores, como Zagrebelsky, a dispensar maiores citações e nos permitir tratar logo da polêmica colisão e ponderação de princípios.

2.3.2.4. A ponderação e seus impasses

A ponderação de princípios ou valores revela sem muita dificuldade o aspecto subjetivo dos princípios e da relação entre eles. Sendo a principal característica dos princípios, na teoria de Alexy, o caráter *prima facie*, o sopesamento entra também como consequência necessária ou mesmo elemento conceitual; é apenas diante da situação fática, de certas condições, que determinado princípio revelará maior peso que outro, gerando, portanto, um juízo de “precedência condicionada.”

A doutrina alemã que se constrói em torno da Constituição como ordem objetiva de valores, e também a doutrina da ponderação, atraíram logo críticas. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco:

Se o modelo constitucional firmado sob a ideia de que a Constituição enfeixa uma ordem de valores foi saudado positivamente logo no seu início, também cedo teve que se medir com os críticos, que estenderam o pessimismo quanto às virtudes da teoria às suas consequências inevitáveis em termos de alargamento do poder dos juízes. Os juízes estariam, segundo os mesmos opositores, perigosamente aparelhados para forçar à sociedade as suas compreensões axiológicas pessoais.³⁵²

³⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 464.

³⁵⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 163.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 129. Como professor de Direito Constitucional, promovi em sala de aula um debate sobre a possibilidade ou não da publicação da obra *Mein Kampf*, de Hitler. O objetivo da atividade era o debate e a contraposição dos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão. Surpresa instigante foi ver um dos alunos invocar com propriedade a dignidade da pessoa humana para defender a possibilidade da publicação e o direito das pessoas de se informar, conhecer a obra e fazer seu próprio juízo sobre o tema.

³⁵² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.

O juiz constitucional e jurista alemão Böckenförde, vencido numa decisão do tribunal constitucional sobre a escusa de consciência para dispensa do serviço militar, teceu críticas à ponderação, chegando a afirmar no seu voto que *"o direito aplicável não mais tem a sua sede na Constituição, mas no juízo de ponderação do juiz."*³⁵³

Determinada crítica, num sentido semelhante, dirigida contra a teoria de Alexy, deplora a possibilidade de o caráter *prima facie* dos princípios e o sopesamento enfraquecerem o caráter deontológico ou obrigatório de determinados princípios, fragilizando na mesma medida os direitos fundamentais. Já vimos que Habermas tece críticas nesse sentido, e também Humberto Ávila (ver 2.3.1). Numa linha kantiana, os princípios para Habermas teriam caráter universal e deontológico, enquanto os valores teriam caráter axiológico; a concepção de princípios em Alexy, sobretudo na forma de “mandamentos de otimização”, na verdade equivaleria a uma ponderação de valores, fadada à subjetividade.³⁵⁴ Marcelo Neves dá conta também de que Atienza e Manero entendem que apenas são *otimizáveis* os princípios referentes a *policies* ou normas programáticas e que, por exemplo, a igualdade na Constituição espanhola teria o caráter de regra, a não permitir sopesamento ou relativização.³⁵⁵

Vê-se que a preocupação volta-se aqui para a ideia de otimização. Para Alexy, os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização³⁵⁶, isto é, devem ser satisfeitos no maior grau possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, estas últimas representadas pelos princípios colidentes. Assim, Alexy não apenas oferece a ponderação como forma de solucionar a colisão, mas pretende que ela obtenha um resultado *ótimo*, que corresponde precisamente à lei do sopesamento: *“quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”*³⁵⁷

Adotando uma metaética relativista ou cética, ainda que moderada, compartilhamos das críticas dirigidas à ponderação. Sustentamos a possibilidade do debate ético e de fazermos juízos racionais quanto a graus de intensidade e de importância, elementos do sopesamento alexyano, mas entendemos que algumas situações de conflito

³⁵³ *Apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69.

³⁵⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 74.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 73.

³⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 575.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 593.

valorativo não podem ser resolvidas dessa forma. Lembramos a noção de incomensurabilidade dos valores, que pode ser entendida também como “imponderabilidade” ou incomparabilidade, no sentido de que há valores que colidem e que não podem ser ponderados ou mensurados numa relação entre si, com vistas à solução racional do conflito. Podemos também trazer de novo à baila a concepção de *desacordos* sobre direitos em Waldron, que estariam “*enraizados em desacordos mais amplos sobre a natureza da justiça (algo que fica particularmente evidente no caso dos chamados direitos econômicos e sociais)*.”³⁵⁸ Como ressaltado pelo autor, a questão dos direitos econômicos e sociais é particularmente apta a demonstrar, em certos casos, a incomensurabilidade de valores e de concepções sobre a igualdade e a liberdade, que remetem em última análise a adesões e preferências a algo como as mencionadas “teorias materiais dos direitos fundamentais” ou mesmo a visões de mundo e concepções políticas mais amplas.

Marcelo Neves também apresenta ressalvas quanto à possibilidade de otimização e relaciona-a à tese da única resposta correta em Dworkin³⁵⁹. Admite “o *sopesamento de princípios, que, porém, não se destina nem é apropriado a levar à otimização destes*”³⁶⁰, aduzindo que

o modelo de otimização deixa a desejar, porque passa por cima do fato de se tratar de uma sociedade complexa, com diversos pontos de observação conforme a esfera social de que se parta [...] e de um sistema jurídico que traduz internamente, conforme seus próprios critérios, essa pluralidade de ângulos.³⁶¹

É sabido que o princípio ou máxima da proporcionalidade, realizado através da ponderação de princípios, tem encontrado grande aceitação na jurisprudência brasileira e em especial pelo Supremo Tribunal Federal. Paulo Gustavo Gonet Branco aduz que

É possível recolher do acervo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal julgados em que a Corte teve de estabelecer um juízo de preferência entre direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e um valor constitucional diverso. O problema de que cuidam tais precedentes é inegavelmente o de conflito entre direitos, mesmo que isso não seja dito expressamente. Esses acórdãos terminam por apresentar uma

³⁵⁸ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. Leitor Kindle, p. 11.

³⁵⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 82.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 88.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 83.

discussão sobre o peso de bens constitucionais em uma dada situação concreta.³⁶²

Gonet Branco cita como exemplo de ponderação de princípios aquela operada no HC 71.373/RS, que tratou da obrigatoriedade ou não de submeter-se a exame de DNA em ação de investigação de paternidade, com retirada de sangue que fora determinada “debaixo de vara” pelas instâncias ordinárias. A ordem de *habeas corpus* acabou concedida pelo STF, na forma do voto vencedor do Ministro Marco Aurélio.

O caso a nosso ver se presta à crítica da ponderação, pois nos parece que os dois valores em jogo eram imponderáveis ou, dizendo de outro modo, achavam-se numa situação de equivalência epistêmica, que seria o princípio da *isostheneia* do ceticismo antigo, a equipolência “*entre argumentos dogmáticos contrários a respeito de coisas não evidentes*”(ver 1.1.1.2). Com efeito, não nos parece que o argumento contido no voto vencedor seja melhor que aquele abraçado pelo voto vencido, pelo qual temos inclusive maior inclinação. O relator inicial do feito, Ministro Francisco Rezek, denegava a ordem em nome do *direito à identidade*, fazendo-o preponderar sobre o direito à incolumidade física, cuja ofensa no caso lhe parecia risível. A corrente vitoriosa, liderada pelo Ministro Marco Aurélio, não viu a necessidade da realização do exame de DNA, pois a recusa poderia ser tida como presunção da paternidade, não se justificando a interferência no direito à intangibilidade do corpo humano. Diga-se que o voto vencido entendia conveniente não a mera presunção da paternidade, mas a certeza que adviria da realização do exame e a importância disso para o filho, do ponto vista afetivo. Nas palavras do Ministro Rezek:

Em segundo lugar, porque não se busca, com a investigatória, a satisfação de interesse meramente patrimonial, mas, sobretudo, a consecução de interesse moral, que só encontrará resposta na revelação da verdade real acerca da origem biológica do pretense filho, posta em dúvida pelo próprio réu ou por outrem.

Trata-se de interesse que ultrapassa os limites estritos da patrimonialidade, possuindo nítida conotação de ordem pública, aspecto suficiente para suplantar, em favor do pretense filho, o egoístico direito à recusa, fundado na incolumidade física, no caso, afetada em proporção ridícula.

(...)

No confronto dos dois valores, Senhor Presidente, não tenho dúvida em posicionar-me em favor do filho, razão pela qual meu voto é no sentido de indeferir o *habeas corpus*.

³⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 212.

Outro julgado conhecido em que se constata a ponderação de princípios é o caso *Ellwanger*.³⁶³ Aqui nos inclinamos no sentido da solução dada pelo STF, mas não deixamos de reconhecer a importância do argumento contrário. Tratava-se da publicação de textos de cunho nazista pelo Sr. Ellwanger, que acabou condenado pela prática de racismo. Boa parte da discussão gira em torno de poderem os judeus ser ou não considerados uma “raça”, o que permitiria a tipificação e faria incidir a imprescritibilidade constitucional para crimes de racismo. O STF, por maioria, indeferiu a ordem e manteve a condenação, tanto considerando correta a tipificação e a consequente imprescritibilidade, quanto destacando que “o direito à livre expressão do pensamento não se reveste de caráter absoluto.” (Min. Celso de Mello). Na linha de fazer preponderar a liberdade de expressão e considerar atípica a conduta, votaram os ministros Marco Aurélio e Carlos Britto.

Sobre as dificuldades da ponderação, importante considerar as formulações do próprio Alexy no seu *Pós-fácio à Teoria dos Direitos Fundamentais*. O autor faz grande esforço de racionalizar a ponderação. Propõe um modelo triádico que escalona a intensidade da intervenção e a importância do princípio colidente em *leve*, *moderada* e *séria*.³⁶⁴; chega a cogitar de um modelo triádico duplo, que teria nove níveis, em que determinada intervenção, por exemplo, poderia ser considerada leve-leve, leve-moderada, leve-séria.³⁶⁵ Mas reconhece *situações de impasse*, em que existiria uma discricionariedade em favor do legislador para sopesar.

Essa discricionariedade legislativa pode ser *estrutural* ou *epistêmica/cognitiva*. A discricionariedade estrutural apareceria na terceira submáxima da máxima da proporcionalidade, isto é, ao examinar-se a proporcionalidade em sentido estrito de alguma *medida* (*M*) que provoque intervenção em direito fundamental. É preciso que a *intensidade da intervenção* (*Int*) no *princípio* P^1 seja justificada pela *importância* (*Imp*) do *princípio* P^2 colidente na situação concreta.³⁶⁶ Assim, *M* só será proporcional quando a razão $Int P^1/Imp P^2$ for menor ou igual a 1, ou seja, quando a intensidade da intervenção for menor ou igual à importância do princípio que a intervenção pretende proteger, na situação concreta; *M* será desproporcional quando a intensidade da intervenção for maior que a importância do princípio colidente na situação.

Aplicando-se o modelo triádico que classifica tanto as intervenções como a

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19-03-2004.

³⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 615.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 609.

³⁶⁶ Apresentamos uma versão simplificada das notações e símbolos propostos por Alexy.

importância do princípio colidente na situação concreta nas categorias de *leve (l)*, *moderado (m)* e *sério (s)*, temos 3 casos de proporcionalidade, quando a razão $Int P^1/Imp P^2$ exprimir-se como *leve/moderada*, *leve/séria* e *moderada/séria (l/m, l/s e m/s)*; 3 casos em que a medida é desproporcional e não passa no teste, quando a mesma razão representar *m/l*, *s/l* e *s/m*, todos casos em que há um excesso na medida de intervenção em relação à importância do princípio colidente na situação concreta. E, ainda no mesmo raciocínio, teremos 3 casos em que a medida não é desproporcional, mas a razão $Int P^1/Imp P^2$ exprime uma igualdade ou é igual a 1: *l/l*, *m/m* e *s/s*. É nesses últimos 3 casos, de impasse, equivalência ou empate entre as grandezas, que Alexy reconhece a discricionariedade estrutural: o legislador poderia decidir livremente pela intervenção ou pela não-intervenção no princípio P^1 ou, de outro ângulo, pela proteção ou não-proteção do princípio P^2 .³⁶⁷ Diz que “a discricionariedade estrutural percorre a linha dos impasses.”³⁶⁸

Já a discricionariedade epistêmica “surge quando é incerta a cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais.”³⁶⁹ Por sua vez, ela pode derivar da insegurança sobre as premissas empíricas ou sobre as premissas normativas. A incerteza sobre as premissas empíricas diriam respeito ao conhecimento dos fatos que embasam a norma jurídica; Alexy exemplifica com o caso em que a proibição das drogas foi levada ao Tribunal Constitucional Federal a fim de passar pelos testes da proporcionalidade, mas a corte reconheceu uma incerteza científica quanto às premissas fáticas – a nocividade de determinadas drogas para a saúde humana –, razão pela qual reconheceu um espaço de discricionariedade legislativa: “*não estão presentes conhecimentos fundados cientificamente que decidam indubitavelmente em favor de um ou outro caminho.*”³⁷⁰

A título de incerteza sobre as premissas fáticas, como espécie de discricionariedade epistêmica, na formulação de Alexy, poderíamos invocar a já citada polêmica em torno do aborto; cientificamente não saberíamos dizer qual o marco inicial da vida humana. Poderíamos também invocar fatos mais complexos, de difícil avaliação por sua amplitude sociológica, como os benefícios que podem advir de uma política de ações

³⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 603.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 608.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 612.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 612. Ver também: 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.

afirmativas. Seriam exemplos possíveis de incerteza quanto a premissas fáticas, embora reconheçamos que as incertezas em questão estão muito mais ligadas a premissas propriamente valorativas.

A *discricionariedade epistêmica de tipo normativo*, que Alexy também reconhece, ao lado daquela já explicitada de tipo empírico, é a que mais se aproxima do que argumentamos acima sobre a subjetividade e incomensurabilidade dos valores. Ela decorreria não mais de incertezas fáticas, mas de incertezas propriamente normativas, valorativas. Alexy cita decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre a proteção contra a demissão, que se debruçava sobre o abrandamento de obrigações trabalhistas para pequenas empresas; a corte viu naquele caso “ampla margem de conformação” do legislador na “valoração do complexo de interesses”, valoração essa que *per definitionem* não seria, nas palavras agora de Alexy, “*uma valoração e uma quantificação jurídicas no âmbito da discricionariedade estrutural, mas uma valoração e quantificação políticas.*”³⁷¹

O próprio Alexy reconhece a dificuldade na distinção entre discricionariedade estrutural e epistêmica. Pode-se inferir que na primeira está disponível o conhecimento sobre a gravidade da intervenção e sobre a importância do princípio colidente na situação concreta, se leves, moderadas ou sérias, mas intervenção e importância empatam. Na discricionariedade epistêmica normativa não se chega nem mesmo à conclusão de que há um empate, mas à conclusão de que há incerteza valorativa. Os dois casos implicariam na mesma consequência prática, a discricionariedade do legislador, que adviria, nessas situações de incerteza, da preponderância do “*princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado*”.

2.3.2.5. Casuística, ponderação *ad hoc* e particularismo moral

Prosseguindo e complementando nossa crítica ao objetivismo moral presente nas teses neoconstitucionalistas, destacamos agora o *particularismo moral* que se infere tanto das formulações de Zagrebelsky sobre a razão prática, quanto da ponderação de princípios em Alexy, buscando a melhor resposta para o caso concreto. Já dissemos acima que o particularismo é corrente *objetivista* da filosofia moral que, embora problematize a existência de princípios morais gerais, acredita existirem respostas morais corretas para os casos concretos.

³⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 621-622.

Ao considerar que os princípios têm caráter *prima facie*, Alexy está adotando de forma explícita um conceito advindo da filosofia moral de W.D. Ross. Ross admite a existência dos princípios morais e inclusive o seu pluralismo e colisão em abstrato, mas defende que a solução dos casos concretos não depende de uma aplicação dedutiva de tais princípios; para este autor, seríamos capazes de ver *diretamente* a correção ou incorreção de determinada conduta no caso concreto:

Quando eu reflito sobre minha própria atitude em relação aos casos particulares, tenho a impressão de descobrir que não é por dedução mas por um *olhar direto* que os concebo como justos ou injustos. Parece que não estou nunca impossibilitado de *ver diretamente a correção* (*rightness*) de um ato particular de gentileza, por exemplo, sem ter que apelar para um princípio geral como: “todos os atos de gentileza são justos, então esse também é, embora eu não possa ver diretamente a sua correção.”³⁷² (grifos nossos)

Ao contrário, segundo Ross, o conhecimento dos princípios vem dos casos particulares:

A sua correção não foi deduzida de um princípio geral qualquer; o princípio geral é que era reconhecido de forma subsequente por indução intuitiva, como resultado dos julgamentos já pronunciados sobre os atos particulares.³⁷³

Alguns autores, como Jonathan Dancy, vão mesmo além do tipo de particularismo proposto por Ross, chegando a negar a existência dos princípios morais.³⁷⁴ Em comum com Ross, Dancy reconhece que sua *epistemologia* faz derivar a correção dos atos individuais sem fazer uma volta através dos princípios.³⁷⁵

A teoria do sopesamento ou ponderação de princípios baseia-se na suposição de que os princípios constitucionais ou direitos fundamentais constituem direitos *prima facie*, que poderão não se confirmar no caso concreto, no qual irão se confrontar princípios e valores diversos. Mas da colisão emergirá uma norma para o caso concreto, que representa a resposta correta ou pelo menos a melhor para aquela situação.

Esses aspectos estão mais uma vez a apontar, no seio do neoconstitucionalismo, para a existência de alguma forma de objetivismo moral, a crença de que existe uma verdade para os problemas morais, ainda que só possa ser revelada no

³⁷² Apud 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).

³⁷³ *Ibid.*, p. 298.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 307.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 307.

caso concreto. A resposta moral correta seria obtida no caso concreto, ou diretamente ou através da intermediação dos princípios.

A questão não remeteria ao objetivismo moral se os princípios operassem da mesma forma que as regras jurídicas, sob o modelo da subsunção. Neste último, pode-se falar de uma resposta correta propriamente jurídica, não moral. Mas os princípios, como vimos, aproximam-se e mesmo equivalem aos valores morais, ao menos do ponto de vista epistemológico, isto é, no que concerne à determinação do seu significado. Admitir que possam regular diretamente os casos concretos, sem intermediação de outras regras, mesmo diante da abstração e do pluralismo que lhes são inerentes, equivale a admitir a existência de verdades morais.

Vimos acima que as teses neoconstitucionalistas comungam em muitos aspectos das concepções jusnaturalistas. Embora o jusnaturalismo não seja avesso à estipulação de princípios jurídicos universais, ao contrário, não deixa também de endossar a ideia de que existe um “justo” capaz de emergir do caso concreto. O “modo de operar” do jusnaturalismo, que Zagrebelsky reconhece ser idêntico ao do “direito por princípios”³⁷⁶, pode ser entrevisto da mesma forma na sua invocação da razão prática, na possibilidade de ditar a solução *razoável* para o caso concreto. O mesmo autor admite a reintrodução na prática jurídica da noção aristotélica da prudência, que é próxima da de *equidade*, a justiça no caso concreto. A proximidade entre o “direito por princípios” e as noções aristotélicas é afirmada por Eros Roberto Grau. Ao analisar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – aos quais nega o caráter de princípios, considerando-as *pautas normativas de aplicação do direito* –, afirma que na verdade são manifestações da conhecida equidade. E, como ela, manifestam-se no momento da aplicação do direito, da transição da regra abstrata para a norma de decisão do caso concreto.³⁷⁷

Tanto no jusnaturalismo quanto no particularismo moral estaria presente a ideia de que a realidade contém em si as normas de conduta. Como visto, mesmo rejeitando o jusnaturalismo como base de seu pensamento, Zagrebelsky chega à assertiva jusnaturalista, portanto objetivista, de que *do ser nasce o dever ser*.³⁷⁸ Tal afirmação está na contramão da lei de Hume, abraçada em geral pelo positivismo, segundo a qual, ao

³⁷⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 119.

³⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 133-136.

³⁷⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 121.

contrário, de um “é” não se pode inferir um “deve” qualquer (ver 1.1.1.4).

Apesar de concedermos algo às críticas da dicotomia *fato x valor* (ver 1.1.4), nossa argumentação não-cognitivista endossa em boa medida a lei de Hume, no sentido de que a realidade não contém a norma de conduta. Os mesmos fatos podem ser percebidos e interpretados de maneira distinta, com base em valores, preferências, inclinações que não podem ser dirimidos de forma racional, de maneira a que se pudesse extrair diretamente a regra de conduta. Mesmo um realista como Hilary Putnam rejeita o realismo metafísico que pretenderia extrair as obrigações dos meros fatos:

O que seria metafisicamente último[...]seria o que nós *teríamos* que fazer (teríamos que dizer, teríamos que pensar). Na minha fantasia de mim mesmo como um super-herói metafísico, todos os “fatos” de dissolveriam em “valores”.³⁷⁹ (grifo do autor)

Também Radbruch parece duvidar que a realidade já contenha a norma de conduta: “*Pois seria coisa maravilhosa, se uma realidade, só por existir, se achasse ao mesmo tempo já repassada de valor e de obrigatoriedade!*”³⁸⁰

Podemos argumentar com o caso Serena, mencionado por Zagrebelsky³⁸¹, que teria dividido a opinião pública italiana. Uma criança fora adotada ilegalmente por um casal e trazida para a Itália; passado mais de um ano de convivência familiar, os juízes se viram diante do impasse consistente em retirar a criança da família, como forma de não incentivar as práticas ilegais de adoção, ou chancelar a situação para preservar o vínculo afetivo que se formara. A legislação deixava margem à interpretação. A justiça italiana decidiu retirar a criança, de maneira a proteger os interesses das crianças em geral. Parece-nos que aqui o “caso” não era capaz de recomendar uma única solução; a questão opunha de forma inconciliável o interesse geral e o interesse particular da menina Serena. A decisão demonstra a consciência que os juízes tinham do dilema:

Serena não é “irmã” somente de N [filho do casal]. É “irmã” de outras muitas crianças, cujo destino não pode ser posto em perigo pela solução do “caso”. Os juízes estão profundamente conscientes disso e sentem que têm uma grande responsabilidade. Dão-se perfeitamente conta dos vieses humanos do caso; mas não creem, em consciência, poder decidir de outro modo. Não pretendem ter o monopólio da verdade. Meditaram muito, porque o caso é delicado, difícil, lacerante. Concluíram que seu dever

³⁷⁹ *Apud* POLANCO, Moris. **Realismo y pragmatismo: biografía intelectual de Hilary Putnam**. Leitor Kindle, 2014, posição 3139. (tradução nossa)

³⁸⁰ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 181.

³⁸¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 140.

consiste em decidir tendo em conta não apenas Serena, mas as muitas crianças a quem esta lei objetiva proteger.³⁸²

Por fim, anotamos que Humberto Ávila rejeita o modelo axiológico do neoconstitucionalismo, que substituiria a justiça geral pela justiça particular.³⁸³ Também Marcelo Neves³⁸⁴ e Eros Roberto Grau alertam para os riscos e inconvenientes de uma ponderação de princípios *ad hoc*, que gere uma norma por caso concreto, sem preocupar-se com sua aplicação aos casos futuros.

2.3.2.6. *Basic legal myth* e pressuposto objetivista da jurisdição constitucional

O neoconstitucionalismo em geral não admite que adota uma metaética objetivista. Contudo, para além mesmo da identificação analítica e conceitual desse componente, como quisemos fazer acima, existe um *pressuposto não dito, mais prático do que teórico*, de que o *direito sempre tem a resposta* para as lides jurídicas que surgem.

Isso que chamamos aqui de pressuposto objetivista, e que já foi chamado de *basic legal myth* pelos realistas jurídicos como Frank³⁸⁵, seria justamente a crença de que o direito contém já as respostas corretas, o que não deixa de fortalecer a legitimidade do discurso jurídico e da jurisdição, atenuando o problema político da discricionariedade judicial.

A jurisdição constitucional e a principiologia moderna reforçam de forma notável esse pressuposto objetivista, pois justamente a vagueza dos princípios e sua interpretação flexível podem conduzir à ideia de que contêm efetivamente todas as respostas. A compreensão de que os princípios-valores presentes na Constituição podem resolver - no âmbito propriamente jurídico - todas as questões e polêmicas, transparece na bem-humorada assertiva do ministro Luís Roberto Barroso, de que “*a Constituição brasileira só não traz a pessoa amada em três dias, mas, fora isso, quase tudo está lá*”.³⁸⁶

O pressuposto objetivista encontra a tese dworkiniana da única resposta

³⁸² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 143.

³⁸³ ÁVILA, Humberto. “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.

³⁸⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 201.

³⁸⁵ Cf. 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.

³⁸⁶ 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.

correta, pois é basicamente nisso que ele consiste. O próprio Dworkin, como vimos, admite que sua tese tem parentesco com uma espécie de mito ou pressuposto:

Alguns leitores não se deixarão convencer. É certamente "impossível" que num caso verdadeiramente difícil, uma das partes esteja simplesmente certa e a outra, simplesmente errada. Mas por quê? Pode ser que a suposição de que uma das partes pode estar certa e a outra, errada, esteja cimentada em nossos hábitos de pensamento em um nível tão profundo que não podemos, de modo coerente, negar tal suposição, por mais céticos ou intransigentes que pretendamos ser nessas questões. Isso explicaria nossa dificuldade de formular coerentemente o argumento teórico. O "mito" de que num caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito.³⁸⁷

Haba efetivamente assevera que “suas ideias [de Dworkin] estão fundamentalmente centradas em torno de mais uma reiteração do habitual *Basic Legal Myth*, “one right answer””.³⁸⁸

No mesmo sentido, vislumbramos na seguinte metáfora do ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto o pressuposto objetivista, com sua ideia implícita, dworkiniana, de *descoberta e revelação* de um direito pré-existente:

Concluo, citando opinião atribuída a Michelangelo: "As estátuas não se fazem. Elas já estão feitas no mármore bruto. Eu apenas removo os excessos". Pois assim é que deve ser o atuar do juiz: apenas desvelar (de tirar os véus) a inteira compostura das normas jurídicas. Desvelar argumentativamente normas já abrigadas no objeto de sua interpretação. Mas fazê-lo com todo o empenho, paciência, imparcialidade, independência, sentimento, pensamento e consciência, pois a norma só se dá por inteiro a quem por inteiro se dá a ela.³⁸⁹

Por fim, o pressuposto objetivista pode fortalecer-se a partir de uma questão processual ou procedimental. Em razão do princípio do *non liquet* é necessário que a jurisdição se pronuncie sobre a causa, afora os casos de não conhecimento. Na esfera constitucional, terá de dar uma resposta sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei.

Mas a nosso ver não são necessárias sempre, pelo menos não na frequência com que constatamos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, respostas

³⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, cap. 13, Os direitos podem ser controversos?, pp. 429-446.

³⁸⁸ 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.

³⁸⁹ BRITTO, Carlos Ayres. Poder Judiciário: ativismo versus proatividade. **O Estado de São Paulo**, 24/05/2015.

substantivas, que implicam o conhecimento completo de determinada questão, numa espécie de plenitude epistêmica. São possíveis juízos de constitucionalidade baseados no que Alexy chamou de discricionariedade estrutural e epistêmica do legislador, isto é, reconhecer que a decisão legislativa está no âmbito do “poder de conformação” do legislador, que podia ou não a adotar. Essa discricionariedade cognitiva reconhecida ao legislador, do lado do juiz corresponderia a uma “reserva epistêmica”, uma autocontenção epistemológica, que seria o contrário do pressuposto objetivista (ver adiante item 3.2.2).

2.3.3. A questão da discricionariedade judicial

Neste último tópico, queremos brevemente tratar da questão da discricionariedade judicial, que está bastante atrelada a concepções firmadas no campo da metaética.³⁹⁰ Para Dworkin o juiz não possui discricionariedade nos chamados *hard cases*, pois deverá encontrar a única resposta correta que já existe no ordenamento jurídico, integrado pelos princípios morais. O direito sempre pré-existe à decisão judicial. Na outra ponta, o realismo ou pragmatismo jurídico reconhece que o direito *nunca* pré-existe à decisão judicial e, portanto, o juiz atua com larga margem de discricionariedade. Por fim, o positivismo jurídico deduz uma afirmação moderada, de que a discricionariedade do juiz existe nas chamadas *lacunas* do ordenamento.

Ora, chega a ser ingênuo negar a existência da discricionariedade judicial e, de certa forma, sua natureza incontornável. De um ponto de vista descritivo ao menos, é incontestável a assertiva do realismo jurídico de que o juiz cria o direito. Nesse sentido, afirma também John Hart Ely: “*os tribunais criam o direito o tempo todo.*”³⁹¹ Ademais, da mesma forma que a lei deixa propositalmente margens de discricionariedade ao administrador, em muitos casos faz o mesmo em relação ao juiz, quando, por exemplo, no direito penal, confere-lhe alguma margem para a fixação da pena.

Brian Bix critica a tese da única resposta correta em Dworkin, mas igualmente as asserções realistas de que o juiz cria o direito de forma completamente livre. Assevera que “*em várias teorias legais, podem ser encontrados modelos similares, de que*

³⁹⁰ Tratei do tema no meu: 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.

³⁹¹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 7.

há respostas incorretas, mas também uma série de respostas corretas.”³⁹² Mesmo um jusnaturalista como John Finnis admite que a tradução dos princípios da razão prática para as normas legais concretas requer frequentemente um ato de implementação (*determinatio*) que vai além da simples dedução, reconhecendo, portanto, certa margem de discricionariedade e “folga” em relação à resposta correta. Da mesma forma, Kelsen admite certo grau de discricionariedade quando o juiz individualiza ou concretiza uma norma geral para aplicá-la ao caso particular.³⁹³

Exemplo interessante de discricionariedade judicial entrevemos na jurisprudência do *Conseil Constitutionnel* na França, justamente na decisão que permitiu ao Conselho ampliar o espectro do controle de constitucionalidade naquele país. É sabido que os artigos da Constituição de 1958 não contêm uma declaração de direitos, e que no preâmbulo “*o povo francês proclama solenemente o seu compromisso com os Direitos do homem e os princípios da soberania nacional, tais como foram definidos pela Declaração de 1789...*”³⁹⁴ Na decisão *Liberté d’association*, de 1971, o *Conseil* admite o valor jurídico do preâmbulo e passa a considerar que a Declaração de 1789 integra o bloco de constitucionalidade, constituindo-se em parâmetro normativo para o controle. No Brasil, o STF considerou, em sentido contrário, que o preâmbulo da Constituição de 1988 não tem valor jurídico.³⁹⁵ Ora, não se pode deixar de ver aí o exercício de uma ampla discricionariedade: tivesse o Conselho optado por solução diversa, a história constitucional da França nos últimos 40 anos teria sido bastante diferente.³⁹⁶

Por outro lado, apesar das teses da única resposta correta ou da melhor resposta, presentes em autores como Dworkin e Alexy, há por vezes no constitucionalismo moderno o sentimento de que o juiz constitucional atual goza de maior discricionariedade, em razão da largueza dos princípios. Isso é sem dúvida verdade de um ponto de vista descritivo. Mas há que se verificar se essa discricionariedade não conflita com o seu

³⁹² BIX, Brian. **Law, language and legal determinacy**. Oxford: Clarendon, 1993, p. 92.

³⁹³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp. 262-268.

³⁹⁴ Tradução nossa.

³⁹⁵ No Brasil, o STF afirmou que o preâmbulo “não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o Preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta.” (ADI 2.076, DJ de 8-8-2003, Min. Carlos Velloso)

³⁹⁶ No direito previdenciário brasileiro, em matéria de benefício assistencial, por exemplo, surge uma série de questões *fáticas e jurídicas* não expressamente reguladas em lei ou atos administrativos, relativas à comprovação da miserabilidade do postulante, que são supridas pela atividade judicante. Previsto no art. 20 e incisos da Lei nº 8.742/93, o benefício assistencial é devido àquele que comprove ser idoso (maior de 65) ou incapaz para o exercício de atividade laborativa, bem como que não possua condições de prover o próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família. Há uma miríade de critérios adotados pelos julgadores na aferição tanto do conceito de incapacidade como no referente à hipossuficiência econômica. (TRF3, AC nº 2015.03.99.025436-8/MS, DJe 09/06/2016; AC nº 2015.03.99.044850-3/SP, DJe 20/06/2016)

oposto, que seria a discricionarietà do legislador, ou mesmo com o caráter impositivo de determinadas regras ou princípios constitucionais que não admitiriam relativização. Assim, a discricionarietà constatada de um ponto de vista descritivo, que de fato vem sendo manejada pelos juízes constitucionais, pode ser passível de crítica, como fazemos ao longo deste trabalho, por constituir muitas vezes mero exercício de subjetividade do julgador; ela não corresponderia à discricionarietà admitida de um ponto de vista normativo, isto é, usufruível de direito pelos juízes. Uma distinção nesse sentido, próxima à que havíamos adotado em outro escrito³⁹⁷, parece ser endossada por Marcelo Neves ao asseverar que

[...] a opção entre alternativas deixadas pela norma à discricionarietà do órgão competente não se confunde com a imprecisão semântica sobre a norma a aplicar. Vale argumentar o seguinte: para que se defina se uma norma abre espaço à discricionarietà (em sentido estrito) do órgão de aplicação normativa, impõe-se inclusive que seja superado eventual problema de imprecisão semântica [...]³⁹⁸

Quer nos parecer que a mera imprecisão dos princípios, uma de suas características, não é suficiente a autorizar maior discricionarietà aos juízes, pois, como dito, a imprecisão semântica ou, como queremos, valorativa, levada ao grau de *incerteza*, como vimos em Alexy, nem sempre deve operar em favor dos juízes, mas do princípio formal da competência do legislador.

Outro aspecto por vezes suscitado é o de que os princípios viriam restringir a discricionarietà dos juízes. Assevera Marcelo Neves que “*para Dworkin, nas situações em que o caso não pode ser solucionado por regras, devem incidir os princípios jurídicos, fundados moralmente, que impediriam todo e qualquer espaço ou poder discricionário para o juiz Hércules.*”³⁹⁹ Mesmo numa abordagem positivista, em que os princípios teriam função apenas “supletiva, integradora e corretiva” do ordenamento⁴⁰⁰, haveria a esperança de que ainda assim eles diminuíssem a discricionarietà dos juízes. Não estamos convencidos disso. Por tudo que foi dito até aqui, e pelo fato de a supremacia da Constituição permitir que o princípio prepondere sobre as regras, na visão mais corrente admitida pelos tribunais, eles nem sempre serão capazes

³⁹⁷ FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Discricionarietà e verdade na filosofia do direito e no constitucionalismo moderno. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, São Paulo, Editora Fórum, ano 9, n. 31, jan/abr 2015, pp. 915-938.

³⁹⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 15.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. XVII.

⁴⁰⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 116.

de diminuir a discricionariedade do juiz; ao contrário, em razão da pluralidade de princípios e da sua subjetividade, nos termos já analisados, podem injetar na atividade jurisdicional um grau ainda maior de discricionariedade, entendida aqui no sentido meramente descritivo e criticável. Também Marcelo Neves, ao tempo em que elogia a flexibilização que os princípios conferem ao sistema jurídico, aduz que eles não conseguiriam reduzir a complexidade dos casos e levar sozinhos à decisão, só ganhando significado prático quando encontram correspondência em regras que lhes confirmam densidade.⁴⁰¹

Lenio Luiz Streck, por sua vez, posiciona-se de forma crítica ao neoconstitucionalismo, entendido como o constitucionalismo principialista e ativista, mas ao mesmo tempo critica o positivismo e em especial a “discricionariedade positivista” exercida pelos juízes. Mas, ao contrário dos autores que atacam o neoconstitucionalismo dirigindo suas baterias contra os princípios, Streck entende que eles seriam o remédio para a discricionariedade, aderindo outrossim à tese de Dworkin da única resposta correta e da inexistência de discricionariedade para o juiz. Baseando-se na hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer, o autor pretende combater a “filosofia da consciência”, que ensinaria o exercício da subjetividade e da discricionariedade pelos juízes. Entende que “os princípios são o modo concreto de enfrentamento da discricionariedade.”⁴⁰²

A ideia de que os princípios de moralidade política reduziriam a discricionariedade do juiz, que está presente na obra de Dworkin e é endossada por Streck, não nos parece convincente. A abertura semântica e axiológica dos princípios leva em geral ao incremento da subjetividade/discricionariedade das decisões; da mesma forma, conceitos da hermenêutica filosófica como *pré-compreensão* e *círculo hermenêutico* não seriam a nosso ver capazes de reduzir a esse ponto a liberdade do intérprete diante de casos difíceis. Nesse sentido, Posner critica o subjetivismo valorativo e político que subjaz ao método interpretativo de Dworkin.⁴⁰³ Ferrajoli vê a metáfora do “*peso*” aplicada aos princípios “*em singular contraste com a ideia dworkiana da objetiva existência de ‘somente uma resposta correta’*”, favorecendo “*um Poder Judiciário de escolha em relação a quais princípios aplicar e quais não aplicar sobre a base da valoração,*

⁴⁰¹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. XVII.

⁴⁰² 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, p. 86.

⁴⁰³ POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 148.

*inevitavelmente discricionária.*⁴⁰⁴

O arranjo teórico de Streck nos parece contraditório, uma vez que a obra de Dworkin e sua tese da única resposta correta, sem falar nos próprios princípios, estão justamente ligados ao neoconstitucionalismo e à exacerbação dos poderes das cortes constitucionais.

⁴⁰⁴ 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. 49.

3. LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, METAÉTICA E DEMOCRACIA

Após situar em grandes linhas o debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional e aprofundar as formulações de autores norte-americanos e brasileiros (3.1), tentaremos, com base na argumentação desenvolvida nos capítulos anteriores, estabelecer limites para a interpretação constitucional e para a própria atuação da Corte Constitucional (3.2), encerrando com uma análise das afinidades entre o ceticismo moral, a democracia e a liberdade individual (3.3).

3.1 O debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional

Vimos que a tensão entre o princípio democrático e a jurisdição é visível desde as revoluções liberais, ainda que na ausência de um controle efetivo da constitucionalidade das leis. Na França, já durante a Revolução, a ideia de representação popular e da “vontade geral” encarnada na lei leva os revolucionários a uma atitude de desconfiança frente aos juízes; manifestação disso é o *référé au législateur*, que segundo Maximiliano vigeu naquele país até 1837 e consistia na interrupção do julgamento pelo juiz em caso de dúvida quanto à interpretação da lei e na consulta que formulava ao parlamento, objetivando obter a interpretação autêntica (ver 2.1.3.1).⁴⁰⁵ Eros Roberto Grau nos dá notícia, ainda, de dois discursos reveladores de Robespierre, quando da criação da *Cour de Cassation* (ver 2.1.3.1).⁴⁰⁶

A Inglaterra é também, sem dúvida, exemplo da crença na supremacia legislativa, que se manifesta na inexistência de uma Constituição escrita, mas igualmente na manutenção da Câmara dos Lordes como última instância judicial.

É nos Estados Unidos que a questão se coloca inicialmente nos termos em que discutida nos dias de hoje, e já nos quadros da adoção de uma Constituição escrita rígida e da criação da Suprema Corte. Ela é suscitada nos debates que antecederam a ratificação da Constituição americana. O artigo federalista nº 78, escrito por Hamilton anteriormente à decisão de 1803 *Marbury x Madison*, defende explicitamente o controle de

⁴⁰⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 74.

⁴⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 49-52.

constitucionalidade das leis pela Suprema Corte, e o faz a partir de um argumento ainda hoje ventilado: a Suprema Corte aplica aos casos não a vontade dos seus juizes, mas a Constituição – e a Constituição decorre da vontade do povo. Assevera:

Mas não segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo: segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juizes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que o não são.⁴⁰⁷

Por outro lado, o *founding father* não via especificidade na aplicação da Constituição que acarretasse a ilegitimidade dos juizes ou o amesquinamento do Poder Legislativo. Os juizes aplicariam a Constituição em detrimento das leis com base na tradicional máxima *lex superior derogat inferior*, da mesma forma como resolvem outras antinomias e declaram o sentido da lei. Hamilton manifesta ainda a crença de que os juizes exercem *juízo ou julgamento (judgement)* e não *vontade (will)*, asseverando que os tribunais “*são os baluartes de uma Constituição limitada contra as usurpações do corpo legislativo.*”⁴⁰⁸

A ideia, que ecoa a posição de Montesquieu⁴⁰⁹, de que não havia que se preocupar com o judiciário, *the least dangerous branch*⁴¹⁰, não só será desafiada nos lances seguintes da história do constitucionalismo, como talvez revele que os pais fundadores não contavam com um controle judicial da constitucionalidade substancial e tão extenso, como aquele realizado depois pela Suprema Corte e pelas cortes constitucionais em todo o mundo.

A própria existência da Constituição como vontade de uma geração, a limitar as decisões políticas das gerações seguintes, foi objeto de debate entre os revolucionários americanos. Jefferson diz para Madison que “*aos vivos cabe o usufruto da terra*” e propôs que a Constituição expirasse naturalmente a cada dezenove anos, o que

⁴⁰⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 169. (Coleção “Os Pensadores”, vol. XXIX)

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 170.

⁴⁰⁹ “*Dos três poderes de que falamos, o de julgar é, de alguma maneira, nulo.*” MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Paris: Flammarion, 1979, vol. 1, p. 298, (tradução nossa).

⁴¹⁰ No original, *the least dangerous to the political rights of the Constitution*. Disponível em: <<http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>> Acesso em: 28/09/2016. Na tradução consultada e citada: “*o Poder Judiciário, pela mesma natureza de suas funções, é o menos temível para a Constituição.*” *Op. cit.*, p. 167.

Madison considerou impraticável e indesejável.⁴¹¹ O art. 28 da Constituição francesa de 1793 asseverava que “*um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter a suas leis as gerações futuras.*”⁴¹²

O debate será acirrado pela evolução da jurisprudência da Suprema Corte, que se fortalece com base na interpretação de cláusulas gerais como a do *due process of law* contida na Décima Quarta Emenda; essa cláusula, à qual a corte conferiu uma dimensão *substantiva* e não meramente procedimental, o que ensejou viva polêmica, foi utilizada para fundamentar decisões relevantes como *Lochner*, *Brown* e *Roe v. Wade*. Outro aspecto do debate em torno da Décima Quarta Emenda é se ela “incorpora” (*incorporation doctrine*) ou não os direitos constantes das emendas anteriores, tornando-os oponíveis também à legislação oriunda dos Estados.⁴¹³

A atuação relevante da Suprema Corte em matérias polêmicas suscitou o problema de sua legitimidade política. Robert Dahl reconhece o caráter político das decisões da corte, mas de alguma forma minimiza o problema ao demonstrar que, com maior ou menor dificuldade e num certo lapso temporal, a maioria política consegue que a corte expresse a sua vontade.⁴¹⁴ O argumento, tranquilizador de alguma forma, permanece mais sociológico do que normativo, sendo incapaz de resolver o debate sobre se a Corte Constitucional *pode* de forma legítima exercer juízos eminentemente políticos ou em que medida isso é possível.

Aspecto sempre importante a ser considerado na discussão são a imprecisão e abertura das normas constitucionais, o que implica a atividade interpretativa mais ampla e por vezes discricionária da corte. Segundo John Hart Ely, “*as disposições constitucionais formam um espectro que abarca desde itens relativamente específicos até os mais extremamente indefinidos e abertos*”⁴¹⁵, exemplificando como pertencentes ao último tipo a liberdade de expressão (*freedom of speech*), as penas cruéis e não habituais da Oitava Emenda (*cruel and unusual punishment*), etc, e, nesse passo, admitindo que tais expressões abertas exigem para sua interpretação que o juiz se valha de elementos não

⁴¹¹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 15.

⁴¹² Article 28. - *Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures.* (tradução nossa) Agradecemos ao Professor José Carlos Francisco a lembrança deste artigo.

⁴¹³ GUTZMAN, Kevin R. C. **The Politically Incorrect Guide to the Constitution**. Washington: Regnery Publishing, 2007, p. 172.

⁴¹⁴ DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, 1957, p. 279.

⁴¹⁵ *Op. cit.*, p. 17.

constantes do texto da própria Constituição: “[...] não podem ser interpretadas senão como convites bastante abertos para importar para os processos de decisão constitucional certas considerações que não podem ser encontradas na linguagem da emenda ou nos debates que levaram até ela.”⁴¹⁶

Aqui, invocaríamos também tudo o que dissemos no item 2.3.2.2 sobre a própria indeterminação dos direitos fundamentais, sem falar na dificuldade epistemológica apresentada pelos valores.

John Hart Ely contrapõe a revisão judicial da legislação à teoria democrática, enfatizando que, nos EUA, “*nossa sociedade desde o começo aceitou (e agora aceita quase instintivamente) a noção de que nossa forma de governo deve ser a democracia representativa*”⁴¹⁷ E explicita os termos do problema:

Assim, eis a função central, que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam.⁴¹⁸

A questão já foi colocada no Brasil por Conrado Hübner Mendes valendo-se de nomenclatura semelhante, como a tensão entre a teoria constitucional, tomando-se esta como adepta do controle judicial de constitucionalidade, e a teoria democrática.⁴¹⁹

Por fim, John Hart Ely destaca certa *definitividade* do controle judicial de constitucionalidade, que o torna mais problemático do que a função judicial de interpretação da lei ordinária e acaba por conferir à Corte Constitucional a chamada “última palavra”:

Há, evidentemente, uma diferença crítica: em contextos não constitucionais, as decisões judiciais estão sujeitas à anulação ou à alteração pela lei ordinária. A Corte está substituindo o Poder Legislativo, e, se isso foi feito de uma maneira que o Poder Legislativo não aprova, ela pode ser prontamente corrigida. Quando uma Corte invalida um ato dos poderes políticos com base na Constituição, no entanto, ela está *rejeitando* a decisão dos poderes políticos, e em geral o faz de maneira que não esteja sujeita à “correção” pelo processo legislativo ordinário.⁴²⁰

⁴¹⁶ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 19.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 8.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 8.

⁴¹⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 1.

⁴²⁰ *Op. cit.*, p. 8. (grifo do autor)

A questão do caráter eventualmente antidemocrático da jurisdição constitucional tem sido objeto de preocupação também dos autores europeus, com a disseminação e fortalecimento do controle de constitucionalidade no pós-guerra. Nos marcos de uma crítica à ponderação de valores adotada pelo Tribunal Constitucional Federal, o juiz constitucional e jurista alemão Böckenförde, vencido numa decisão sobre a escusa de consciência para dispensa do serviço militar, afirmou no seu voto que *"o direito aplicável não mais tem a sua sede na Constituição, mas no juízo de ponderação do juiz."*⁴²¹

Também Danilo Zolo demonstra preocupação com a questão:

Esse risco pode ser agravado pela atribuição às cortes judiciárias de poderes de interpretação da Carta constitucional – poderes formalmente judiciários, mas de fato constituintes e legislativos -, a ponto de tornar flexível em suas mãos uma Constituição que se pretende de qualquer modo “rígida”, ou seja, intocável por parte do Parlamento.⁴²²

Adiantamos que o problema da definitividade das decisões da Corte Constitucional, de sua “última palavra”, adquire no Brasil dificuldade ainda maior, por conta da previsão, entre nós, das cláusulas pétreas, atribuindo-se ao Supremo Tribunal Federal um juízo definitivo quanto às próprias emendas constitucionais (ver 3.2.3).

Luis Prieto Sanchís, defensor, como vimos, do constitucionalismo forte, admite contudo que o novo constitucionalismo *“há de fazer frente a uma objeção importante, que é a objeção democrática ou da supremacia do legislador: quanto mais Constituição e mais garantias judiciais, inevitavelmente se reduzem as esferas de decisão das maiorias parlamentares.”*⁴²³

3.1.1 O debate norte-americano

Pela precedência cronológica, mas sobretudo por sua fecundidade, sendo por vezes paradigmático, damos breve notícia do debate norte-americano.

A balizar o debate, temos que considerar o importante papel que a Suprema Corte desempenhou e desempenha na sociedade norte-americana. Tendo iniciado

⁴²¹ *Apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69.

⁴²² 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, p. 59.

⁴²³ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 2ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2009, p. 102.

o controle judicial da constitucionalidade das leis (*judicial review*) em 1803, com a decisão *Marbury x Madison*, é só a partir do século XX que a Suprema Corte vai desempenhar tal papel de maneira mais contundente, em relação à própria legislação federal. Será de extrema relevância para a jurisdição da Suprema Corte a aplicação da Décima Quarta Emenda à Constituição, que trata do *due process of law*, ao qual os juízes constitucionais conferiram uma dimensão *substantiva*, capaz de ser invocada para tutelar direitos diversos. Assim, na decisão *Lochner v. New York*, de 1905, já mencionada, em que considerou inconstitucional lei do Estado de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros, a corte considerou que a liberdade contratual estava implícita na cláusula do devido processo legal. A mesma cláusula foi invocada em decisões relevantes sob a *Corte Warren*, considerada ativista, período em que a Corte Constitucional dos Estados Unidos foi presidida por Earl Warren, entre 1953 e 1969. Foi o caso da famosa decisão *Brown v. Board of Education*, de 1954, que pôs fim à segregação racial contida na doutrina “*separate but equal*”. Da mesma forma, a Décima Quarta Emenda foi invocada para invalidar leis estaduais antiaborto na decisão de 1973 *Roe v. Wade*.

A amplitude que foi dada pela Suprema Corte à cláusula do *due process* provocou fortes críticas, como exemplo de subjetividade política e discricionariedade do juiz constitucional. Alguns destacaram a proximidade do uso que a corte fez da cláusula com o direito natural. Stanley Morrison pondera que “*se a cláusula for interpretada de acordo com o significado que tinha para os constituintes e outras pessoas 1868, tal teoria não pode ser justificada. É uma [...] excrescência posterior, derivada de fontes do direito natural.*”⁴²⁴

Das correntes existentes no debate constitucional norte-americano, começamos por citar Ronald Dworkin e o seu interpretativismo (*interpretivism*). Dworkin elabora toda uma teoria do direito baseada na concepção do “direito como integridade” (*law as integrity*), que abrangeria não só as regras legais e precedentes judiciais como os princípios da moralidade política. Essa concepção do direito derivaria de uma atitude interpretativa que teria como objeto a prática jurídica e também implicaria sempre numa atitude interpretativa do juiz, ao decidir casos difíceis, que não seria apenas contingencialmente interpretativa; “*o direito como integridade pede-lhes que continuem*

⁴²⁴Apud ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 21. Defendendo a utilização da cláusula pela Suprema Corte, mas igualmente vislumbrando o direito natural, diz Archibald Cox: “*O fato de a Corte ter recorrido reiteradamente por quase um século à noção de devido processo substantivo confirma a força de nossa herança jusnaturalista nas decisões constitucionais, e acredito que seja tolo, além de inútil, resistir a isso.*” (Apud ELY, John Hart. *Op. cit.*, p. 20.)

interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso.”⁴²⁵

A interpretação do direito abrangeria duas dimensões, a do valor (*value*) e a da adequação (*fit*) à história institucional, como leis e precedentes, na busca do resultado mais coerente. Interpretar, ainda, seria “*uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam*”⁴²⁶, mostrando o objeto sob a sua melhor luz.⁴²⁷

Num pensamento extremamente abrangente, Dworkin dirigirá suas críticas às concepções semânticas, não interpretativas do direito, como considera o positivismo e o convencionalismo, e também ao pragmatismo jurídico e ao ceticismo ético. Ancorado numa forte concepção dos direitos, como *trunfos* do indivíduo perante o Estado, insuscetíveis de flexibilização diante de noções como o interesse público, e numa concepção substancial e não apenas majoritária da democracia, Dworkin será um defensor do controle judicial da constitucionalidade das leis. Ele rejeita correntes como o originalismo ou historicismo, o passivismo e também o ativismo judicial, colocando a questão em termos de saber “*o que a atual Constituição, devidamente interpretada, realmente exige?*”⁴²⁸ O juiz Hércules não seria um tirano que impõe os seus valores pessoais em detrimento da democracia, mas se guiaria por um senso de “integridade constitucional”, na busca da melhor interpretação.⁴²⁹

O originalismo, por sua vez, alvo das críticas de Dworkin, é uma corrente que tem notável parentesco com o positivismo, insistindo, de maneira rigorosa, no aspecto da “*intenção*” dos constituintes, como limite da interpretação. Exemplo de argumento originalista seria o seguinte, relacionado à questão da pena de morte: se a Oitava Emenda, que proíbe as penas cruéis e não habituais, foi promulgada num momento em que a pena de morte era vigente, então a cláusula em questão não pode ter o condão de tornar a pena de morte inconstitucional. Cass Sunstein considera originalistas os *justices* Clarence

⁴²⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 273.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 64

⁴²⁷ *Ibid.*, pp. 280-281.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 443.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 474. John Hart Ely menciona de forma um tanto distinta as doutrinas interpretacionistas (*interpretivist*) e não-interpretacionistas. As primeiras seriam partidárias de que a interpretação constitucional baseie-se unicamente nas previsões constitucionais, sem “importar” noções vindas de fora, como da sociologia, da política ou da filosofia moral. Seria exemplo da posição interpretacionista a do *justice* Hugo Black (1886-1971). Tende a ser mais restritiva quanto às possibilidades da jurisdição constitucional e abriga uma corrente mais radical, o *originalismo*. Já as correntes não-interpretativistas entendem que não é possível interpretar a Constituição sem fazer apelo a esses elementos “vindos de fora” e o próprio Ely diz-se adepto do não-interpretativismo. **(Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade)**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 3-14)

Thomas, Antonin Scalia, falecido em 2016, e Hugo Black.⁴³⁰

Também relevante no debate é a figura de Alexander Bickel, com sua obra cujo título relembra a passagem de Hamilton, *The Least Dangerous Branch*, de 1962.⁴³¹ Bickel escreve sob influência das polêmicas causadas pela atuação da Corte Warren e cunha a expressão *dificuldade contramajoritária* para dar conta da já referida tensão entre a teoria democrática e a revisão judicial. Para Bickel, o que distingue a atuação da Corte Constitucional é o julgamento baseado numa dimensão de *princípio*, que teria o condão de se aplicar para os casos semelhantes futuros. Contudo, entrevê a dimensão política dos julgamentos e a possibilidade de minarem a estabilidade social, razão pelo qual a Corte Constitucional, *animal político*, deveria agir com prudência e escolher o momento certo de prolatar suas decisões. Mesmo considerando acertada a decisão *Brown*, Bickel endossa a decisão da Suprema Corte de *não decidir* na mesma época o caso *Naim v. Naim*, referente à vedação do casamento interracial pelo estado da Virgínia. Bickel faz o elogio das *virtudes passivas* da jurisdição, que seriam “técnicas de não decisão”, ferramentas processuais que permitiriam à corte não decidir determinada questão.⁴³²

John Hart Ely está também profundamente preocupado com a *dificuldade contramajoritária*. Sua teoria do controle judicial de constitucionalidade pretende conciliar a existência do controle com a impossibilidade, ditada pela teoria democrática, de que a Corte Constitucional decida com base em valores substantivos que não estão contidos integralmente na Constituição. Ele rejeita, por exemplo, seja que as decisões expressem os valores do juiz, seja que invoquem um fundamento supostamente objetivo como o direito natural, princípios neutros, a razão, a tradição, o consenso ou ainda uma prospecção do que seria o progresso da sociedade, demonstrando a insuficiência ou subjetividade de tais parâmetros, muitas vezes cogitados pela doutrina e jurisprudência para legitimar a atuação da Suprema Corte.⁴³³ Ely, portanto, só vai admitir a atuação da revisão judicial da legislação quando ela tiver o objetivo de garantir as condições *procedimentais* da própria democracia, como quando controla o processo de representação ou quando garante e

⁴³⁰ SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae**. New York: Oxford University Press, 2015, Edição Kindle, p. 13.

⁴³¹ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1986.

⁴³² 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, posição 311.

⁴³³ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 57-95.

facilita a representação das minorias.⁴³⁴

De se mencionar igualmente, na continuidade do pensamento de Bickel, o minimalismo judicial de Cass Sunstein. Para tanto, adotamos recente livro do autor, *Constitutional Personae*, no qual estabelece uma espécie de arquétipos dos juízes constitucionais, classificados como heróis, soldados, minimalistas e mudos.⁴³⁵ Tais posturas derivam, evidentemente, de determinadas concepções do direito, da jurisdição e das possibilidades da interpretação constitucional.

O herói seria o juiz maximalista, aquele que está disposto a invalidar a legislação em nome de “um ambicioso entendimento da Constituição”.⁴³⁶ Há heróis de esquerda e de direita, que podem enfatizar a igualdade em questões de raça, sexo e orientação sexual, ou insistir no poder limitado do governo federal, na importância da propriedade privada e na liberdade contratual.⁴³⁷ Exemplo de herói seria o juiz Hércules de Dworkin, que realiza julgamentos morais ao interpretar princípios como a liberdade de expressão, a cláusula de igual proteção, o devido processo legal; segundo Sunstein, “*Hércules é a mais acabada construção acadêmica da Persona judicial heroica.*”⁴³⁸

O soldado seria o oposto do herói, o juiz que diz estar “cumprindo ordens”, deferente às decisões do poder político.⁴³⁹ Sunstein menciona que o professor de Harvard James Brandley Thayer “*foi um grande e muito influente defensor da deferência judicial em relação às decisões e resultados dos processos políticos*”⁴⁴⁰ Na visão de Thayer, a Suprema Corte não deveria invalidar a legislação a menos que a violação do texto da Constituição fosse indubitavelmente clara e não comportasse ambiguidade. O professor Adrian Vermeule, por sua vez, seria o mais sofisticado e contemporâneo defensor do juiz soldado.⁴⁴¹ Sunstein menciona ainda “soldados de segunda ordem”, que seriam os originalistas como o já citado *justice* Scalia – sua deferência seria não diante das decisões políticas como um todo, mas em favor da vontade dos constituintes, pugnando por

⁴³⁴ Decisão do Supremo Tribunal Federal, relativa ao financiamento das campanhas eleitorais por empresas (ADI 4650, Rel. Min. Luiz Fux), invoca explicitamente as formulações de John Hart Ely, inclusive na ementa.

⁴³⁵ SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae**. New York: Oxford University Press, 2015. Jeremy Waldron, ao escrever a resenha sobre o recém-lançado livro de Cass Sunstein, *Constitutional Personae*, considera que a classificação de Sunstein, apesar de interessante, careceria de rigor teórico e de maior utilidade. Cf. WALDRON, Jeremy. 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.

⁴³⁶ SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae**. New York: Oxford University Press, 2015. Edição Kindle, p. 5.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 5.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 9. (tradução nossa)

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 10.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 13.

uma interpretação histórica bastante estrita da Constituição.

O juiz minimalista é o que tem o favor de Sunstein, teórico contemporâneo do minimalismo, influenciado por Bickel. Distinto do herói, os minimalistas

ênfatizam os limites das teorias de largo alcance. Enfatizam que os seres humanos, e os juízes em particular, têm um estoque limitado de razão. [os minimalistas] abraçam a ideia da humildade e a utilizam não para defender a deferência militar, mas como um motivo para dar pequenos passos.⁴⁴²

Em casos envolvendo direitos fundamentais, os minimalistas insistem em dois pontos distintos. Eles não querem adotar pontos de vista muito abrangentes sobre a liberdade e a igualdade, então preferem decisões *rasas* a profundas (*shallowness to depth*). Da mesma forma, os minimalistas preferem decisões *estreitas* a largas (*narrowness to width*), no sentido de buscarem apenas os argumentos necessários para a decisão do caso concreto, sem fazer asserções que limitem as decisões dos casos futuros. A jurisdição que se orienta pela especificidade de cada caso (*case-by-case*) faz parte do credo minimalista e segundo Sunstein o atual *Chief Justice* John Roberts capturou bem essa ideia ao asseverar que “*se não é necessário decidir mais, então é necessário não decidir mais.*”⁴⁴³

Os minimalistas em geral escolhem o minimalismo em todos ou na maioria dos casos, mas alguns juízes podem ser mais cautelosos e em certo sentido minimalistas em relação ao próprio minimalismo, afirmando que a decisão de ser ou não minimalista é melhormente tomada no caso concreto. E o juiz, rejeitando sempre a ambição teórica, pode endossar o minimalismo a respeito de uma previsão constitucional, mas o rejeitar em relação a outras. Assim, “*podemos imaginar juízes que são minimalistas-da-separação-dos-poderes mas heróis-da-liberdade-de-expressão.*”⁴⁴⁴

Com sua *modéstia e humildade*, o juiz minimalista pode ser associado ao soldado, mas, apesar das alianças possíveis, eles são fundamentalmente diferentes. Os minimalistas não querem seguir ordens ou a vontade de quem quer que seja e “*reconhecem e mesmo insistem em que juízes exercem discricionariade*”⁴⁴⁵:

Eles pensam que os soldados são frequentemente fraudes, porque mascaram o papel do seu próprio julgamento. Para os minimalistas, isso coloca um problema sério. Eles defendem que é melhor para os juízes

⁴⁴² SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae**. New York: Oxford University Press, 2015. Edição Kindle, p. 16. (tradução nossa)

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 16. (tradução nossa)

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 17. (tradução nossa)

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 17. (tradução nossa)

exercer sua discricionariedade de um jeito que coloque entre parênteses questões fundacionais e assegure pequenos passos e incrementos no *status quo*.⁴⁴⁶

Sunstein afirma que “*com seu entusiasmo pela tradição, seu compromisso com o julgamento caso-por-caso, e seu ceticismo em relação às teorias de largo alcance, o Justice Felix Frankfurter pode ser visto como um icônico minimalista.*”⁴⁴⁷ Também adotariam postura parecida o *justice* conservador John Marshall Harlan, da Corte Warren, e também Sandra Day O’Connor e o *Chief Justice* John Roberts.

Por fim, o juiz mudo seria o que prefere manter o silêncio, asseverando Sunstein que são atores mais raros no drama constitucional. Em termos técnicos, o juiz mudo favoreceria interpretações que evitam as questões e dúvidas constitucionais e asseguram um silêncio discreto sobre a maioria das questões fundamentais.⁴⁴⁸ Alexander Bickel, professor de Yale, acima mencionado, seria para Sunstein o grande teórico da mudez constitucional. Bickel pensou que ser passivo podia ser uma virtude, porque permitiria ao público americano continuar a discutir e debater, e evitar uma inserção prematura dos juízes no processo.⁴⁴⁹

Uma crítica mais contundente ao controle judicial de constitucionalidade é feita pelo neozelandês Jeremy Waldron, professor da *New York University Scholl of Law* e do *All Souls College* da Universidade de Oxford. Waldron considera a revisão judicial da legislação incompatível com a democracia. No seu *Law and Disagreement*, Waldron atribui à filosofia política duas tarefas: *i*) teorizar sobre a justiça, direitos, bem comum, etc e *ii*) teorizar sobre a própria política.⁴⁵⁰ Entende que não basta a teorização sobre a justiça, pela simples razão de que “*as pessoas na sociedade abraçam teorias da justiça diferentes e opostas*”⁴⁵¹, razão pela qual

os filósofos das questões públicas deveriam gastar menos tempo com os teóricos da justiça, e mais tempo na companhia dos teóricos da autoridade e da democracia, refletindo sobre os propósitos pelos quais, e procedimentos através dos quais, as comunidades estabelecem um conjunto de instituições mesmo em face do desacordo sobre boa parte do

⁴⁴⁶ SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae**. New York: Oxford University Press, 2015. Edição Kindle, p. 17. (tradução nossa)

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 17. (tradução nossa)

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁵⁰ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. Leitor Kindle, p. 3.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 2.

que consideramos como sendo importante.⁴⁵²

O pensamento de Waldron baseia-se sobretudo nessa ideia do desacordo inarredável existente nas sociedades sobre a concepção de justiça e, como já vimos no item 2.3.2.2, sobre os próprios direitos fundamentais, que seriam marcados pela indeterminação. Segundo ele, também, “*desacordos sobre questões de princípio são não a exceção, mas a regra na política.*”⁴⁵³ Assim, não seria suficiente a mera teorização sobre questões substanciais, como, por exemplo, as reflexões de Rawls e Nozick sobre a justiça, pois dificilmente as pessoas deixarão de divergir a respeito desses temas. Seria sempre necessário um complemento propriamente político a tais teorias, sobre como a sociedade deve lidar com os desacordos substanciais, e nessa linha Waldron acaba por defender uma concepção procedural e majoritária da democracia.

A defesa do controle judicial de constitucionalidade estaria na visão de Waldron ligada a uma teoria dos direitos que os vê como trunfos (*trumps*), invioláveis pelo Estado, como em Nozick e Dworkin. A Corte Constitucional acabaria sendo “*um maior, senão o principal fórum para a revisão e adaptação dos direitos fundamentais em face das circunstâncias cambiantes e das controvérsias sociais.*”⁴⁵⁴ Mas, como vimos, para Waldron esses direitos fundamentais e os seus limites, bem como as concepções mais gerais sobre a justiça social, estão sujeitos a uma forte indeterminação e desacordo, de maneira que a revisão judicial da legislação seria antidemocrática.

3.1.2 O debate brasileiro

No Brasil, o debate sobre a tensão existente entre a teoria democrática e o controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos tem tomado a forma de uma crítica ao neoconstitucionalismo e alguns de seus pressupostos, como a teoria dos princípios. Remetemos o leitor, pois, às considerações que fizemos no item 2.3.1, onde mencionamos os posicionamentos de Humberto Ávila, Elival da Silva Ramos, Dimitri Dimoulis, José Levi Mello do Amaral Júnior, José Carlos Francisco, Carlos Horbach e Marcelo Neves. São criticados os excessos da teoria dos princípios e questionada a possibilidade destes últimos para funcionar como parâmetros normativos e permitir uma

⁴⁵² WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. Leitor Kindle, p. 3. (tradução nossa)

⁴⁵³ *Ibid.*, p.15.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 213. (tradução nossa)

aplicação direta, sem intermediação das regras. Também a ponderação é alvo de críticas. Dissemos ali que nosso trabalho pretendia acrescer a tais formulações a dimensão propriamente moral dos princípios e os problemas epistemológicos que daí advêm.

Tais aspectos estão de alguma forma entrelaçados e muitas vezes culminam, na doutrina brasileira, a uma crítica do *ativismo judicial*. Essa crítica, contudo, inclui argumentação e realidades várias, não distinguindo o nível da jurisdição e abrangendo atuação judicial que pode se dar no âmbito do controle de constitucionalidade ou não, localizando-se por vezes no controle da administração em geral, como a chamada “judicialização das políticas públicas”.⁴⁵⁵

Elival da Silva Ramos dedica importante estudo à questão do ativismo judicial no Brasil.⁴⁵⁶ Após criticar de forma mais geral concepções filosóficas ligadas ao neoconstitucionalismo, como o moralismo jurídico de Dworkin e Alexy, chegando à conclusão de que “*o positivismo jurídico continua a ser o modelo teórico mais adequado à compreensão conformadora de ordenamentos de perfil democrático*”⁴⁵⁷, o autor busca revisitar e sistematizar os parâmetros dogmáticos que podem identificar e repelir o ativismo judicial, que entende como “*o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento*”, numa “*ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional [que] se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa.*”⁴⁵⁸

O autor propõe ainda valiosa classificação consistente nos diversos graus do controle judiciário em matéria constitucional, sendo relevante destacar que, em relação aos princípios, por seu caráter complementar e parcial, não permitiriam senão um controle “médio fraco” de constitucionalidade.⁴⁵⁹ Identifica diversos fatores que impulsionaram o ativismo judicial no Brasil, como o neoconstitucionalismo e a “principiologização do direito”, bem como a atribuição ao Supremo de competências como a súmula vinculante, além da configuração emprestada pela corte ao mandado de injunção. Por fim, entende que o ativismo judicial pode “*solapar um dos fundamentos mais caros de qualquer democracia: o respeito à soberania popular e à participação política que dela decorre*” e, numa linha próxima a Waldron, quando insiste no direito de participação, assevera:

⁴⁵⁵ Tratei do tema, com enfoque na atuação do Ministério Público e no manejo da ação civil pública, no meu **O Controle da Administração pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 173.

⁴⁵⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 305.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 308.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 91

Compete aos juristas democratas colocar o seu saber a serviço da construção de instituições que permitam o triunfo de um governo que se faça não apenas em benefício do povo, mas com sua participação decisiva.⁴⁶⁰

Outro aspecto relevante, já mencionado antes, que contribui para o problema do ativismo judicial no Brasil, e principalmente para os excessos da jurisdição constitucional, é o reforço sem precedentes dos mecanismos de controle de constitucionalidade. Aliamos de forma inédita os modelos norte-americano e austríaco dos controles difuso e concentrado, além de conceder poderes materialmente legislativos ao Supremo Tribunal Federal, como o manejo da súmula vinculante. Como já afirmamos, o controle abstrato viu-se reforçado com a ampliação do rol de legitimados a propor as respectivas ações. Também as espécies de ações diretas foram ampliadas, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da ação declaratória de constitucionalidade, além da arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulamentada pela Lei 9.882/99, que colmatou lacunas e permitiu uma abrangência ainda maior do controle. Gabriel Dias Marques da Cruz externa legítima preocupação com o uso ativista da ação de descumprimento de preceito fundamental, chegando a propor a sua supressão.⁴⁶¹

Joaquim Falcão tem se dedicado a acompanhar a atuação e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, chegando a falar em “*onipotência do Judiciário, estimulada pela Constituição de 1988, aliada a doutrinas jurídicas pós-positivistas.*”⁴⁶² Fala ainda, ao comentar a decisão do STF sobre a Lei da Ficha Limpa, e pondo em evidência a inegável discricionariedade da Corte Constitucional, que

a escolha do artigo [da Constituição, para fundamentar seu voto] é fundamental e é sempre uma surpresa. Um momento de expectativa e de tensão na sociedade. Um momento de incerteza jurídica temporária. Nessa livre escolha se esconde e se explicita o poder do magistrado. É um ato de vontade do ministro. A Constituição não predetermina o artigo que ele tem de escolher. Há flexibilidade interpretativa.⁴⁶³

Contudo, apesar das posições abalizadas dos autores citados, temos que a

⁴⁶⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 317.

⁴⁶¹ 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.

⁴⁶² 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. 190.

⁴⁶³ *Ibid.*, pp. 230-231.

crítica do controle judicial da constitucionalidade no Brasil ainda é minoritária e, com Vinicius José Poli, devemos reconhecer que

a despeito de algumas exceções, as respostas aventadas no debate jurídico brasileiro compõem um padrão mais ou menos unitário que densifica um aparentemente inquestionável e apático senso comum em favor da teoria constitucional.⁴⁶⁴

O senso comum referido expressa-se na convicção de que o controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos é ínsito à supremacia constitucional. Nesse sentido, de fato, não podemos chegar a questionar a própria existência do controle judicial de constitucionalidade no Brasil, uma vez que claramente previsto na Constituição, o que não ocorre, por exemplo, na Constituição norte-americana; uma posição como a de Waldron é útil do ponto de vista teórico, ou eventualmente na discussão de uma nova carta constitucional, mas sobretudo para problematizar um outro aspecto que vislumbramos nesse senso comum – a aceitação de um controle judicial sem limites, de uma atribuição acrítica ao Judiciário da última palavra em quaisquer casos, subjacente também o já referido “pressuposto objetivista” da jurisdição constitucional, uma posição intuitiva, apriorística, de que o texto constitucional contém efetivamente a resposta para todas as questões.

A maioria dos autores, acreditamos, partilha desse senso comum e não vê maiores problemas na jurisdição constitucional. O aparente ativismo judicial adviria de uma transformação do Estado liberal⁴⁶⁵ e sua adoção seria mera consequência da hermenêutica constitucional⁴⁶⁶, originando-se “*a necessidade do Poder Judiciário se pronunciar a respeito de questões que antes eram rechaçadas, sob o argumento de interferência nos outros Poderes*”⁴⁶⁷, tornando-se imprescindível a atuação do Judiciário como única maneira de efetivar os direitos constitucionais.⁴⁶⁸ Há ainda os que consideram

⁴⁶⁴ 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.

⁴⁶⁵ 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.

⁴⁶⁶ 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.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 173.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 174.

o Supremo Tribunal Federal “protagonista na efetivação dos direitos humanos”⁴⁶⁹, aduzindo que a nova feição dessa corte permitiu ao direito nacional dar “*um grande salto em direção à efetivação dos direitos da pessoa humana.*”⁴⁷⁰

A consagração da jurisdição constitucional seria “*uma verdade a qual nem mesmo os mais pessimistas conseguem negar*”⁴⁷¹ e o protagonismo das cortes constitucionais normal em países que, saindo de regimes autoritários, mergulham nos benfazejos ares da democracia, não havendo que falar em “*ditadura das togas*”.⁴⁷² Nessa aceitação da nova realidade das cortes constitucionais, “*o juiz deixa de ser somente ‘a boca que profere as palavras da lei’, inserindo-o numa disputa política e estratégica pelos sentidos da Constituição*”⁴⁷³, sendo que seriam os princípios a conferir “*dimensão maior ao ativismo judicial ao libertar os magistrados e tribunais das decisões exclusivamente com base em regras de forma canônica.*”⁴⁷⁴

Vê-se, pois, a tendência de simplesmente legitimar a atuação do Judiciário e da Corte Constitucional, sem preocupação maior quanto aos limites dessa atuação, sua relação com a democracia, ou a problemas como os já referidos “desacordos morais razoáveis.”

Há sobretudo uma crença irrestrita na interpretação ou hermenêutica como sendo capaz de fixar as respostas constitucionalmente corretas, uma concepção que nos parece tributária do já mencionado pressuposto objetivista da jurisdição constitucional. Não se cogita de que a interpretação constitucional possa ter limites e de que o desacordo possa prosseguir quanto ao acerto das interpretações, a demandar uma discussão propriamente política, como quer Waldron, sobre quem deve ter a “última palavra”.

3.1.3 Última palavra e diálogo institucional

A “última palavra” é um tema que perpassa todo o debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional. As posições vão desde as que pretendem deixar

⁴⁶⁹ 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.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 211.

⁴⁷¹ 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.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 232.

⁴⁷³ 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.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 250.

sempre a última palavra com o Judiciário, até aquelas como a de Waldron, que consideram ilegítimo e antidemocrático o controle judicial da constitucionalidade, passando por posições intermediárias, como a de John Hart Ely, já vista acima – que considera ilegítima a revisão judicial com base em questões substanciais, mas benfazeja em questões procedimentais ligadas às condições de funcionamento da democracia e em matéria de proteção das minorias.

Conrado Hübner Mendes, após tratar das teorias que pretendem dar a última palavra aos juízes e daquelas que pretendem deixá-la aos parlamentos, inclina-se pela concepção de diálogo institucional, *sem* última palavra. Cita Bickel como um precursor do diálogo institucional, ao recomendar as virtudes passivas da jurisdição, como a decisão por não decidir em determinado caso. Segundo Bickel, a corte funcionaria como um “professor da cidadania” e, ao evitar decidir, estimularia o *colóquio* com os outros poderes e a sociedade.⁴⁷⁵ Também por meio do diálogo a corte abriria a possibilidade da “reprise legislativa”. Sunstein seria a outra referência “*da defesa de uma corte promotora do diálogo por meio de uma ação prudente e minimalista.*”⁴⁷⁶

Mendes menciona ainda as correntes baseadas nas ideias de “construção coordenada e Constituição fora das cortes”, que se opõem à supremacia judicial inventada por Marshall. Autores como Louis Fisher, Keith Whittington e Mitchell Pickerill estariam associados às ideias de construção coordenada, departamentalismo e Constituição fora das cortes, defendendo que a Constituição é um instrumento que deve ser interpretado por todos os poderes e que a interpretação extrajudicial é um fenômeno legítimo e desejável.⁴⁷⁷

O autor dá notícia ainda do debate canadense. Aduz que a *Charter of Rights and Freedoms* de 1982 representou a vitória intelectual dos que consideravam necessária a revisão judicial, reposicionando o judiciário na estrutura dos poderes. Contudo, não se tratou da importação pura e simples do modelo americano, pois a Seção 33 da Carta deu a possibilidade ao parlamento de recusar que determinada lei aprovada seja objeto da revisão judicial, por um prazo de cinco anos, renovável pelas legislaturas seguintes. A Seção 33 seria uma forma de diálogo institucional, tendo Gardbaum estimado, a respeito, que “*um diálogo benéfico entre cortes e legislativo iria substituir o*

⁴⁷⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 113.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 125.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 131.

modelo americano do monólogo judicial.”⁴⁷⁸ Peter Hogg e Alison Bushell defenderam que a implantação da revisão judicial no Canadá incrementou de forma profícua o diálogo institucional, levando, quando a corte declarou a inconstitucionalidade de leis, a uma reação ou “sequência legislativa” e a uma produção legislativa atenta aos termos da Carta.⁴⁷⁹ Outros autores, críticos da revisão judicial, rejeitaram a concepção de Hogg e Bushell, pois o que eles chamaram de diálogo seria na verdade um monólogo em que a corte fala e os legisladores escutam.⁴⁸⁰

3.1.3.1 Waldron x Dworkin: última palavra e objetivismo moral

Queremos aqui, ainda uma vez, deter-nos nas formulações de Waldron que, como vimos, é um defensor da “última palavra” pelo parlamento. Como já vimos, seu pensamento é baseado no dissenso ou desacordo invencível que grassa nas sociedades a respeito das concepções mais gerais sobre a justiça, a justiça social, sobre o que são os direitos, quais são eles, quais os seus conteúdos e limites .

Waldron elege Dworkin como um importante, senão principal adversário.⁴⁸¹ Dworkin defenderia o instituto da revisão judicial da legislação a partir de uma concepção orientada para os resultados (*result-driven*).⁴⁸² A revisão judicial incrementa a democracia, desde que a corte tome a decisão correta, como teria tomado ao decidir ser inconstitucional a legislação proibindo o *flag burning*⁴⁸³; isso não seria verdade se a decisão da corte fosse errada, mas mesmo assim Dworkin não vê aí um problema para a democracia, pois o risco do erro também ocorreria na deliberação da legislatura.⁴⁸⁴

Waldron, ao contrário, entende que há uma perda de democracia na revisão judicial. Se não haveria problema com a decisão correta, seria mais democrático que a decisão errada proviesse do próprio povo, pois “*não é uma bobagem que os cidadãos se sintam reconfortados com o pensamento de que, pelo menos, cometeram seu próprio*

⁴⁷⁸ *Apud* MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 151.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 153.

⁴⁸¹ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. Leitor Kindle, p. 301.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 291.

⁴⁸³ Na decisão *Texas v. Johnson*, de 1989, a Suprema Corte, por maioria de cinco votos, considerou inconstitucionais as legislações dos Estados que proibiam o ato de queimar a bandeira norte-americana como forma de protesto.

⁴⁸⁴ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, p. 291.

erro sobre a democracia, em vez de terem que suportar o erro de outrem.”⁴⁸⁵ Ademais, baseado na sua concepção do dissenso ou desacordo, Waldron entende que não se pode admitir uma teoria constitucional baseada no resultado, pela simples razão de que os cidadãos discordam sobre quais são os resultados corretos.⁴⁸⁶ Assim, Waldron entende que a revisão judicial se mostra antidemocrática e que a deliberação do parlamento é a melhor solução, mesmo, contrapondo-se aqui a John Hart Ely, em relação às questões procedimentais da democracia.

Dois pontos ainda da crítica de Waldron merecem nossa atenção. Por um lado, à crítica que Dworkin faz da concepção meramente majoritária ou estatística da democracia, ele contrapõe o fato de os juízes constitucionais também decidem os casos por maioria de votos. Esse aspecto é salientado por José Levi Mello do Amaral Júnior, ao afirmar que

A maior contradição de Dworkin está no relativizar a importância da decisão majoritária própria ao parlamento na elaboração legislativa e, a seguir, pretender confiar a decisão, sobretudo em questões de moralidade política, para uma Suprema Corte, um órgão judicial coletivo, cujas decisões também são tomadas segundo o mesmo princípio majoritário(...)⁴⁸⁷

Quer nos parecer que o argumento encerra uma crítica à concepção da única resposta correta. A transcendência da resposta correta dependeria sempre da contingência do procedimento majoritário. Nunca estaríamos certos se a resposta correta foi realmente alcançada.

Isso nos leva ao derradeiro aspecto, que é a consideração de Waldron de que o objetivismo ou realismo moral não tem relevância no debate sobre a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. Waldron reconhece, contudo, que a questão metaética está ligada ou pelo menos é apresentada como relevante para a questão da jurisdição constitucional. Para os antirrealistas ou emotivistas, que nós denominamos com mais frequência ao longo do trabalho como não-cognitivistas, se não há verdades morais e o juiz constitucional é chamado a decidir questões morais, então se trata da preferência ou atitude dele contraposta à preferência dos legisladores, de maneira que o “*emotivismo é*

⁴⁸⁵ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. Leitor Kindle, 1999, p. 293.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 294.

⁴⁸⁷ Dworkin e a sua contradição majoritária. **Consultor Jurídico**, 23/02/2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-23/analise-constitucional-dworkin-contradicao-majoritaria>> Acesso em: 02/07/2015.

com frequência tomado como uma razão para defender a regra da maioria e opor-se à revisão judicial [da legislação]”⁴⁸⁸ Do mesmo modo, o realismo ou objetivismo que postula a existência de verdades morais tende a ser associado a uma defesa da revisão judicial e a uma maior reserva quanto à regra da maioria. Segundo Waldron, tais associações não têm razão de ser, pelo simples fato de que, mesmo se houver algo como verdades ou fatos morais, ainda haverá discordância sobre quais são esses fatos ou verdades⁴⁸⁹ e tal divergência continuará a opor juízes constitucionais e legisladores. Assevera o autor:

Como antes, na ausência de qualquer acordo sobre como alguém poderia dizer qual é a correta, entre duas crenças conflitantes sobre os fatos morais, a imposição da crença de uma ou poucas pessoas sobre aquela da população como um todo parece ainda arbitrária e antidemocrática.⁴⁹⁰

Ou temos a arbitrariedade em fazer prevalecer uma atitude sobre outra igualmente plausível (se não houver verdades morais), ou a arbitrariedade em fazer prevalecer uma crença sobre outra igualmente plausível (se houver verdade morais), lembrando que o termo “atitude”, no debate epistemológico, é sinônimo de subjetividade, enquanto uma “crença” pretende refletir uma realidade externa objetiva. Mas a arbitrariedade continua aí, independente da posição metaética.⁴⁹¹

Tais considerações de Waldron parecem-nos de suma relevância na crítica a Dworkin. Com efeito, mesmo que a “visão ordinária” leve as pessoas a debater sobre o que é certo ou errado em termos morais, ou ainda a acreditar que existe uma única resposta correta sobre temas morais, o erro de Dworkin estaria no componente político de sua teoria, isto é, quando elege a Corte Constitucional como fórum legitimado a encontrar e estabelecer a resposta correta. É intuitivo que em matérias moralmente polêmicas, a decisão da corte não é vista por todos como a resposta correta, senão naquele sentido da declaração do *justice* Robert H. Jackson, em 1953, de que “*não somos finais porque somos infalíveis, mas somos infalíveis apenas porque somos finais.*”⁴⁹² Até porque, como dito, suas decisões não são tomadas por qualquer procedimento capaz de dirimir por completo as dúvidas, mas por contingente maioria de votos.

⁴⁸⁸ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. Leitor Kindle, 1999, p. 184.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 3.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 184.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 186.

⁴⁹² GUTZMAN, Kevin R. C. **The Politically Incorrect Guide to the Constitution**. Washington: Regnery Publishing, 2007, p. 167.

Finalmente, nosso trabalho consistiu até aqui em afirmar a importância da metaética para o debate sobre a justiça constitucional, e dessa forma queremos contrapor a visão de Waldron sobre a eventual irrelevância da questão, fazendo-o com dois argumentos. O primeiro é o de que a própria posição de Waldron tem caráter epistemológico e não deixa de dever algo ao não-cognitismo. Embora conceda ao objetivismo a possibilidade de existirem verdades morais, o autor destaca a nossa incapacidade de chegar a um consenso a respeito, o que poderia derivar da especificidade epistemológica dos juízos de valor ou pelo menos, diferentemente do que se passa nas ciências naturais, da ausência de padrões para aferir a objetividade de uma assertiva moral. A posição de Waldron, pois, aproxima-se do que a filosofia do século XX, com Peirce, denominou de *falibilismo*, “*para indicar a atitude do pesquisador que julga possível o erro a cada instante da sua pesquisa e, portanto, procura melhorar os seus instrumentos de investigação e de verificação.*”⁴⁹³

O outro argumento é o de que, ainda que na opinião de Waldron o objetivismo ou realismo moral não possa servir para reforçar a legitimidade da revisão judicial, reconhece-se, como ele próprio faz, que tal posição tende a reforçar a legitimidade e alcance da jurisdição constitucional. O juiz que está convencido da existência de verdades morais está menos preocupado com a legitimidade de sua autoridade, experimentando menor deferência pela vontade política e legislativa. Assim, a crítica teórica ao objetivismo moral, como a que deduzimos, parece-nos importante na crítica aos excessos da jurisdição constitucional.

3.2 Limites da hermenêutica e da jurisdição constitucional a partir da perspectiva não-cognitivista

De toda a argumentação desenvolvida nos capítulos anteriores, entendemos que a interpretação constitucional tem limites, que são olvidados nas formulações do neoconstitucionalismo (3.2.1), limites que, por sua vez, devem acarretar restrições à atuação da Corte Constitucional, em favor do parlamento e dos mecanismos de participação direta (3.2.2). Por fim, consideramos que o instituto das cláusulas pétreas é particularmente problemático do ponto de vista da democracia (3.2.3).

⁴⁹³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 426-427.

3.2.1 Limites da hermenêutica constitucional

Antes de nos posicionar de forma mais sistemática quanto às possibilidades do controle judicial de constitucionalidade, abordaremos algumas questões relacionadas à interpretação ou hermenêutica constitucional, sobretudo para postular *limites* da interpretação, notadamente advindos da nossa adesão ao não-cognitivismo ético, já explicitada nos capítulos anteriores.

É comum dizer-se, em direito, que a interpretação objetiva *definir o sentido e o alcance da norma*. O sentido e o alcance têm relação estreita, mas o primeiro seria uma espécie de significado ideal, capaz de aplicar-se a determinada extensão da realidade, o alcance. A distinção pode remeter àquela clássica em filosofia da linguagem entre a *intensão* e a *extensão* do conceito.

A interpretação objetiva, pois, *determinar* o sentido e o alcance da norma, o seu significado e a sua abrangência ou aplicação a situações e fatos da realidade. Exemplo singelo da necessidade de interpretação no mundo jurídico é aquele fornecido por Radbruch. O autor alemão relata caso em que, numa estação ferroviária da Polônia, havia um cartaz proibindo a entrada de pessoas acompanhadas de cachorro. Certa vez quis adentrar ao local um homem acompanhado de um urso, no que foi impedido pelo agente, protestando o usuário, contudo, por não estar a hipótese prevista no cartaz.⁴⁹⁴ Problema parecido ensejaria a possibilidade de entrar no local um cego acompanhado por seu cão-guia.

O problema da interpretação está ligado ao da *determinação* ou *indeterminação* do direito e também ao de sua objetividade ou subjetividade.⁴⁹⁵ Se o direito é determinado ou de alguma forma objetivo, infere-se que a interpretação deve levar a um resultado correto; se ele é indeterminado ou subjetivo, não se pode justificar de maneira adequada o resultado da interpretação. Com efeito,

em seu cerne, a tese da indeterminação é uma afirmação sobre a capacidade das razões – das razões jurídicas em particular, mas talvez também das razões em geral – de justificar plenamente os resultados em favor dos quais são aduzidas.⁴⁹⁶

Aqui, queremos repelir ao mesmo tempo duas posições radicais, a nosso

⁴⁹⁴ *Apud* 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, pp. 121-139, jul/dez. 1998.

⁴⁹⁵ COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 303-418.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 319.

ver inconsistentes a respeito da interpretação e aplicação do direito. De um lado, um positivismo que se apresente como formalismo ou “jurisprudência mecânica”, que nega o caráter criativo da jurisprudência; de outro, posições como a do realismo jurídico, baseadas num ceticismo linguístico e moral radical, que não conhece limites para a interpretação e a considera sempre ato de vontade e nunca de conhecimento. Vai sem dizer que essas mesmas asserções valem para o problema da discricionariedade, também ligado à questão interpretativa: não endossamos nem as posições que negam qualquer discricionariedade aos juízes, nem aquelas que lhes a outorgam de maneira indiscriminada.

Insustentável, por exemplo, a nosso ver, uma posição como a do *originalismo* norte-americano, acima abordado, que se remete de forma estrita à vontade do constituinte, elegendo o método histórico como único válido da interpretação jurídica. Exige-se do direito sempre uma adequação à realidade social em que se insere, com atualização dos seus conteúdos segundo as concepções morais e políticas dominantes. Ficamos aqui com os precisos ensinamentos de Maximiliano que, reagindo à escola exegética dominante no século XIX, em que preponderavam os métodos gramatical e histórico da interpretação, abraça o que chama ora de método teleológico, ora sociológico, corrente histórico-evolutiva ou simplesmente método evolutivo, concebendo o intérprete como sociólogo do direito, “*adaptador das fórmulas vetustas às contingências da hora presente.*”⁴⁹⁷

Nesse ponto, vamos ainda além, para aceitar em alguma medida a conexão entre direito e moral, senão no momento conceitual, mas no da aplicação do direito, naquilo que Dimoulis chama de “moralismo da interpretação”.⁴⁹⁸ Sem conferir à assertiva toda a amplitude que lhe emprestam as correntes moralistas, parece-nos incontornável a necessidade, para o aplicador e intérprete, não somente de colmatar lacunas de maneira às vezes discricionária, como de preencher conceitos jurídicos com elementos políticos, morais, práticos em geral. Basta lembrar de conceitos jurídicos indeterminados como “interesse público”, “moralidade administrativa”, entre outros tantos e noções jurídicas que exigirão essa atividade complementar do intérprete, para os quais Maximiliano também chamava a atenção.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 32.

⁴⁹⁸ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, p. 91.

⁴⁹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 52. Maximiliano enumera diversas normas legais que deixam larga margem de apreciação ao juiz, demonstrando o quanto de justiça ainda remanesce na órbita do aplicador: “quando se referem a boa ou má

Se, por um lado, não podemos discordar de Raz quando afirma que o direito é por natureza *excludente* da moral⁵⁰⁰ – no sentido de que a razão para agir representada pela norma jurídica afasta ou exclui as razões puramente morais –, parece-nos evidente que essa exclusão não se dá por completo e a moral é chamada de novo no âmbito interpretativo. Concordamos, pois, com Alexy quando assevera que “*a dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado*”⁵⁰¹ e ainda quando diz que “*em todos os casos minimamente problemáticos, são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material jurídico preexistente.*”⁵⁰²

Toda a questão, porém, está nos limites da interpretação, nos limites das considerações morais e políticas que de alguma forma estão atreladas à concretização do direito. E esses limites por sua vez são colocados por questões eminentemente políticas e derivadas da distribuição do poder na sociedade e, de forma específica, da separação dos poderes. Do ponto de vista conceitual, não nos parece que haja óbice a que se debata se da expressão “direito à vida” decorre ou não uma proibição do aborto ou se o princípio da igualdade autoriza ou não as políticas de ação afirmativa. O problema é se, dada a indeterminação desses conceitos, é legítimo que o juiz realize essa interpretação até o final. A questão é política, no sentido já referido por Waldron, de não bastarem teorizações substantivas, sendo necessária a estipulação de procedimentos capazes de resolver de forma legítima os desacordos.

Para a compreensão dos limites que postulamos para a interpretação constitucional, necessário se faz remeter a dois pontos tratados nos capítulos anteriores. Um deles é a indeterminação dos princípios e direitos fundamentais, reconhecida pelos autores das mais diversas correntes. Para Alexy, as disposições de direitos fundamentais

fé; equidade; força maior; moral; bons costumes; ingratidão; imprudência ou imperícia; objeto ilícito, ou impossível; fim ilícito, ou imoral; injúria grave; dolo, no civil e no crime; bem como ao usarem das expressões – quando *exequível*; *sempre que for possível*; ou mandarem graduar a pena conforme as circunstâncias agravantes e atenuantes; e falarem de haver, sobre a pessoa do cônjuge, caído em erro que, descoberto, *torne insuportável a vida em comum*; *justo motivo* para não admitir que outrem pague a sua dívida; indenizar, além do que o credor perdeu, o que *razoavelmente* deixou de lucrar; tratar o imóvel alheio *como se fosse seu*; empregar, no exercício do mandato, a diligência *habitual*; provar que guardava com o *cuidado preciso* o animal danificador; restituir, na falta da própria coisa, o equivalente estimado pelo seu preço ordinário e *pelo de afeição*; e assim por diante.”

⁵⁰⁰ RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. **The Monist**, vol. 68, n. 3, The Concept of Law, pp. 295-324, July 1985.

⁵⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 36.

⁵⁰² *Ibid.*, p. 548.

seriam “*extremamente abstratas, abertas e ideologizadas.*”⁵⁰³ Também segundo John Hart Ely, “*as disposições constitucionais formam um espectro que abarca desde itens relativamente específicos até os mais extremamente indefinidos e abertos.*”⁵⁰⁴ Waldron insiste igualmente em que os direitos fundamentais padecem de grande indeterminação (ver 2.3.2.2). Jules L. Coleman e Brian Leiter, mencionando que as normas e os valores subjacentes que expressam podem ser incomensuráveis⁵⁰⁵, admitem em consequência a frequente indeterminação do direito nos sistemas jurídicos maduros:

Dito isso, não temos nenhuma razão para negar que às vezes os conflitos entre normas serão suficientemente grandes e os argumentos de todos os lados fortes o suficiente para justificar a afirmação de que nenhum resultado único pode ser defendido em detrimento dos outros. Nesse caso, não pretendemos negar que, em sistemas jurídicos maduros, as normas conflitantes podem apresentar casos genuínos de indeterminação.⁵⁰⁶

O outro aspecto, reconhecida a indeterminação dos princípios e dos direitos fundamentais, sua carga valorativa e sua proximidade com a noção pura e simples de valor, seria o próprio não-cognitivism ético e a incomensurabilidade dos valores, a inviabilizar eventual redução da indeterminação pela obtenção de uma resposta correta do ponto de vista moral.

Mas, ao reconhecermos o caráter forçosamente criativo da jurisprudência e, também, aderirmos a um não-cognitivism apenas *moderado*, admitindo a viabilidade em alguma medida do debate ético racional, enfrentamos a questão de estabelecer quais seriam esses limites – o que seria permitido ao juiz constitucional fazer em termos de interpretação e o que seria incompatível com o princípio democrático. O que seria admissível de uma jurisdição constitucional baseada em princípios e o que seria já o “poder de disposição” de que fala Ferrajoli, atuação ilegítima e antidemocrática?⁵⁰⁷

Da mencionada indeterminação do direito, não se infere que o juiz, ao determinar o sentido do direito na norma de decisão, individualizada, estaria sempre

⁵⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 548-551.

⁵⁰⁴ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 17.

⁵⁰⁵ COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 303-418.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 341.

⁵⁰⁷ 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. 51.

exercendo uma atribuição legislativa de forma antidemocrática. Como já se disse, a concretização do direito é sempre um acréscimo valorativo e jurídico ao material normativo, mas é inevitável que o juiz o faça. Nesse sentido, afirmam ainda Coleman e Leiter:

[...] mesmo que a regra democrática exija que os resultados a que chegam os juízes sejam limitados pela legislação, disso não decorre que os juízes não tenham limites quando as razões que a legislação prevê não fundamentam resultados únicos. Ter liberdade de ação dentro de limites, afinal, é ser restringido [...] A existência da indeterminação na prestação jurisdicional, portanto, não constitui uma ameaça substancial à possibilidade de governo legítimo pelo Direito.⁵⁰⁸

Ademais, apesar de comungarmos de muitas das críticas que se fazem à teoria dos princípios, e reconhecermos que muitas vezes são o cavalo de Tróia que permite a ampliação da indeterminação e da discricionariedade judicial indevida, admitimos a sua importância no direito constitucional moderno.⁵⁰⁹ Os princípios introduzem importante elemento de flexibilização do direito, na linha do que argumenta Zagrebelsky, permitindo uma melhor adequação da decisão “ao caso”. Concordamos também com Marcelo Neves que, apesar da crítica que deduz ao abuso dos princípios, à única resposta correta de Dworkin e à noção de otimização pela ponderação de Alexy, assevera que pretende “levar a sério” a novidade que os princípios representam no constitucionalismo moderno. Em formulação similar àquelas de Zagrebelsky, elogia a flexibilização que os princípios conferem ao sistema jurídico, ao ampliarem a possibilidade de argumentação, embora eles não consigam reduzir a complexidade dos casos e levar sozinhos à decisão.⁵¹⁰ Por outro lado, o autor afirma não retroceder à tendência de superestimar as regras, o que tornaria o sistema excessivamente rígido.⁵¹¹

Tomando como exemplo algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que tiveram repercussão nos últimos anos, temos que não está vedado ao juiz constitucional a interpretação dos princípios, valores e direitos fundamentais, perscrutando suas razões, extensão, delimitação. Por outro lado, a constitucionalização dos diversos

⁵⁰⁸ COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 362.

⁵⁰⁹ Em contexto um tanto diverso, o alemão Hans Rupp considerou os conceitos jurídicos indeterminados o “cavalo de Troia” do Direito Administrativo, perigosos para o Estado de Direito por permitir muitas vezes atuação abusiva do administrador público. (*Apud* MORAES, Germana Oliveira de. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 68.)

⁵¹⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, Prefácio, p. XVII.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. XX.

ramos do direito é também uma realidade do sistema constitucional moderno, sob o influxo dos princípios, de maneira que a jurisdição constitucional acaba por definir a influência que os princípios podem ter sobre a legislação comum, podendo chegar, por exemplo, pela via dos princípios – e nisso reconhecemos que os princípios nem sempre precisam de regras para incidir e ser aplicados –, a excluir determinadas condutas da tipificação penal. Assim, no caso *Ellwanger* (HC 82424)⁵¹², versando sobre a tipificação do crime de racismo, o princípio da liberdade de expressão permitiu discutir perante o Supremo se a conduta do editor era ou não típica, tendo a corte decidido que sim (ver 2.3.2.3). Também vemos como normais à jurisdição constitucional decisões como aquela relativa à marcha da maconha, em que o STF considerou legítimo esse tipo de manifestação (ADPF 187)⁵¹³ – inserida na liberdade de expressão e de reunião –, bem como a decisão sobre as biografias não autorizadas na ADI 4815, que considerou inconstitucional a exigência de autorização⁵¹⁴. Há aí, evidentemente, uma atividade interpretativa ampla, que incide sobre a indeterminação original dos direitos fundamentais, gerando uma norma de atribuição, no dizer de Alexy⁵¹⁵, isto é, uma regra para o caso concreto ventilado pela ação; tal interpretação é inegavelmente criativa, argumentativa e inclui elementos políticos e morais.

Assumindo a dificuldade em determinar o limite do que seria possível ou vedado, sem querer atenuá-la, tomamos agora dois exemplos que tenho por intermediários entre a mencionada atuação legítima e os exemplos que darei a seguir de atuação ilegítima. Um deles seria o aborto do feto anencéfalo, autorizado na ADPF 54⁵¹⁶. Aqui a questão assume caráter marcadamente valorativo, sem falar de alguma incerteza quanto às premissas fáticas, isto é, concernentes ao conhecimento científico estabelecido. Mas, de qualquer forma, parece-nos que a decisão é aceitável na consideração de que a vida daquele feto é inviável e no juízo de ponderação que acaba fazendo em relação à dignidade e intimidade da gestante. Outro exemplo seria a decisão relativa às pesquisas com células-tronco embrionárias, exarada na ADI 3510⁵¹⁷; apesar também da questão marcadamente axiológica, a ponderação restou facilitada pela consideração, constante da maioria dos votos, de que os embriões passíveis de serem utilizados nas pesquisas não teriam viabilidade de desenvolvimento. Apesar de a decisão conter, de alguma forma, uma mitigação da teoria concepcionista em matéria de aborto, não pensamos que ela implique

⁵¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19-03-2004.

⁵¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 15/06/2011.

⁵¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4815, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 10/06/2015.

⁵¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 69-76.

⁵¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012.

⁵¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008.

de *per se* a descriminalização do aborto no Brasil, e isso pelo aspecto mencionado, de que a inviabilidade de tais embriões para se tornarem pessoas foi argumento utilizado pela maioria dos julgadores. Outro aspecto a tornar aceitável a decisão sobre as células-tronco é que, diferentemente nesse aspecto do caso do feto anencéfalo, aqui o Supremo referendou a legislação vigente.

Exemplo mais recente e que consideramos de franca exacerbação da jurisdição constitucional é o do “financiamento de campanhas eleitorais por empresas.” O STF julgou parcialmente procedente a ADI 4650⁵¹⁸ e declarou inconstitucionais os artigos da lei eleitoral que permitiam doações eleitorais por empresas, apesar de limitadas. A decisão invoca os princípios democrático e da igualdade política que, a nosso ver, na sua indeterminação, não possuíam densidade normativa suficiente para autorizar tal norma de decisão. Conquanto se saiba dos malefícios do financiamento privado das campanhas, a questão nos parece opinável, dando margem a concepções e soluções diversas, tanto que a regulação da matéria nos vários países é diversificada, constando que na Espanha o financiamento por empresas privadas é aceito. Eis a nosso ver um claro exemplo de aplicação direta de princípios em que sua indeterminação, bem como a ausência de uma resposta correta proveniente de algum elemento extrajurídico, político, moral, ou sociológico, impediria a atuação judicial. A decisão evoca ainda a obra de John Hart Ely, que autorizaria o ativismo da Corte Constitucional quando se der para “corrigir patologias que desvirtuem o sistema representativo” e “proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários”, como constou expressamente da ementa. Não estamos convencidos das formulações de Ely pois, se de um lado aceitamos a atuação da Corte Constitucional em questões *substantivas*, que ele negaria, de outro entendemos que questões aparentemente procedimentais, ligadas à concepção de democracia, podem padecer de alto grau de indeterminação, a exigir seu preenchimento e determinação por juízos de caráter eminentemente políticos que estariam fora do alcance da jurisdição.⁵¹⁹

Como já asseveramos acima, consideramos igualmente que a questão das cotas raciais não pode ser dirimida apenas com base no princípio da igualdade ou isonomia (ver 1.1.4).⁵²⁰ Teríamos aí um caso de colisão intraprincípio que põe em jogo concepções distintas a respeito da própria igualdade. Assim, entendemos que a decisão do Supremo na

⁵¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4650, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/09/2015.

⁵¹⁹ Nesse sentido, Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. Leitor Kindle, p. 295.

⁵²⁰ Defendi essa posição já na minha dissertação de mestrado, publicada: **O controle da Administração pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 163.

ADPF 186⁵²¹, apesar de ter referendado as decisões de âmbito administrativo que instauraram a política de cotas, não devia tê-las considerado constitucionais do ponto de vista substancial, mas por deferência ao princípio formal da competência legislativa ou do administrador, ou ainda com base na autonomia universitária. Essa substituição, em casos que tais, de uma razão substancial por outra de natureza formal, que prestigie a discricionariedade legislativa, parece-nos de grande relevância, como se verá adiante.

Entendemos, por fim, que questões como a do aborto e da eutanásia também não comportam solução jurídica, tendo em vista a abstração e indeterminação dos princípios constitucionais ventilados, como a dignidade da pessoa humana e o direito à vida e à saúde, bem como em razão da incomensurabilidade dos valores envolvidos.

Nesse sentido, Waldron vislumbra que os próprios direitos, e acrescentaríamos, como dito acima, que esse seria um traço acentuado nos direitos fundamentais, ensejam desacordos de difícil superação, que não afetariam apenas a sua aplicação *marginal*, mas o próprio centro ou núcleo da compreensão do que seria determinado direito. Não seria mais um caso de interpretação legal. É relevante citá-lo:

Eu assumo que os desacordos-sobre-direitos não são em sua maioria questão de interpretação, num sentido legalista estreito. Eles podem apresentar-se num primeiro momento como questões de interpretação, mas levantam questões de importância prática considerável para a comunidade política. Em algum lugar me referi a essas polêmicas sobre direitos como “divisoras de águas.” Elas são questões maiores da filosofia política com reflexos significativos para a vida das pessoas. Mais ainda, entendo que não são idiossincráticas das sociedades onde surgem. Elas definem as escolhas maiores que a sociedade moderna deve fazer, escolhas que são razoavelmente bem definidas no contexto do debate moral e político existente, escolhas que são objeto de desacordo moral e político em muitas sociedades. Exemplos vêm rapidamente à mente: aborto, ações afirmativas, a legitimidade das políticas redistributivas e da intervenção nos mercados, os direitos dos investigados criminalmente, o significado preciso da tolerância religiosa, os direitos das minorias, a regulação dos gastos de campanha, e assim por diante.⁵²² (grifo nosso)

Os limites que postulamos aqui são, sobretudo, “grandes questões morais” de nosso tempo, que já foram acima mencionadas como *desacordos morais razoáveis*. Pensamos que nesses casos o aspecto axiológico é tão preponderante, e escasso o material normativo, isto é, as especificações contidas na Constituição, que a “interpretação constitucional” e consequente decisão pela Corte Constitucional representam propriamente

⁵²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 26/04/2012.

⁵²² WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, 115, pp. 1346-1406, 2006. (tradução nossa)

uma escolha valorativa, o exercício de uma discricionariedade moral e política pelos juízes, incompatível com o princípio democrático e representativo.

3.2.2 Limites da jurisdição constitucional: entre a soberba hercúlea e a modéstia socrática

Assim, entendemos que os limites da interpretação constitucional, ditados pela indeterminação dos direitos fundamentais e dos princípios, tendo em vista ainda os postulados não-cognitivistas e a incomensurabilidade dos valores, devem acarretar restrições à atuação da Corte Constitucional, que advêm do princípio democrático. Diante da indeterminação do material normativo, não é democrático que os juízes constitucionais façam escolhas puramente morais e políticas, com o risco inclusive de acobertá-las com a rigidez das cláusulas pétreas. Vale menção ao brocardo latino, lembrado por Waldron, *quod omnes tangit ab omnibus decidentur*.⁵²³

Também John Hart Ely aduz que a sociedade americana, fiel ao princípio representativo, não aceita a imposição pela Corte Constitucional de um conjunto de valores supostamente objetivos: “[...] pelo menos, não aceita um conjunto que sirva para derrubar as decisões de nossos representantes eleitos – e tem razão de não aceitá-lo.”⁵²⁴

Embora, como vimos, mostrem-se fluidos e imprecisos tais limites, é preciso tê-los em conta. Coleman e Leiter, citados acima, consideram incontornável certo nível de indeterminação do direito e aduzem, em favor da jurisdição, que “a existência da indeterminação na prestação jurisdicional [...] não constitui uma ameaça substancial à possibilidade de governo legítimo pelo Direito.”⁵²⁵ Ao mesmo tempo, consideram, como condição dessa legitimidade, que os juízes sejam restringidos de alguma forma, que tenham “liberdade de ação dentro de limites”.⁵²⁶

Contudo, na jurisdição constitucional moderna, ao conjugar-se a supremacia jurídica da Constituição e a indeterminação dos princípios e direitos fundamentais, a liberdade de atuação dos juízes constitucionais praticamente não encontra limites que não os externos, derivados da opinião pública e do relacionamento com os demais poderes. Do ponto de vista da própria relação com o texto normativo, considerando

⁵²³ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. Leitor Kindle, p. 297. “O que diz respeito a todos, todos devem decidir.”

⁵²⁴ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 72.

⁵²⁵ COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 303-418.

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 362.

sua frequente e profunda indeterminação, muitas vezes os constrangimentos deixam de ser consideráveis e a decisão judicial surge como norma jurídica “*ex novo*”, em matérias de grande relevância e repercussão social. É o que acontece em muitos dos temas já abordados, como o aborto e a eutanásia, que brotam da colisão entre direitos fundamentais e princípios constitucionais ou mesmo da já mencionada colisão intraprincípio, resultante de interpretações diversas do mesmo princípio, como é o caso das ações afirmativas.

Já vimos que Jorge Octavio Lavocat Galvão externa ponto de vista semelhante ao que desenvolvemos: a partir da constatação da vagueza de algumas cláusulas constitucionais, questiona a possibilidade e a adequação de o Judiciário decidir os chamados desacordos morais razoáveis, na terminologia de Samantha Besson (ver 2.3.2.1).

Acreditamos que, em tais casos, a “última palavra” deve ser dos representantes eleitos, na linha do pensamento de Jeremy Waldron acima exposto (ver itens 3.1.1 e 3.1.3), ou do próprio povo, através de mecanismos de participação popular direta, como a iniciativa popular de projetos de lei, o plebiscito e o referendo. Como asseverado por ele, ainda que exista algo como a “única resposta correta” de Dworkin nos casos difíceis, não cabe à Corte Constitucional estabelecê-la, pela simples razão de que continuaríamos a dissentir a respeito.

Oferecemos igualmente três razões, agora de natureza substancial, para se preferir, nesses casos, a deliberação parlamentar à decisão da Corte Constitucional. A primeira, defendida por Waldron, é a de que o parlamento estaria em melhor posição para conduzir os debates e a decisão sobre questões morais. Ao contrário de Moore, entende que os juízes não estão em condições de realizar o debate moral em sua inteireza e da maneira mais profícua. Eles tenderiam a focar suas razões em aspectos ligados à legitimidade da decisão, como a sua conformidade com a constituição, leis ou precedentes, o que viria em desfavor da *judicial review*, porque os legisladores, mesmo com seus vícios, pelo menos tendem a ir diretamente ao coração do problema.⁵²⁷ Em questões como o aborto, o importante não seria a hermenêutica dos textos normativos, mas o debate direto sobre o *status* ético do feto, a condição das mulheres grávidas e a importância de suas escolhas, sua liberdade, sua intimidade (*privacy*) – todos aspectos da maior relevância para a questão,

⁵²⁷ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, 115, 2006, pp. 1346-1406.

mas que são discutidos mais a fundo nos debates legislativos do que nos judiciais.⁵²⁸

Em segundo lugar, acreditamos que o debate político e social sobre questões de tal envergadura, sobretudo se postas à deliberação popular direta, pode mostrar-se extremamente enriquecedor em termos de educação política e fortalecimento da democracia. Vivemos um momento paradoxal da democracia; ao tempo em que se considera em crise a representação política, a realidade das redes sociais dá novo e inédito impulso à participação popular, o que pode aconselhar a ampliação da utilização dos mecanismos de participação direta.

A terceira razão, finalmente, é a conveniência que entrevemos de que tais questões, os desacordos morais razoáveis ou grandes questões morais tantas vezes suscitadas neste trabalho, sejam tratadas em nível legislativo e não constitucional. A solução legislativa, com ou sem a participação popular direta, parece-nos de molde a deixar o debate sempre aberto, permitindo o aperfeiçoamento e adequação das soluções à evolução da sociedade, que tem se mostrado rápida no campo da bioética.

Por fim, queremos enfatizar que a democracia moderna não se esgota no viés estatístico, incluindo necessariamente o respeito aos direitos fundamentais. Nesse sentido, ao contrário de Waldron, não nos opomos ao controle de constitucionalidade de forma geral, bem estabelecido na nossa Constituição e tradição jurídica. Da mesma forma, reconhecemos a relevância do papel contramajoritário da Corte Constitucional, justamente na defesa dos direitos fundamentais frente às maiorias políticas. Dessa forma, nossas críticas e considerações sobre a “última palavra” têm o objetivo de recomendar, nos casos abordados, uma política de autocontenção da jurisdição e da Corte Constitucional em particular.

3.2.2.1 Autocontenção ou reserva epistêmica⁵²⁹

É-nos necessária a noção de autocontenção judicial, numa modalidade particular, a autocontenção ou reserva epistêmica (*epistemic restraint*). Esta deve ser antes de tudo uma atitude política do juiz constitucional, pois na maioria das vezes caberá a ele *decidir que não lhe cabe decidir* determinada questão. Também serão úteis as noções de

⁵²⁸ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, 115, 2006, pp. 1346-1406. Nesse sentido, Waldron considera que o debate legislativo britânico é mais profícuo que o raciocínio judicial norte-americano.

⁵²⁹ *Epistemic restraint*, em STANTON-IFE, John. The limits of Law. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/law-limits/>>. Acesso em: 11/12/2012.

virtudes passivas da jurisdição, louvadas por Alexander Bickel, bem como as formulações de Cass Sunstein em torno do minimalismo judicial, acima visitadas. Sunstein, como vimos, destaca a *modéstia e humildade (modesty and humility)*⁵³⁰ do juiz minimalista, que não se confundem com a deferência absoluta do soldado.

A modéstia que recomendamos é uma modéstia epistemológica. No lugar do juiz Hércules de Dworkin, cioso de sua capacidade em perscrutar os princípios e resolver as questões morais, um juiz Sócrates. Sócrates que de um lado acredita nas possibilidades da razão e do diálogo racional, mas de outro é capaz de afirmar o seu não saber. Pois, como já dissemos, se com os defensores do direito natural concordamos que há coisas que “*não podemos não saber*”⁵³¹, há evidentemente coisas que podemos não saber e coisas que não podemos saber.

A atitude socrática deve se contrapor ao que chamamos de pressuposto objetivista da jurisdição constitucional, a crença ou o mito de que a Constituição *tem sempre a resposta* para as questões suscitadas perante a Corte Constitucional. Ao contrário, os princípios, com sua indeterminação semântica e valorativa, à falta de maior especificação no texto constitucional, não autorizam conclusão definitiva sobre várias das questões hoje em voga, como aquelas já mencionadas do aborto, da eutanásia e outras do domínio da bioética.

Nesses casos, é preciso que o juiz constitucional exerça uma política de autocontenção e deferência à vontade do legislador e do constituinte derivado, quando não do povo através de mecanismos diretos de participação. O contrário, a insistência no paradigma objetivista e a crença na resposta correta, pode amesquinhar a democracia e o direito político de participação. Inobstante o seu entusiasmo e formulações favoráveis ao direito por princípios, Zagrebelsky entende que a legislação é função originária e não derivada, e que por sua vez a Constituição não é um sistema fechado de princípios, mas um contexto aberto cuja determinação histórico-concreta, nos limites de elasticidade que esse contexto permite, deixa-se ao legislador.⁵³² Arremata o ilustre autor:

Só assim é possível que a existência de uma Constituição que contém princípios substantivos não contradiga o pluralismo, a liberdade da dinâmica política e a competição entre propostas alternativas. Pensar o

⁵³⁰ SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae**. New York: Oxford University Press, 2015, Edição Kindle, p. 17.

⁵³¹ GAIRDNER, William D. **The Book of Absolutes: a Critique of Relativism and a Defence of Universals**. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2008, p. 190.

⁵³² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 152.

contrário não só representa uma manifestação de soberba dos juristas, mas também constitui um risco “holístico” de asfixia política por saturação jurídica. A Constituição se situaria contra a democracia.⁵³³

Lembramos ainda que “*a incerteza moral, na qual a sociedade se encontra dividida*”, é uma das situações em que Cass Sunstein recomenda ao juiz a postura minimalista.⁵³⁴

Ainda nesse sentido, os parâmetros dogmáticos capazes de repelir o ativismo judicial, lembrados por Elival da Silva Ramos, podem ser revisitados à luz dessa reserva epistêmica reclamada dos juízes.

Podemos entender, por exemplo, que as grandes questões morais, os “desacordos morais razoáveis”, quais sejam, aquelas questões que comportam interpretações conflitantes não passíveis de solução racional, entrariam na categoria das *questões políticas*. Com efeito, a falta de padrões normativos para a decisão é uma das hipóteses que podem configurar a “questão política” na doutrina e jurisprudência norte-americanas. Carlos Bastide Horbach lembra a importante decisão da Suprema Corte no caso *Baker v. Carr*, de 1962, constatando-se no voto do *Justice Brennan* a menção, como indicadora da questão política, da “*falta de padrões passíveis de serem descobertos ou aplicáveis judicialmente (...)*.”⁵³⁵

Também os *conceitos jurídicos indeterminados*, estudados primeiramente no direito administrativo, com vistas a saber se conferem ou não discricionariedade ao administrador público, revelam um problema epistemológico: é da impossibilidade de uma determinação absoluta do seu significado que a maioria dos autores retira a conclusão, como Otto Bachof, de que eles conferem ao aplicador um espaço ou “margem de livre apreciação”.⁵³⁶

Karl English propõe uma distinção entre os conceitos indeterminados descritivos e os normativos.⁵³⁷ Os conceitos indeterminados descritivos seriam “naturalísticos” e trariam para a norma jurídica uma realidade objetiva do mundo:

⁵³³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 152.

⁵³⁴ *Apud* MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 120.

⁵³⁵ 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.

⁵³⁶ *Apud* MORAES, Germana Oliveira de. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 67. Ver também o meu **O controle da Administração pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 129-134.

⁵³⁷ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, pp. 209-214.

“escuridão”, “sossego noturno”, “ruído”, “perigo”, mas também realidades jurídicas, como “homicídio”, “homicídio qualificado”, “ato administrativo”. Segundo English, a maioria dos conceitos empregados em Direito é indeterminada e mesmo esses conceitos que visam à descrição de algo “objetivo”, que está no mundo, podem conter alguma imprecisão.

Os conceitos indeterminados normativos, por sua vez, têm sua indeterminação ligada à necessidade de uma *valoração* para aplicá-los no caso concreto. Assim, se um comportamento é “indigno”, se um motivo é “torpe”, se o preço é “vil”, só poderá ser decidido com base em uma valoração; são conceitos que demandam um “preenchimento valorativo.”

A solução da “margem de livre apreciação” foi influenciada por autores, como Philipp Heck, que estudaram a estrutura de um conceito. Segundo ele, haveria sempre um “núcleo” conceitual em que não existiria controvérsia e um “halo” conceitual em que residiriam os casos-limites, quando a aplicação ou não do conceito se tornaria incerta.⁵³⁸ A formulação de Heck é retomada por Hart, quando afirma existir no conceito uma zona de certeza – positiva, isto é, quando ele se aplica e negativa, quando não se aplica – e uma zona de “penumbra”, quando sua pertinência é discutível. É também o que Hart chama de “textura aberta” do Direito.⁵³⁹

É inegável que tais formulações podem ser levadas ao âmbito constitucional, pois os princípios constitucionais adquirem muitas vezes a forma dos conceitos jurídicos indeterminados do direito administrativo. Direitos fundamentais como a liberdade e a igualdade, e princípios como a dignidade da pessoa humana, podem ser compreendidos como padecendo dessa mesma indeterminação parcial, a ser combinada, agora, não apenas com a discricionariedade administrativa, mas com a discricionariedade do legislador.

A discricionariedade legislativa ou o “poder de conformação do legislador”, por sua vez, é aspecto essencial que merece ser revalorizado na nossa jurisdição constitucional. Fugindo do paradigma objetivista que avoca todas as soluções para a Constituição e a jurisdição constitucional, a postura de contenção ou reserva epistêmica deve resultar no reconhecimento da discricionariedade do legislador. Tal aspecto foi tratado com precisão pelo próprio Robert Alexy, como já analisamos (ver 2.3.2.3), que reconhece as categorias da discricionariedade estrutural e da

⁵³⁸ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 209.

⁵³⁹ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 161 e ss.

discricionariedade cognitiva ou epistêmica. A discricionariedade estrutural manifestar-se-ia sempre que, na ponderação de princípios, houvesse um “empate” entre a intensidade da intervenção em determinado princípio e a importância do princípio colidente naquelas condições. Alexy aduz que *“a discricionariedade estrutural percorre a linha dos impasses.”*⁵⁴⁰

A discricionariedade cognitiva ou epistêmica, por sua vez, seria de dois tipos. Na modalidade empírica, deriva da incerteza sobre as premissas empíricas, isto é, sobre os fatos mesmos que embasam a norma jurídica; Alexy exemplifica com o caso em que a proibição das drogas foi levada ao Tribunal Constitucional Federal a fim de passar pelos testes da proporcionalidade, mas a corte reconheceu uma incerteza científica quanto às premissas fáticas – a nocividade de determinadas drogas para a saúde humana -, razão pela qual reconheceu um espaço de discricionariedade legislativa: *“não estão presentes conhecimentos fundados cientificamente que decidam indubitavelmente em favor de um ou outro caminho.”*⁵⁴¹

A discricionariedade epistêmica de tipo normativo decorreria não mais de incertezas fáticas, mas propriamente normativas, valorativas. Alexy cita decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre a proteção contra a demissão, que se debruçava sobre o abrandamento de obrigações trabalhistas para pequenas empresas; a corte viu naquele caso “ampla margem de conformação” do legislador na “valoração do complexo de interesses”, valoração essa que *per definitionem* não seria, nas palavras de Alexy, *“uma valoração e uma quantificação jurídicas no âmbito da discricionariedade estrutural, mas uma valoração e quantificação políticas.”*⁵⁴²

Dessa forma, estimamos que tais aspectos, reconhecidos pelo maior teórico da ponderação de princípios, não tem recebido a devida atenção da doutrina e da jurisprudência. Reconhecer a discricionariedade ou poder de conformação do legislador é consequência de admitir que não existem verdades indubitáveis sobre determinada questão, seja do ponto de vista jurídico, moral, político, etc, no caso da discricionariedade epistêmica, ou ainda de conferir primazia ao legislador para ponderar sobre determinada questão, no caso da discricionariedade estrutural. Existe ainda, e também não se atenta suficientemente para tal aspecto, a incerteza quanto às premissas empíricas, aqui também sendo o caso de o Judiciário ceder o passo ao Legislativo ou ao povo.

⁵⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 608.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 612.

⁵⁴² *Ibid.*, pp. 621-622.

O mais importante é que seja colocado em xeque o paradigma objetivista da jurisdição constitucional, modificando-se a lógica dos julgamentos, que em alguns casos devem deixar de ser substantivos para abrigar um reconhecimento qualquer de *insuficiência epistemológica*, deixando espaço para a deliberação democrática. Assim, numa questão como a das cotas raciais, a decisão não deveria ser pela constitucionalidade das cotas em si, mas pela deferência à discricionariedade administrativa ou legislativa. Ainda que haja um juízo de mérito, de constitucionalidade, ele repousaria não em normas e valores substanciais, mas no que Alexy chamou de *princípio formal* da “*competência decisória do legislador democraticamente legitimado*.”⁵⁴³

3.2.3 A questão das cláusulas pétreas

Como já vimos, a tensão entre democracia e Constituição foi detectada desde o início. Jefferson diz para Madison que “*aos vivos cabe o usufruto da terra*” e propõe que a Constituição expirasse naturalmente a cada dezenove anos.⁵⁴⁴ Existe, pois, uma preocupação em assegurar a possibilidade de alteração da Constituição, para que esta não perca seu caráter democrático e igualmente para que possa acompanhar a evolução da sociedade. José Levi Mello do Amaral Júnior destaca que Tocqueville chega a atribuir a própria existência do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos à possibilidade da revisão constitucional, como forma de não se conferir poder ilimitado aos juízes constitucionais.⁵⁴⁵ Vai sem dizer que a própria concepção positivista do direito, que não é apenas uma corrente da filosofia jurídica mas um movimento histórico verificado a partir da codificação⁵⁴⁶, pressupõe o direito como produto da vontade política e, portanto, passível de alteração.

A Constituição de 1988 prevê a possibilidade de alteração do seu conteúdo através das emendas constitucionais, que podem ser adotadas através de processo legislativo mais exigente. A Constituição previu também a figura das cláusulas pétreas no seu art. 60, §4º, estabelecendo assim limites materiais à reforma constitucional. As

⁵⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 615.

⁵⁴⁴ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 15.

⁵⁴⁵ 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. 8-9.

⁵⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006, p. 54.

cláusulas pétreas constituem sem dúvida fator de estabilidade do texto constitucional, impedindo que a reforma constitucional incida sobre determinados temas e cláusulas considerados de especial relevância, como a separação de poderes e os direitos e garantias individuais. Mas, por outro lado, podem ser vistas como causa de engessamento do texto constitucional e do sistema jurídico como um todo. Mesmo quanto ao quesito da estabilidade, José Carlos Francisco aponta o que considera um paradoxo das cláusulas pétreas, pois, impedindo a alteração, podem levar, diante da premência da mutação social, à própria ruptura da ordem constitucional.⁵⁴⁷

A existência das cláusulas pétreas deve preocupar os juristas brasileiros, quando se debate o ativismo judicial e a exacerbação da jurisdição constitucional. Elas são inegavelmente fator de incremento dos poderes da Corte Constitucional, que passa a controlar o próprio Poder Constituinte Derivado. Muitos autores veem na possibilidade de alteração do direito uma das formas de convivência entre a democracia e jurisdição, pois os poderes políticos poderão sempre, ao discordar de determinada orientação judicial, modificar o regramento legal, de maneira a influenciar ao menos as decisões futuras. O contexto do controle de constitucionalidade já torna por si só problemática essa possibilidade, pois a decisão tomada no controle de constitucionalidade, com base em parâmetros constitucionais, só poderia ser contrastada através do procedimento mais exigente da reforma constitucional.⁵⁴⁸

As cláusulas pétreas, pois, vêm acrescer a essa dificuldade: tornam imutáveis certos aspectos da Constituição, mas também a interpretação da Corte Constitucional que entenda que determinada questão cai sob o pálio dessas cláusulas. O STF vem exercendo normalmente o controle das emendas constitucionais, glosando-as muitas vezes por afronta às cláusulas pétreas. É invocada com mais frequência a cláusula pétrea dos “direitos e garantias individuais”, sendo de destacar que o Supremo lhe deu interpretação expansiva, conjugando-a com o art. 5º, §2º, da Constituição, de modo a abranger direitos que estejam estipulados ao longo do texto constitucional e mesmo eventualmente em tratados internacionais.⁵⁴⁹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende a possibilidade de alteração das cláusulas pétreas, através do procedimento que ficou conhecido na doutrina como “dupla

⁵⁴⁷ FRANCISCO, José Carlos. **Emendas constitucionais e limites flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 171.

⁵⁴⁸ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 8.

⁵⁴⁹ Exemplo: ADI 1805 MC, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 26/03/1998.

revisão”, concluindo que a ideia de sua intangibilidade não tem fundamento seguro, “*mesmo quando fruto do poder constituinte originário pois este não goza de uma ‘qualidade’ superior ao poder de que goza a representação popular.*”⁵⁵⁰ Na mesma linha, alerta que “*a limitação material do poder constituinte não é a regra, mas a exceção. Como tal há de ser interpretada restritivamente.*”⁵⁵¹

Dentro das preocupações que norteiam o presente trabalho, tememos que decisões a respeito das “grandes questões morais” acima referidas, os mencionados “desacordos morais razoáveis”, como o aborto ou a eutanásia, por envolver direitos e princípios consagrados no art. 5º, como a liberdade ou o direito à vida, sejam definitivamente subtraídos à deliberação democrática e popular.

Dessa forma, é salutar o aprofundamento do debate a respeito das cláusulas pétreas, notadamente em busca de alguma forma de abrandamento da rigidez dos limites materiais à reforma constitucional. Vão nesse sentido as conclusões de José Carlos Francisco no referido trabalho, em que, com base em relevante doutrina e experiência constitucional estrangeira, cogita da existência de um Poder Constituinte Híbrido ou Misto, capaz de se manifestar mesmo em relação às cláusulas pétreas, através de plebiscito, referendo ou outro modo de expressão da vontade popular.⁵⁵²

De se mencionar aqui igualmente a Proposta de Emenda Constitucional nº 33, que busca impor novos limites à atuação do STF no controle de constitucionalidade. Apesar de discordarmos dos quóruns propostos para a declaração de inconstitucionalidade, excessivos, estamos de acordo com o regramento proposto para as súmulas vinculantes.

Consideramos também relevante, a ensejar maior aprofundamento e discussão, o tratamento que a PEC 33 confere às decisões tomadas com base nas cláusulas pétreas, justamente por problematizar a relação entre democracia e jurisdição constitucional e enfatizar o referido aspecto da necessidade de alteração e adaptação do texto constitucional às mudanças sociais e à vontade das gerações vindouras. A proposta estabelece que a glosa de emendas constitucionais pelo STF, por inconstitucionalidade material, deve ser submetida à deliberação do Congresso em sessão conjunta que, por 3/5 dos votos, pode discordar da decisão judicial, caso em que “*deverá submeter a controvérsia à consulta popular*”. Estipular a consulta popular em todos os casos de glosa

⁵⁵⁰ 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.

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² FRANCISCO, José Carlos. **Emendas constitucionais e limites flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 172.

material das emendas talvez se mostre excessivo, pois decisões dessa natureza têm-se verificado num leque variado de matérias, inclusive tributária. A previsão poderia ser reduzida para abranger temas polêmicos, capazes de gerar incerteza política e moral, ou quando disserem respeito aos princípios fundamentais da República e aos direitos e garantias fundamentais previstos no Título II da Constituição.

Sobre as dificuldades do controle de constitucionalidade exercido sobre as emendas constitucionais, na sua relação com a questão democrática, parecem-nos bem lançadas as palavras do Ministro Luís Roberto Barroso em recente decisão:

A natureza aberta e vaga dos princípios protegidos pelas cláusulas de intangibilidade acaba conferindo às Cortes um poder enorme, que inclui a definição do próprio conteúdo do “núcleo essencial”, da “estrutura básica” ou da “identidade” da Constituição. Nesse sentido, para que possa ser conciliado com a democracia, o exercício dessa competência exige, mais do que uma interpretação restritiva dos princípios petrificados, uma postura de autocontenção das Cortes. Não se deve esquecer que as emendas à Constituição são aprovadas mediante um processo mais dificultoso, que normalmente exige a formação de amplas maiorias, de modo que desfrutam de alto grau de legitimidade democrática e presunção reforçada de constitucionalidade.⁵⁵³

3.3 Democracia, ceticismo e liberdade individual

A democracia, na sua própria concepção, é um reconhecimento dos limites do nosso saber e da nossa capacidade de convergir racionalmente em relação às questões da vida política e moral. À transcendência da verdade, substituímos a contingência do voto. Afirma Radbruch:

Porque o relativismo é o pressuposto lógico da Democracia e esta, se não aceita identificar-se com nenhuma determinada concepção política, é por se achar sempre disposta a deixar a direção do Estado àquela que tiver pelo seu lado a maioria dos cidadãos, visto não conhecer critério infalível para decidir da verdade das concepções políticas, nem admitir a possibilidade duma posição lógica acima dos partidos.⁵⁵⁴

As concepções racionalistas do mundo, quando importadas para a política, deixam pouco espaço para o debate e a deliberação. Sponville adverte contra os riscos de

⁵⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34.448/DF, medida cautelar, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

⁵⁵⁴ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 37. Também John Hart Ely assinala que, para os relativistas em matéria moral, a democracia “*é a reação institucional mais natural à ideia de que a certeza moral não existe.*” (ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 11)

fundir os campos do saber e do agir, da verdade e do valor. Além do rei-filósofo de Platão, aduz o autor que o marxismo, nas suas versões leninista e stalinista, também agregava as esferas do descritivo e do prescritivo:

Compreende-se que, cientificamente fundada, a ação não tem portanto por que se preocupar com a democracia: não se pode pôr a verdade em votação! De modo que o dogmatismo prático desemboca naturalmente, em Lênin (na prática) como já em Platão (na teoria), naquilo que hoje chamamos de totalitarismo.⁵⁵⁵

No campo político, o ceticismo tem muitas vezes embasado as formulações de pensadores conservadores e liberais contra doutrinas assentadas em verdades gerais sobre a natureza do homem e das sociedades. Nesse sentido, é patente o ceticismo de Burke em relação às formulações filosóficas dos revolucionários franceses. Também Tocqueville discorre sobre “*como, em meados do século XVIII, os homens de letras tornaram-se os principais homens políticos do país*”⁵⁵⁶, deplorando o caráter geral de suas formulações, feitas com o intuito de “*substituir regras simples e elementares extraídas da razão e da lei natural aos costumes complicados e tradicionais que regem a sociedade de seu tempo.*”⁵⁵⁷ E podemos vislumbrar na seguinte assertiva a mesma preocupação de Sponville em manter separados os domínios do saber e da política:

Quando estudamos a história da nossa revolução, vemos que foi conduzida precisamente no espírito que levou a escrever tantos livros abstratos sobre o governo: a mesma atração por teorias gerais, sistemas completos de legislação e uma simetria exata das leis; o mesmo desprezo para com os fatos existentes; a mesma confiança na teoria; o mesmo gosto do original, do ingenioso e do novo nas instituições; a mesma vontade de refazer a Constituição inteira em acordo com as regras da lógica e um plano único em vez de tentar emendá-la parcialmente. Espetáculo assustador! Pois o que é uma qualidade no escritor pode ser um vício no estadista e as mesmas coisas que fizeram belos livros podem levar a transformações inesperadas.⁵⁵⁸

Em sentido similar, Raymond Aron critica o que chama de uma interpretação objetivista do pensamento de Marx, que suporia um “*devir inteligível de ordem supraindividual.*”⁵⁵⁹ Também Keneth Minogue faz a crítica das ideologias e do marxismo em particular, como tendentes a abolir a própria política: “*as ideologias, em*

⁵⁵⁵ COMTE-SPONVILLE, André. **Valor e verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 40.

⁵⁵⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. São Paulo: Hucitec, 1989, p. 143.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 143.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 148. Cf. também: COUTINHO, João Pereira. **As ideias conservadoras explicadas a revolucionários e reacionários**. São Paulo: Três Estrelas, 2014, p. 36.

⁵⁵⁹ ARON, Raymond. **Les étapes de la pensée sociologique**. Paris: Gallimard, 1967, p. 179.

contraste com as doutrinas políticas, reivindicam uma verdade exclusiva. Elas explicam não apenas o mundo, mas as falsas crenças dos adversários também.”⁵⁶⁰

Já se destacou igualmente a proximidade do ceticismo, não com o pensamento conservador, mas agora com o pensamento liberal e democrático. John Christian Laursen destacou a afinidade entre ceticismo e liberalismo político. Com efeito, o cético teria pouca dificuldade em aderir a um sistema político governado por regras de procedimento neutras, enquanto rejeitaria a tirania por representar a redução da diversidade da vida comum ao desígnio onipotente de um único valor substantivo.^{561 562}

Assim, a democracia surge como o espaço de debate e embate entre os valores morais e políticos, que não podem ser postulados, rejeitados ou hierarquizados de forma racional. É verdade, contudo, que nas modernas democracias e Estados constitucionais nem todos os valores estão disponíveis da mesma maneira, justamente porque alguns foram alçados às constituições e, portanto, subtraídos à política ordinária; em casos como o nosso, de existência de limites materiais à reforma constitucional, com mais razão podemos dizer que a política não mais incide sobre certos princípios e regras constitucionais. Da mesma forma, a própria concepção de democracia, como muitos autores demonstraram, não é neutra em termos de valores substantivos, pois pressupõe alguns deles, como a liberdade, a igualdade e a dignidade do homem.

Aqui, de lembrarmos as duas vertentes já mencionadas que banharam o Estado moderno, filho das revoluções liberais. De um lado, o Iluminismo racionalista e um de seus aspectos, o jusnaturalismo, ao postular e estabelecer direitos naturais do homem, em seguida positivados; do outro a ênfase crescente na ideia de representação e participação política, como forma primordial de legitimação do poder. Os direitos individuais têm, pois, na sua origem uma formulação racional que não admite ceder frente

⁵⁶⁰ MINOGUE, Keneth. **Política: uma brevíssima introdução**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 126.

⁵⁶¹ *Apud* LESSA, Renato. Ceticismo, Ação Política e Mundo Público: Há uma Política Pirrônica? In: LESSA, Renato. **Veneno pirrônico e outros ensaios sobre o ceticismo**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1997, pp. 205-230.

⁵⁶² O corte epistemológico proposto no presente trabalho em relação às teorias do direito, tomando por base seu posicionamento quanto à forma de conhecimento dos valores, é por vezes feito também em relação às teorias políticas. Com efeito, o liberalismo político reivindica-se de certo ceticismo, para exigir do Estado neutralidade do ponto de vista axiológico, considerando ilegítimo que este adote uma determinada visão de "bem", pois a esfera valorativa estaria no âmbito da liberdade individual; o Estado só estaria legitimado a proibir ao indivíduo o que for prejudicial a outrem, conforme o *harm principle* de John Stuart Mill. Opõem-se ao liberalismo, nesse sentido, as doutrinas consideradas "perfectibilistas", que considerariam legítimo ao Estado abraçar determinadas bandeiras morais, adotando como fundamento uma crença no direito natural ou em valores consensuais, objetivos, etc. A polêmica entre liberais e comunitaristas no debate político diria respeito também a essa possibilidade, defendida pelos comunitaristas, de o Estado assumir um projeto ético.

às contingências da vontade política, e busca-se protegê-los do seu alcance. Do outro lado, a ideia de participação na formação do governo legítimo tende a repelir os conteúdos imutáveis e imunes à deliberação popular.

O conflito se traduziria nos dias de hoje na tensão entre a democracia e a jurisdição constitucional. Esta última tem a missão principal de resguardar os direitos fundamentais e o faz de forma inevitável exercendo o raciocínio ético, entendido o direito como uma empresa racional.⁵⁶³ Mas é preciso que ela evite a tendência objetivista de pressupor verdades e respostas corretas, derivando-as de princípios e cláusulas abertas que não apresentam densidade normativa suficiente para a decisão propriamente jurídica. A democracia fatalmente sairia perdendo se todas ou as principais questões que dividem a sociedade e geram oposição no campo dos valores pudessem ser resolvidas pela Corte Constitucional, sem a participação popular. No dizer de Zagrebelsky, para que Constituição não inviabilize a democracia, devemos estar atentos ao “*risco ‘holístico’ de asfixia política por saturação jurídica.*”⁵⁶⁴

A jurisdição constitucional, como demonstrado no item anterior, deve trabalhar com a ideia de limites da interpretação, deixando abertos espaços para que o legislador, através da deliberação democrática, contribua politicamente para a formação do ordenamento jurídico.⁵⁶⁵ Do contrário, ainda segundo Zagrebelsky, haveria o perigo de que “*o quadro dos princípios constitucionais venha cristalizado em detrimento da liberdade de apreciação política do legislador.*”⁵⁶⁶ Teríamos o risco de um excesso de “juridificação” e “constitucionalização” da vida política, e logo tenderíamos a um Estado mais constitucional, mas não mais um Estado constitucional democrático.⁵⁶⁷

Ponto relevante para a crítica que Waldron faz à revisão judicial é sua concepção sobre o direito de participação em todos os aspectos do governo democrático, um direito que estaria em pé de igualdade com os demais direitos fundamentais e não poderia ser minimizado ao postular-se que a defesa desses outros direitos deve ficar a cargo em última análise da Corte Constitucional. Os direitos de participação democrática ficam a seu ver seriamente afetados quando se transferem da legislatura para as cortes as decisões sobre a concepção e revisão dos princípios fundamentais,

⁵⁶³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 159.

⁵⁶⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 152.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 153.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 153.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 153.

[...] do povo e de suas instituições representativas, que se pode admitir imperfeitas, para um punhado de homens e mulheres supostamente sábios, estudiosos, virtuosos e de altos princípios que, pensa-se, são os únicos confiáveis para levar a sério essas grandes questões.⁵⁶⁸

Finalmente, uma outra afinidade, entre o ceticismo moral e a liberdade individual⁵⁶⁹, leva-nos a uma última consideração sobre os limites da jurisdição constitucional. Temos ao longo deste terceiro capítulo frisado os riscos de invasão pelo Judiciário dos domínios reservados à deliberação política. Mas a jurisdição moral pode dar-se em detrimento não só da política, mas da liberdade individual.⁵⁷⁰

A crítica das visões religiosas do mundo, a secularização deram-se com a criação de um espaço próprio de deliberação individual, que só fez crescer nos últimos séculos, atingindo recentemente patamares inéditos, sobretudo nas questões relativas à sexualidade e à moralidade individual em geral. A liberdade individual firma-se mais do que nunca como núcleo essencial dos Estados e sociedades modernas. Assim, coloca-se a questão de saber se, confrontado com matérias que tocam de perto a liberdade individual, como o aborto ou a eutanásia, o Judiciário deveria abster-se da decisão em prol da deliberação política, ou deveria atuar para garantir a liberdade. A nosso ver, a atuação em favor da liberdade seria mais aceitável do que uma cognição baseada no pressuposto objetivista, a admitir qualquer decisão; deixar a decisão na esfera individual é uma forma de reconhecer o desacordo moral, fazendo valer o princípio *in dubio pro libertate*. Contudo, os desacordos são tão amplos em determinadas matérias que a própria liberdade individual é questionada: a prática do aborto, para quem lhe é contrário, ultrapassaria os limites da liberdade, pois envolveria a vida de outrem, e bem assim em outros temas. Portanto, parece-nos mais coerente com nossa argumentação até aqui que nesses casos o Judiciário ceda mesmo o passo à deliberação política, deixando que o debate político suscite, ele próprio, a questão da liberdade.

De se destacar a preocupação de Ferrajoli com esse caráter *iliberal* do cognitivismo ético, pois tenderia ao absolutismo moral, à imposição dos valores tidos

⁵⁶⁸ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. Leitor Kindle, p. 213. (tradução nossa)

⁵⁶⁹ LESSA, Renato. **Veneno pírrônico e outros ensaios sobre o ceticismo**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1997, p. 224.

⁵⁷⁰ Tratei da questão no meu: Limites do direito diante da autonomia moral do indivíduo: os riscos do *máximo ético*. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, ano XXIV, n. 116, São Paulo, jan./mar. 2013, pp. 69-82.

como verdadeiros a toda a sociedade⁵⁷¹; 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.*”⁵⁷²

Ao terminar, queremos destacar mais uma vez o vínculo entre o ceticismo e a tolerância (ver 1.1.5), sendo certo que esta última é um aspecto fundamental da democracia. Afirmou Goethe, escrevendo a Reinnard em 22 de janeiro de 1811, depois de ler uma história comparada dos sistemas filosóficos:

Ao ler esta obra, compreendi de novo aquilo que o autor muito claramente exprime, isto é: as diversas maneiras de pensar acham afinal o seu fundamento na diversidade dos homens e por isso será sempre impossível criar neles convicções completamente uniformes. Se chegarmos a saber de que lado estamos, já conseguiremos bastante; poderemos então ficar tranquilos com a nossa consciência e seremos mais tolerantes para com os outros.⁵⁷³

Num mundo novamente dividido por questões religiosas e sectarismos de toda a sorte, acreditar nos nossos pontos de vista morais, sem lhes emprestar a qualidade de verdades objetivas, parece-nos o melhor caminho.

⁵⁷¹ Em sentido semelhante, cf. Cf. MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, n.º 58, novembro 2000, pp. 183-202.

⁵⁷² 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. 32.

⁵⁷³ *Apud* RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 59.

CONCLUSÕES

Partimos de uma tomada de posição no campo da filosofia moral ou da metaética, o não-cognitvismo 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-cognitvismo para repetir, com cétricos 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, Andytyas 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. **Ensaio**. 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: biografia 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, Keneth 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.