

INTRODUÇÃO

Os juízes realizam a leitura moral dworkiniana da Constituição quando interpretam os princípios abstratos da carta maior levando em conta a ideia de igual respeito e consideração para com todos os indivíduos. Essa leitura se dá, segundo Dworkin, com lastro na sua Teoria da Integridade.

Porém, contemporaneamente, o Constitucionalismo Político de Jeremy Waldron vem desferindo críticas severas em relação à atuação dos juízes sobre questões de moralidade política. Desse modo, Waldron trata a objetividade da moral como algo irrelevante, considerando as divergências na sociedade (e entre os próprios juízes) como reveladoras da ilegitimidade da interpretação judicial sobre moralidade política.

Esse debate é o foco do presente artigo.

A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO

No atual estágio da Teoria do Direito, as chamadas teorias argumentativas vêm ganhando cada vez mais destaque no cenário jurídico (não sem divergências, como se verá no último tópico deste artigo). Tal fenômeno é explicado por Thomas Bustamante com lastro em Robert Alexy:

“A ideia de Democracia deixa de ser vista como apenas um sistema que contém ‘não mais que um processo de tomada de decisão centrado na ideia de eleição e da regra majoritária’ [Alexy, 2005-a: 579], mas passa a ser estendida para compreender também os processos argumentativos que ocorrem no interior das instâncias de tomada de decisão. Daí, ‘uma concepção adequada de democracia deve compreender não apenas a decisão, mas a argumentação. A inclusão da argumentação na democracia torna esta deliberativa’ [ibidem]. A forma de se legitimar as decisões no novo paradigma que Alexy descreve como ‘Constitucionalismo discursivo’ [idem: 581], não é apenas através da fonte ou da autoridade que a prolatou, mas também por meio de uma justificação racional – e, portanto, correta em sentido jurídico-moral – da própria decisão e dos juízos de valor e escolhas éticas que se realizam junto a ela.” (BUSTAMANTE, 2012, p. 37-38)

Nesse contexto, (notadamente após a filosofia de Herbert Hart), de acordo com Thomas Bustamante, a moralidade passou a ocupar papel fundamental na análise do Direito. Assim, a filosofia jurídica deixou de compreender o Direito a partir da perspectiva externa de observação de padrões de regularidade - como era no Positivismo Jurídico¹ – e passou a analisá-lo sob o ponto de vista interno de quem aplica e deve obediência às normas jurídicas. (BUSTAMANTE, 2012, p. 250-251). Por isso, Thomas Bustamante destaca a importância da moralidade para o entendimento e a legitimidade do Direito:

“Parece mais plausível que, apesar de Direito e Moral poderem ser conceitualmente diferenciados, haja uma mútua dependência entre ambos. A Moral necessita do Direito para superar sua indeterminação cognitiva; e o Direito necessita da moral para legitimar suas decisões.” (BUSTAMANTE, 2012, p. 251)

Assim, o Direito Constitucional contemporâneo, chamado por muitos de “neoconstitucionalismo”², incorporou a moralidade como um de seus traços constitutivos. Segundo Bernardo Fernandes:

¹ Vale notar que o Positivismo Jurídico se reinventou contemporaneamente, de modo que muitas das críticas ao Positivismo, em geral, não se encaixam à sua nova fase (especialmente o Positivismo Normativo), como reconhece Thomas Bustamante em trabalho mais recente. Ver: BUSTAMANTE, Thomas. *A Breve História do Positivismo Descritivo. O que resta do Positivismo Jurídico depois de H.L.A. Hart?* Revista Novos Estudos Jurídicos, 2015. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204/4100>> Acesso em: 05 de Agosto de 2015.

² “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender **uma leitura moral do Direito**, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.” (BARROSO, 2007, p. 5-6, grifo nosso)

Nesse ponto, interessante frisar a observação de Gilmar Mendes, para o qual, um dos marcos do novo constitucionalismo seria a presença de “- **mais juizes do que legisladores** -”, a sinalizar para o reconhecimento dos julgadores como legítimos criadores do direito, e não como reveladores de uma suposta e infundável vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, obviamente não resolveriam os problemas suscitados pela convivência humana.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 127, grifo nosso)

“Com isso, podemos afirmar que as perspectivas neoconstitucionais (embora não sem divergências) se enveredam resumidamente pelas seguintes teses: [...] d) reaproximação entre o direito e a moral (para alguns doutrinadores: um ‘moralismo jurídico’ ou uma **‘leitura moral da constituição’** que se traduz numa nova relação entre o direito e a moral [...] com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos;” (FERNANDES, 2014, p. 61, grifo nosso)

No mesmo sentido, Dworkin defende uma “leitura moral da Constituição”³, pelo Judiciário, quanto às questões relativas aos princípios individuais abstratos da carta maior. A ideia basilar dessa interpretação judicial da Constituição é assegurar igual respeito e consideração para todos os indivíduos tutelados pelo Estado:

*“government must treat all those subject to its dominion as having equal moral and political status; it must attempt, in good faith, to treat them all with equal concern; and it must respect whatever individual freedoms are indispensable to those ends, including but not limited to the freedoms more specifically designated in the document, such as the freedom of speech and religion. [...] The moral reading is a strategy for lawyers and judges acting in good faith, which is all any interpretive strategy can be.”*⁴ (DWORKIN, 1996, p. 7-11)

Entretanto, apesar de se referir especificamente à Constituição dos Estados Unidos, a leitura moral proposta por Dworkin apresenta um caráter geral e, por isso, tem sido utilizada como parâmetro hermenêutico, também, para a interpretação de outras Constituições democráticas, como é o caso da brasileira.

Portanto, considerando-se a expansão da jurisdição constitucional, mais especificamente quanto à leitura moral da Constituição feita pelos juízes (como defende Ronald Dworkin),

³ Porém, Dworkin (1996, p. 8) esclarece que essa leitura moral não se aplica a todos os casos que envolvem a interpretação da Constituição. Isso porque, conforme explica o autor, a Constituição americana possui cláusulas que não são propriamente abstratas, nem são esboçadas na linguagem de princípios morais, como, por exemplo, a previsão da idade mínima de 35 anos para Presidente da República ou a proibição de se alocar soldados nas casas dos civis em tempos de paz. Talvez a diferença se deva, nesses casos, por se tratar de regras jurídicas e não estritamente de princípios jurídicos, que possuem uma carga de abstração maior.

⁴ “O governo deve tratar todos os sujeitos sob seu domínio como tendo igual *status* político e moral; deve tentar, de boa-fé, tratar todos com igual consideração e deve respeitar todas as liberdades individuais indispensáveis para esses fins, incluindo, mas não se limitando às liberdades especificamente designadas no documento, tais como a liberdade de expressão e de religião. [...] A leitura moral é uma estratégia para juristas e juízes agindo de boa-fé, o que qualquer estratégia interpretativa pode ser” (DWORKIN, 1996, p.7-11, tradução livre).

verificar-se-á, a seguir, como esta se dá, hermeneuticamente, segundo a teoria da Integridade do jurista norte-americano: “*constitutional interpretation is disciplined, under the moral reading, by the requirement of constitutional integrity*”⁵ (DWORKIN, 1996, p. 10).

A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Em sua obra “O Império do Direito”, publicado em 1986, Dworkin discorre sobre a necessidade e o modo de se interpretar, moralmente, a prática jurídica de maneira íntegra. Assim, para ele, a visão do intérprete do Direito – que não deve se confundir com a visão pessoal do juiz, pois, segundo Dworkin, trata-se de uma análise dos princípios em dada comunidade - deve conciliar interesses voltados tanto para o passado quanto para o futuro, interpretando a “prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento” (DWORKIN, 2007, p. 271).

Para Dworkin, é visível a fragilidade hermenêutica do Convencionalismo Jurídico diante dos casos difíceis. Seu direito baseado somente no que já foi decidido no passado nunca é completo o suficiente para abarcar a incomensurável quantidade de novos casos que surgem a cada dia. No Convencionalismo, “*a judge must find some other kind of justification beyond law’s warrant, beyond any requirement of consistency with decisions made in the past, to support what he then does.*”⁶ (DWORKIN, 1986, p. 115)

O Pragmatismo, por sua vez, também é veementemente refutado pela Teoria da Integridade pelo fato de incentivar o decisionismo judicial:

“It encourages judges to decide and act on their own views. It supposes that this practice will serve the community better – bring it closer to what really is a fair and just and

⁵ “a interpretação constitucional é disciplinada, sob a leitura moral, pela exigência de integridade constitucional”. (DWORKIN, 1996, p. 10, tradução livre)

⁶ “Um juiz deve encontrar algum outro tipo de justificação além da garantia do Direito, além de qualquer exigência de consistência com as decisões tomadas no passado, para apoiar o que ele então faz” (DWORKIN, 1986, p. 115, tradução livre)

happy society – than any alternative programs that demands consistency with decisions already made by other judges or by the legislature.”⁷ (DWORKIN, 1986, p. 152)

A prática interpretativa do Direito não deve se lastrear em aspectos meramente políticos, nem por isso deve ignorar a capacidade natural de o Direito se desenvolver:

“Law as integrity deplors the mechanism of the older ‘law is law’ view as well as the cynicism of the newer ‘realism’. It sees both views as rooted in the same false dichotomy of finding and inventing law. When a judge declares that a particular principle is instinct in law, he reports not a simple-minded claim about the motives of past statesman, a claim a wise cynic can easily refute, but an interpretive proposal: that the principle both fits and justifies some complex part of legal practice, that it provides an attractive way to see, in the structure of that practice, the consistency of principle integrity requires.” (DWORKIN, 1986, p. 228)⁸

Dworkin prossegue em seu raciocínio, utilizando-se da metáfora do “romance em cadeia”, para explicar que o intérprete do Direito se assemelha a um romancista que recebe a incumbência de escrever um capítulo de um livro, já iniciado por outras pessoas. Logo, para que a interpretação seja a mais adequada, deve-se considerar o que já foi escrito e, ao mesmo tempo, desenvolver o romance (DWORKIN, 2007, p. 275).

Por isso, “exige-se do jurista prático portar-se como se houvesse uma única resposta correta, buscar sempre a melhor resposta possível, em cada novo caso concreto para o problema jurídico que se põe” (BUSTAMANTE, 2012, p. 138). Assim, a resposta correta a ser dada pelo intérprete não é absoluta nem permanente. Pelo contrário, é precária e momentânea, pela própria tendência natural de sempre melhorar a interpretação, que é argumentativa e construtiva. Senão, vejamos a advertência feita por Dworkin:

⁷ “Ele encoraja os juízes a decidir e atuar com as suas próprias visões. Supõe-se que essa prática servirá melhor a comunidade – trazê-la mais perto do que realmente é uma sociedade justa, equânime e feliz – do que qualquer programa alternativo que demanda consistência com as decisões já tomadas por outros juízes ou pelos legisladores.” (DWORKIN, 1986, p. 152, tradução livre)

⁸ “O Direito como integridade deplora o mecanismo da antiga visão de que ‘Direito é Direito’, bem como o cinismo do novo ‘realismo’. Considera essas duas visões como enraizadas na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar o Direito. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no Direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas, sim, uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência do princípio que a integridade requer.” (DWORKIN, 1986, p. 228, tradução livre)

“We must not suppose that his answers to the various questions he encounters define law as integrity as a general conception of law. They are the answers I now think best. But law as integrity consists in an approach, in questions rather than answers, and other lawyers and judges who accept it would give different answers from his to the questions it asks. You might think other answers would be better. (So might I, after further thought).” (DWORKIN, 1986, p. 239)⁹

A Teoria da Integridade tenta combater o decisionismo, o subjetivismo e a arbitrariedade judiciais. A Integridade se contrapõe aos pontos de vista do Realismo (Pragmatismo) e do Positivismo Jurídico (Convencionalismo), que, diante dos “casos difíceis”, deixam os juízes sem substrato jurídico para decidir.

Como adverte Ricardo Salgado, com amparo na hermenêutica fenomenológica de Heidegger, o intérprete, por encontrar-se inserido necessariamente no mundo dos fatos, não pode exercer uma interpretação metafísica de modo a se desvencilhar de suas pré-compreensões:

“Portanto, pode-se dizer, com HEIDEGGER, que, justamente por estar-no-mundo, não há a possibilidade de neutralidade interpretativa, pois este próprio mundo oferece ao ser-á as possibilidades de realizar o seu projeto existencial. (SALGADO; OLIVEIRA, 2014, p.17)

Porém, o fato de as pré-compreensões, inevitavelmente, influenciarem na interpretação não significa que o intérprete não deva pô-las à prova. De acordo com Bernardo Fernandes (2014, p. 197-198), a Teoria da Integridade se apresenta em intertextualidade com Gadamer. Desse modo, o juiz deve por em dúvida suas pré-compreensões, numa interpretação que se pretende alheia à discricionariedade pessoal:

⁹ “Não devemos supor que suas respostas às várias questões que se lhe apresentam definem o direito como integridade como uma concepção geral do direito. São as respostas que, no momento, me parecem as melhores. Mas o direito como integridade consiste numa abordagem, em perguntas mais que em respostas, e outros juristas e juízes que o aceitam dariam respostas diferentes das dele às perguntas colocadas por essa concepção de direito. Você poderia achar que outras respostas seriam melhores (eu também, depois de alguma reflexão).” (DWORKIN, 2007, p. 287)

“Na verdade, o horizonte do presente está em processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a por à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da qual nós mesmos precedemos. O horizonte do presente não se forma à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes a serem ganhos. Antes, *compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos*. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.” (GADAMER, 1999, p. 457)

Além disso, notam Ricardo Salgado e Paulo César de Oliveira (2014, p. 2) que a teoria argumentativa de Dworkin se insere no contexto do giro linguístico ou pragmático do século XX¹⁰, que possibilitou a superação da dicotomia sujeito-objeto. Logo, para os referidos autores, “quem pensa a linguagem, já sempre se movimenta em um para além da subjetividade” (SALGADO, 2008, p. 66-67 *apud* SALGADO; OLIVEIRA, 2014, p.4). No mesmo sentido, propugna Bernardo Fernandes:

“Quando Dworkin cunha a **metáfora de Hércules** (um superjuiz com conhecimento e paciência sobre-humanas) na realidade o que deseja é traçar as linhas das posturas de alguém comprometido com uma **teoria hermenêutica condizente com o giro linguístico, capaz de por em dúvida suas pré-compreensões, bem como realizar o movimento da fusão de horizontes, atualizando o texto ao contexto do intérprete, mas sem perder de vista que o texto, como obra que é, é fruto de uma construção de sentido coletiva que ultrapassa a vontade e os desejos de seu criador.**” (FERNANDES, 2014, p. 197-198, grifos do autor)

¹⁰ “O processo de reflexividade iniciado com a pergunta transcendental moderna desembocou, hoje, na pergunta pela linguagem como instância intranscendível da expressividade do mundo. A reviravolta linguística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infraestrutura linguística. É nesse sentido que K.-O. Apel vai dizer que a Filosofia Primeira não é mais a pesquisa a respeito da natureza ou das essências das coisas ou dos entes (ontologia), nem tampouco a reflexão sobre as representações ou conceitos da consciência ou da razão (teoria do conhecimento), mas reflexão sobre a significação ou o sentido das expressões linguísticas (análise da linguagem). A superação da metafísica clássica implica, hoje, a tematização não só da mediação consciencial, como se fez na filosofia transcendental da modernidade enquanto filosofia da consciência, mas também da mediação linguística.” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo. Reviravolta..., cit., p. 13-14 *apud* SALGADO; OLIVEIRA, 2014, p. 3)

Bernardo Fernandes defende que a teoria argumentativa da Integridade, ilustrada, entre outras, pela metáfora do juiz Hércules, exige, do intérprete que a aceita, o compromisso de questionar suas pré-compreensões, numa interpretação coerente em princípios, levando em conta o passado, presente e futuro de certa comunidade:

“Para o jurista e filósofo norte-americano, [...] **o direito deve ser lido** como parte de um empreendimento coletivo e compartilhado por toda a sociedade. Os direitos, assim, seriam frutos da história e da moralidade, no sentido de que observam uma construção histórico-institucional a partir do compartilhamento, em uma mesma sociedade, de um mesmo conjunto de princípios e o reconhecimento de iguais direitos e liberdades subjetivas a todos os seus membros (**comunidade de princípios**). Isso implica reconhecer que todos que pertencem a uma mesma sociedade necessariamente compartilham de um mesmo conjunto de direitos e deveres básicos; direito inclusive de participar da construção e da atribuição de sentido a esses direitos, seja na seara do Poder Legislativo, seja na seara do Poder Judiciário.” (FERNANDES, 2014, p. 195-196, grifos do autor)

Portanto, para Bernardo Fernandes (2014, p. 197-198) a Integridade, que lastreia a leitura moral da Constituição (com a ideia de igual respeito e consideração para com todos os cidadãos) proposta por Dworkin, não instiga análises personalíssimas do Direito. Porém, observa Jeremy Waldron que, mesmo em matéria de princípios, os juristas discordam. Por isso, considera irrelevante a questão da objetividade moral, pois a decisão do juiz sobre questões morais, de uma forma ou de outra, para ele, seria arbitrária. (WALDRON, 1999, p. 192). Este raciocínio se desenvolverá a seguir.

A IRRELEVÂNCIA DA “OBJETIVIDADE MORAL” PARA WALDRON

Jeremy Waldron explica que o Positivismo Jurídico nega qualquer conexão necessária entre o Direito e a moralidade, e essa negação pode ser pensada para ser um desejo de isolar a objetividade da lei da falta de objetividade que os anti-realistas associam com julgamentos morais sobre justiça (WALDRON, 1999, p. 165). Assim, para os positivistas (e ele pode ser considerado um), em geral, o ato de legislar já implica na observação da moralidade, “*and once a legal rule*

has been enacted by the legislature, no further exercise of moral judgment is required for its identification, interpretation or application.”¹¹ (WALDRON, 1999, p. 166)

Para Waldron (1999, p. 169), se os juízes deliberarem sobre moralidade política, haverá clara arbitrariedade na interpretação: *“If an individual’s moral judgment is just the idiosyncratic expression of his attitude, then it is unpredictable, unreasoned and lacks authority; in a word, it is arbitrary.”*¹² (WALDRON, 1999, p. 169).

Por outro lado, para Dworkin, a leitura moral da Constituição, baseada na Integridade, refuta a aplicação das convicções pessoais dos juízes na interpretação:

*“Judges may not read their own convictions into the Constitution. They may not read the abstract moral clauses as expressing any particular moral judgment, no matter how much that judgment appeals to them, unless they find it consistent in principle with the structural design of the constitution as a whole, and also with the dominant lines of past constitutional interpretation by other judges. They must regard themselves as partners with other officials, past and future, who together elaborate a coherent constitutional morality, and they must take care to see that what they contribute fits with the rest.”*¹³ (DWORKIN, 1996, p.10)

Para não deixar dúvidas, Dworkin exemplifica seu raciocínio dizendo que mesmo que um juiz acredite que a justiça abstrata requeira igualdade econômica, ele não poderia interpretar a cláusula de igual proteção como igualdade de riquezas ou propriedade coletiva de recursos produtivos, porque essa interpretação não se encaixaria na história ou prática norte-americana, ou no resto da Constituição. (DWORKIN, 1996, p. 11)

Aliás, Dworkin (2001, p. 257) não vê interesse algum em encontrar argumentos gerais no sentido de que haja objetividade em julgamentos sobre questões morais, políticas ou jurídicas.

¹¹ “e desde que uma regra jurídica tenha sido editada pelo Legislativo, nenhum exercício posterior de julgamento moral é requerido para sua identificação, interpretação ou aplicação.” (WALDRON, 1999, p. 166, tradução livre)

¹² “Se um julgamento moral de um indivíduo é apenas a expressão idiossincrática de sua postura, então é imprevisível, desarrazoado e falta autoridade; em uma palavra, é arbitrário” (WALDRON, 1999, p. 169, tradução livre)

¹³ “Os juízes não devem interpretar a Constituição com base em suas próprias convicções. Eles não devem ler as cláusulas morais abstratas como expressando qualquer julgamento moral particular, não importa quanto esse julgamento os atraia, a não ser que eles o achem consistente em princípio com o desenho estrutural da Constituição como um todo, e também com as linhas dominantes da interpretação constitucional passada feita por outros juízes. Eles devem se considerar como parceiros de outros oficiais, passados e futuros, que juntos elaboram uma moralidade constitucional coerente, e eles devem se assegurar de que a sua contribuição se encaixe com o resto.” (DWORKIN, 1996, p. 10, tradução livre)

Para ele, qualquer argumento sobre a objetividade de julgamentos morais é um argumento moral, assim como, qualquer argumento sobre julgamentos interpretativos é um argumento interpretativo. O autor aduz que a interpretação não pode ser feita por fora da prática, mas, necessariamente, dentro dela.

Dworkin dá o seguinte exemplo: é possível dizer que a escravidão é algo objetivamente injusto? Mesmo que se considere a escravidão injusta, que isso não é somente uma opinião pessoal, que todos deveriam compartilhar desse entendimento, que há razões para se pensar dessa forma, ainda assim, não se poderia dizer que a injustiça da escravidão é componente dos dados do universo. (DWORKIN, 2001, p. 260). Em outros termos, seja a resposta positiva ou negativa, necessariamente estará permeada por um argumento moral e não representará algo que exista no universo por si só, objetivamente. Por isso, Dworkin explica:

“Penso que o problema da objetividade, tal como geralmente colocado, é um embuste, pois a própria distinção que poderia dar-lhe significado, a distinção entre argumentos substantivos nas práticas sociais, e argumentos céticos sobre práticas sociais, é falsa. [...] Disse que a questão do que ‘independência’ e ‘realidade’ constituem, para qualquer prática, é **uma questão dentro dessa prática**, de modo que se os julgamentos morais podem ser objetivos é, por si só, moral, e a questão de se existe subjetividade na interpretação é, por si só, interpretativa. Isso ameaça tornar o ceticismo não inevitável, mas impossível.” (DWORKIN, 2001, p. 262-263, grifo nosso)

Nesse ponto, Waldron também considera irrelevante a questão da objetividade moral, embora para chegar a uma conclusão distinta da apresentada por Dworkin: “*The sense of ‘objectivity’ I mean is the sense invoked when people claim that some moral judgments are objectively true, while others are objectively false.*”¹⁴ (WALDRON, 1999, p. 164). Assim, afirma o teórico, que a questão da objetividade na moral é desimportante, pois haverá arbitrariedade, de uma forma ou de outra, se os juízes impuserem sua consideração moral para as partes. (WALDRON, 1999, p. 192)

¹⁴ “O sentido de objetividade que eu quero dizer é o sentido invocado quando as pessoas defendem que certos julgamentos morais são objetivamente verdadeiros, enquanto outros são objetivamente falsos”. (WALDRON, 1999, p. 164, tradução livre)

Continuando seu raciocínio, para além da questão da objetividade da moral, Waldron identifica o problema da arbitrariedade da decisão judicial baseada na moralidade, que se poderia afirmar, segundo a moderna Teoria do Direito, como imprevisível e desarrazoada:

*“We may know that the judge is going to reason morally (by his own lights) but not know what his moral framework will be. Or even if we do know that he is, say, a utilitarian, we may be unable to predict his decision because we do not know enough about his reasoning powers or about the information available to him.”*¹⁵(WALDRON, 1999, p. 168)

Waldron ainda destaca que se poderia alegar, inclusive, a existência de tal arbitrariedade para o direito constitucional americano (seja a moral considerada objetiva ou não), no sentido de falta de legitimidade política, mesmo que as decisões judiciais sejam as mais razoáveis e previsíveis possíveis:

*“Some feel that even if judges are making moral decisions as reasonably as predictably as they can, still their decisions lack political legitimacy. It is for the people or the legislators they have elected to make that sort of decision; it is not for the judges to take the determination of social principle and social value into their own hands. In this democratic sense, ‘arbitrary’ means something like ‘without authority or legitimacy’.”*¹⁶(WALDRON, 1999, p. 168)

No entanto, mesmo sem se referir expressamente a Dworkin, Waldron critica a “tese da resposta correta”, por entender que haveria arbitrariedade (imprevisibilidade, falta de razão e ilegitimidade política) na decisão, quando os juízes julgam com base em critérios de moralidade política:

¹⁵ “Nós podemos saber que o juiz vai fundamentar moralmente (por suas próprias visões), mas não saberemos qual será sua posição moral. Ou mesmo que saibamos que ele é, digamos, um utilitarista, nós seremos incapazes de prever sua decisão porque não sabemos o suficiente sobre seus poderes de argumentação ou sobre a informação disponível a ele”. (WALDRON, 1999, p. 168, tradução livre)

¹⁶ “Alguns acham que mesmo que os juízes estejam fazendo as decisões morais tão razoáveis e tão previsíveis quanto eles podem, ainda assim, suas decisões seriam ilegítimas politicamente. Cabe ao povo ou aos legisladores eleitos fazer esse tipo de decisão; não cabe aos juízes tomar a determinação de princípio social e valor social em suas próprias mãos. Nesse sentido democrático, ‘arbitrário’ significa algo como ‘sem autoridade ou legitimidade’.” (WALDRON, 1999, p. 168, tradução livre)

*“Different judges will reach different results even when they all take themselves to be pursuing the right answer, and nothing about the ontology of rights answers gives any of them a reason for thinking his own view is any more correct than any other.”*¹⁷
(WALDRON, 1999, p. 187)

Ademais, Waldron ainda considera plausível o argumento anti-realista no sentido de que existem grandes desavenças sobre questões morais (éticas, valores, princípios) e, mais ainda, de que não há consenso sobre como resolvê-las. Para Waldron, não está claro que o lugar ideal de deliberação constitucional é o Poder Judiciário, considerando tantas desavenças de boa-fé sobre questões importantes na sociedade:

*“People disagree about the publication of opinion polls, about free speech in shopping malls, about the influence of special interest groups and political action committees, and about the public’s interest in the internal workings of political parties. They disagree too about such topics, as hacking, hate speech, ethnic representation, criminal defamation, and the concept of sedition, insurrection and subversion. [...] In some countries, effective decisions on constitutional structure may be made by parliaments, and of course the parliamentarians disagree among themselves as to what is desirable. [...] In other countries they are made by popular vote on referendums, and it turns out, predictably, that the people disagree as well. Even in countries like the United States where the political culture entrusts these issues largely to the courts, the justices are seldom unanimous. It turns out that the judges disagree as much as anyone else – and disagree reasonably and in good faith – about the nature of their constitutional stewardship and the commitments of principle which that stewardship is supposed to embody.”*¹⁸ (WALDRON, 1999, p. 279-280)

¹⁷ “Juízes diferentes alcançaram resultados diversos mesmo quando todos eles acreditam estar em busca da resposta correta, e nada sobre a ontologia das respostas corretas dá a qualquer deles uma razão para pensar que suas próprias visões são mais corretas do que quaisquer outras”. (WALDRON, 1999, p. 187, tradução livre)

¹⁸ “As pessoas discordam sobre a publicação de pesquisas de opinião, sobre liberdade de expressão em shoppings, sobre a influência de grupos de interesses especiais e comitês de ação política [...] sobre discurso de ódio, representação étnica. [...] Em alguns países, decisões efetivas sobre a estrutura constitucional podem ser tomadas pelas estruturas parlamentares, e, é claro, os parlamentares discordam entre eles sobre o que é desejável. [...] Em outros países, essas decisões são tomadas pelo voto popular, em referendos, e acontece, previsivelmente, que as pessoas discordam entre si também. Até mesmo em países como os Estados Unidos, onde a cultura política confia essas questões amplamente às Cortes, os juízes raramente são unânimes. De fato, os juízes discordam tanto quanto qualquer um – e discordam razoavelmente e de boa-fé – sobre a natureza de sua posição de guardião dos valores constitucionais e sobre os compromentimentos de princípio que essa ‘posição’ supostamente deve incorporar.”¹⁸
(WALDRON, 1999, p. 279-280, tradução livre)

Em seguida, questiona-se como poderia haver objetividade em assuntos tão controversos: “*Given what morality is and what it is for (given the sort of fact it must be, if it is a matter of fact), how could there be objective truth and falsity certified by the way the world is, and yet so much disagreement?*”¹⁹ (WALDRON, 1999, p. 177)

Nesse sentido, Waldron conclui que, mesmo que haja objetividade na moral, como afirmam os realistas morais, os juízes imporiam suas visões pessoais sobre moralidade às partes litigantes:

*“Even if Scepticism is rejected, even if there are moral facts which make true judgments true and false judgments false, still **the best a judge can do is to impose his opinion about such facts on the hapless litigants who come before him.** They will have beliefs and opinions of their own about the matter, and even if they too become card-carrying moral realists they will continue to ask why the judge’s view of the moral facts should prevail over others. The truth of moral realism (if it is true) does not validate any particular person’s or any particular judges moral beliefs. At best, it alters our understanding of the character of a moral disagreement without moving us any closer to an understanding of who is right and who is wrong.”*²⁰ (WALDRON, 1999, 181, grifo nosso)

Assim, justamente por considerar que os juízes discordam entre si tanto quanto quaisquer outros cidadãos, Waldron vê certo déficit de democraticidade na deliberação pelas Cortes Constitucionais. Por isso, pergunta-se por que a deliberação dos juízes seria democraticamente – e até epistemologicamente – melhor do que a decisão do próprio povo ou de seus representantes eleitos, se nem os próprios juízes (colocados como detentores da resposta de razão) conseguem encontrar a “única resposta correta”?

¹⁹ “Considerando o que a moralidade é e para que ela é (dado que o fato de que ela deve ser, se é de fato), como poderia haver verdade e falsidade objetiva certificados pelo jeito que o mundo é, e mesmo assim tanta desavença?” (WALDRON, 1999, P. 177, tradução livre).

²⁰ “Mesmo que o Ceticismo seja rejeitado, mesmo que haja fatos morais que fazem verdadeiros julgamentos verdadeiros e falsos julgamentos falsos, ainda assim o melhor que um juiz pode fazer é impor sua opinião a respeito de tais fatos sobre os infelizes litigantes que vem até ele. Eles terão crenças e opiniões próprias sobre a questão, e mesmo que eles se tornem realistas morais de carteirinha, eles continuarão a perguntar por que a visão do juiz sobre fatos morais deve prevalecer sobre a dos outros. A verdade do Realismo Moral (se ele é verdadeiro) não valida qualquer convicção moral particular de alguma pessoa ou dos juízes. Na melhor das hipóteses, ela altera nosso entendimento sobre o caráter de um desacordo moral sem nos mover para nada perto de um entendimento sobre quem está certo e quem está errado.” (WALDRON, 1999, p. 181, tradução livre)

Por fim, em resumo, para Dworkin, a leitura moral da Constituição, a ser feita pelos juízes, não se traduz em respostas de mera opinião pessoal (subjetivismos), já que se trata de uma análise de princípios. Porém, observa Jeremy Waldron que, até em matéria de princípios, há divergências entre os juristas. Por isso, Waldron considera a questão da objetividade na moral irrelevante, pois haverá arbitrariedade, de uma forma ou de outra, se os juízes impuserem sua consideração moral para as partes. (WALDRON, 1999, p. 192)

Em alternativa, considerando as divergências morais, políticas, e, inclusive, jurídicas, numa sociedade, Waldron apresenta as vantagens da participação popular na construção do sentido da Constituição, através da “regra da maioria” (do povo), sob a base filosófica do constitucionalismo político:

“Better than any other rule, MD is neutral as between the contested outcomes, treats participants equally, and gives each expressed opinion the greatest weight possible compatible with giving equal weight to all opinions. When we disagree about the desired outcome, when we do not want to bias the matter up-front one way or another, and when each of the relevant participants has a moral claim to be treated as an equal in the process, then MD –or something like it-is the principle to use.”²¹ (WALDRON, 2006, p. 1388)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a leitura moral da Constituição, proposta por Dworkin, leva em conta a ideia de igual respeito e consideração para com todos, procurando sintonia com a chamada fase neoconstitucionalista. Porém, o fato de os juízes decidirem sobre questões de moralidade política previstas abstratamente na Constituição provoca sérias críticas de teóricos contemporâneos, considerando a questão da legitimidade das decisões num Estado que almeje se considerar democrático.

²¹ “Melhor do que qualquer outra regra, a ‘decisão por maioria’ é neutra entre os resultados contestados, trata os participantes igualmente, e dá a cada opinião expressa o maior peso possível compatível com dar o mesmo peso para todas as opiniões. Quando nós discordamos sobre o resultado desejado, quando não queremos influenciar a questão de antemão de um jeito ou de outro, e quando cada um dos participantes relevantes tem uma pretensão moral a ser tratada de forma igual no processo, então a ‘decisão por maioria’ – ou algo parecido – é o princípio a se usar” (WALDRON, 2006, P. 1388)

Nesse contexto, Dworkin usa a Teoria da Integridade como lastro, e nega, expressamente, que sua proposta incentive análises personalíssimas pelos juízes a respeito de princípios abstratos da Constituição. Segundo se observou, o subjetivismo hermenêutico é justamente o que a Integridade busca rechaçar quando considera o Convencionalismo e o Pragmatismo Jurídico equivocados ao deixar os juízes livres para decidir nos casos difíceis.

Em seguida, notou-se que Dworkin e Waldron concordam sobre a irrelevância da objetividade moral, porém, para chegar a conclusões completamente opostas. Waldron considera que decisões judiciais sobre questões morais seriam arbitrárias (imprevisíveis, desarrazoadas e ilegítimas politicamente), seja a moralidade considerada objetiva ou não. Isso porque, segundo ele, diante de tantas desavenças morais, políticas e jurídicas dentro da sociedade e entre os próprios juízes, não se encontra na ontologia das “respostas corretas”, alguma confirmação de que a visão do juiz, mesmo que fosse a mais previsível e razoável possível, seja mais correta do que qualquer outra visão (do cidadão comum, por exemplo), quanto à moralidade. Por isso, considerando, além de outras coisas, que os juízes não possuem representatividade democrática, Waldron destaca a ilegitimidade das decisões judiciais sobre moral, ao contrário de Dworkin que defende a incorporação de visões de moralidade política pelos juízes como algo que, além de inevitável, é requisito para uma boa aplicação do Direito.

Enfim, atualmente, a teoria de Dworkin, sobre a leitura moral da Constituição, encontra várias críticas contundentes de Waldron e do Constitucionalismo Político, o que evidencia que a questão sobre a legitimidade das decisões sobre moralidade política, relativas a princípios abstratos da Constituição, no Estado Democrático de Direito, ainda não foi resolvida.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. 2007. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: julho de 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A Breve História do Positivismo Descritivo. O que resta do Positivismo Jurídico depois de H.L.A. Hart?* Revista Novos Estudos Jurídicos, 2015. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204/4100>> Acesso em: 05 de Agosto de 2015.

_____. *Teoria do Precedente Judicial – A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1986.

_____. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O Império do Direito*. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma Questão de Princípio*. 1. ed. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho; OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. *Gadamer e Dworkin: Confluências entre a Hermenêutica Filosófica e a Interpretação Construtiva do Direito*. Publica Direito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6788076842014c83>>. Acesso em: março de 2014.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. *The core of the case against judicial review*. The Yale Law Journal, 2006.