

A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE O DIREITO E A MORAL: EM QUE SENTIDO EXISTE UMA LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO?

FUNDAMENTAL RIGHTS INTERPRETATION BETWEEN LAW AND MORALITY: IN WHAT SENSE THERE IS A MORAL READING OF THE CONSTITUTION?

ANA LUÍSA DE NAVARRO MOREIRA¹

RESUMO: Em um contexto de ascensão do Poder Judiciário, aflora-se o debate sobre a complexidade da interpretação dos direitos fundamentais que envolvem aspectos morais; principalmente após a publicação da obra *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, na qual Dworkin propõe “uma leitura moral da Constituição”. Diversas são as discussões sobre a influência da moral sobre o direito, de modo que serão abordadas a moralidade kantiana, a tese característica do positivismo da separabilidade entre direito e moral, e por fim, a concepção de moral em Dworkin. A contraposição entre esta e a noção de moralidade política será fundamental, demonstrando-se que somente se pode falar em uma leitura moral da Constituição a partir de uma construção teórica do direito como integridade.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação; Direitos fundamentais; Leitura moral da Constituição.

ABSTRACT: In a context of judicial power increment, discussions about the complexity of the interpretation of fundamental rights which involve moral grounds emerge, especially after the publication of the book *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, in which Dworkin proposes “the moral reading of the Constitution”. There are several debates about the influence of morality on law, so that will be addressed kantian morality, the characteristic thesis of positivism of the separability between law and morality, and finally, the Dworkin’s conception of morality. The counterpoint into morality and political morality is fundamental, showing that it is only possible to defend a moral reading of the Constitution from a theoretical construct of law as integrity.

KEY-WORDS: Interpretation; Fundamental rights; Moral reading of the Constitution.

I. INTRODUÇÃO. A COMPLEXIDADE DA INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A interpretação dos direitos fundamentais tem ocasionado as mais diversas reflexões, tanto no campo da dogmática quanto no campo da filosofia do direito.

¹ Professora Substituta da Faculdade de Direito da UFMG. Mestranda em Direito pela UFMG.

A complexidade do entendimento sobre essas normas constitucionais decorre do aspecto de que sua interpretação gera debates que ultrapassam o âmbito das discussões jurídicas, envolvendo diretamente aspectos econômicos, políticos e, principalmente, morais.

Como tais direitos têm sido repetidas vezes objeto de demandas processuais, essas questões vêm sendo decididas, em último grau, pelo Supremo Tribunal Federal. A sociedade presencia a ascensão institucional da esfera judicial e ocorre uma valorização da perspectiva do juiz quando da efetivação desses direitos.

Nesse contexto, o processo decisório (*judicial decision-making*) torna-se o principal responsável pela solução de temas complexos como as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); a restrição ao uso de algemas (Súmula Vinculante nº 11 e HC 91952/SP); o debate sobre ações afirmativas e quotas raciais (ADI 3330); a extradição do italiano Cesare Battisti (MS 27875/DF); o reconhecimento da união estável homoafetiva (ADI 4277 e ADPF 132); o aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54/DF); entre outros.

Assim, a influência do Poder Judiciário cresce consideravelmente na construção dos sentidos desses direitos; direitos estes que são profundamente impregnados de conteúdo moral.

Surge, então, o seguinte questionamento: pode uma decisão se fundamentar em critérios morais? A convicção moral do magistrado é determinante? Ou melhor, “como as convicções morais de um juiz devem [se é que devem] influenciar seus julgamentos acerca do que é o direito?” (DWORKIN, 2010, p. 03).

“Trata-se, evidentemente, de uma questão de importância prática fundamental saber se os critérios morais (...) estão entre os critérios que os juízes e outras autoridades devem usar para decidir quando essas proposições [jurídicas] são verdadeiras” (DWORKIN, 2010, p. 03).

Diante do importante papel exercido pelo Poder Judiciário, cujas decisões afetam profundamente a sociedade, e a partir dessa *forte aproximação entre os direitos fundamentais e os aspectos morais decorrentes de sua aplicação*, torna-se extremamente necessária uma delimitação mais apurada dos campos do direito e da moral.

Normalmente, os usos ordinários dos termos direito e moral confundem e impossibilitam uma compreensão adequada desses dois fenômenos normativos e, principalmente, de suas características. Tal confusão ocasiona, às vezes, entendimentos equivocados sobre essa relação, que levam ou a um moralismo ateorizado ou a um retorno de uma justificação de base fortemente jusnaturalista.

Um ponto aparentemente comum é que ambos se relacionam com a existência de normas sociais, no sentido de que se referem a padrões de comportamento que determinam condutas a serem seguidas.

A moral pode estar diretamente envolvida ou não na concepção do que se entende por direito, de modo que a concepção do que se entende por direito determinará decisivamente a compreensão sobre a interpretação dos direitos fundamentais, ou seja, tanto os elementos necessários a uma proposta adequada desta (interpretação dos direitos fundamentais) quanto os limites a serem traçados entre aqueles (moral e direito) dependerão do ponto teórico adotado.

Tem-se que a discussão sobre a influência da moral no direito é recorrente entre os filósofos e inclusive juristas, de tal modo, que o debate sobre essa relação tem sido um debate contínuo, principalmente após a publicação da obra *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, na qual Dworkin propõe uma leitura moral da Constituição.

“O livro como um todo possui um objetivo geral. Ilustra uma maneira particular de leitura e fortalecimento de uma constituição política, que eu denomino de leitura moral” (DWORKIN, 1996, p. 2)².

Portanto, o presente trabalho busca tratar desse tema extremamente relevante, analisando os argumentos que envolvem a sua discussão. Em particular, pretendo realizar nas linhas que se seguem uma comparação entre as forma como as principais vertentes do positivismo contemporâneo, de um lado, e o modelo de direito desenvolvido por Ronald Dworkin, por outro lado, vislumbram a função e a validade dos argumentos morais no discurso jurídico, com vistas a estabelecer em que sentido se pode falar de uma genuína leitura moral da constituição. A partir das considerações iniciais coletadas, nas duas próximas seções, que lidam, em particular, com o positivismo exclusivo e o positivismo inclusivo, pretendo discutir sobre a melhor forma de se interpretar a Constituição. O objetivo final será delimitar em que sentido se pode falar em uma “leitura moral” da Constituição na aplicação dos direitos fundamentais. Antes de desenvolver o tema, no entanto, tecerei algumas breves palavras sobre o jusnaturalismo e a relação entre direito e moral na perspectiva kantiana, pois creio que o jusnaturalismo (ao menos nesta vertente) padece de problemas parecidos com o positivismo no âmbito da aplicação do direito e pelos tribunais e do uso de argumentos morais na interpretação das normas jurídicas.

² Trad. Livre: “The book as a whole has a large and more general aim. Its illustrates a particular way of reading and enforcing a political constitutional, which I call the moral reading”.

II. O JUSNATURALISMO E A MORAL KANTIANA

A teoria jusnaturalista possui duas teses centrais, uma tese sobre a fundamentação da moral e outra tese sobre a fundamentação do direito. A primeira afirma a existência de uma moral que pode ser objetivamente conhecida e que independe de qualquer ato de posituação. Como explica Finnis, "uma teoria do direito natural pretende ser capaz de identificar as condições e os princípios do raciocínio prático correto, da boa e adequada ordenação entre as pessoas, e na conduta individual" (FINNIS 2011, p. 18)³. Todas as teorias jusnaturalistas têm em comum, portanto, a asserção da existência de um conjunto de "princípios práticos fundamentais" que indicam formas de atuação humana que devem ser vistas como bens a serem perseguidos e realizados, e que podem ser utilizados e conhecidos por todos que reflitam sobre a racionalidade prática (FINNIS 2011, p. 23). A segunda, conexas à primeira, ainda que não derive logicamente desta, afirma que o fundamento de instituições políticas e do direito se assenta nessa moral objetiva, que necessariamente é acessível ao ser humano, uma vez que os princípios do direito natural "justificam o exercício da autoridade em uma comunidade" (FINNIS 2011, p. 23). As formas nas quais ocorre a apreensão dessa ordem moral objetivamente alcançável variam conforme as diferentes concepções de moralidade e de justificação da autoridade adotadas por essas teorias jusnaturalistas (teológica, através da natureza humana ou puramente racional).

Kant é um dos filósofos que se insere nessa tradição jusnaturalista e que entende que as regras morais decorrem diretamente da razão.

A lei moral é, assim, entendida como lei universal da razão prática e o ser humano se destaca perante outros seres pela sua capacidade de racionalidade, que por essência se fundamenta na liberdade (SALGADO, 2007, p. 347).

A relação entre direito e moral é extremamente forte diante dessa pretensão teórica de uma moralidade única que não é construída e que se revela internamente no campo da ética ou externamente pelo arbítrio no campo do direito.

A ação do indivíduo que é determinada pela razão através do imperativo categórico constitui um dever, ao passo que o homem livre pode agir *conforme* o dever (legalidade) ou *por* dever (moralidade).

³ Trad. livre de "A theory of natural law claims to be able to identify conditions and principles of practical right-mindedness, of good and proper order among persons, and in individual conduct".

“O conceito do dever exige portanto da ação, objetivamente, a concordância com a lei, mas da máxima da ação, reclama, subjetivamente, o respeito para com a lei como o único modo de determinação da vontade pela lei. Repousa nisso a diferenciação entre a consciência do dever cumprido de acordo com o dever e por dever, isto é, por respeito para com a lei, sendo o primeiro caso (*a legalidade*) possível, ainda mesmo quando só as inclinações tivessem sido os fundamentos de determinação da vontade; mas no segundo (*a moralidade*) o valor moral deve ser posto exclusivamente no fato da ação ocorrer pelo dever, isto é, somente pela lei. (KANT, 2005, p. 91).

O direito se revela, assim, nas noções de dever, liberdade e vontade, incidindo sobre as obrigações jurídicas uma obrigação moral.

O ser humano por meio da razão deve apreender o dever como uma máxima da sua vontade, de forma que o direito de um constitui um dever perante os outros e, de igual modo, o direito do outro constitui um dever ante a mim.

Portanto, existe na teoria kantiana uma relação contínua entre direito e moral, ao passo que a validade e a identificação do direito válido dependem diretamente da moral.

Embora Kant não desenvolva suas reflexões claramente no campo da interpretação do direito, suas noções sobre a relação entre esses dois fenômenos (direito e moral) são extremamente relevantes, pois ele é capaz de prover uma fundamentação moral do direito e, embora negue a existência de um direito de resistência e afirme que o direito deve ser obedecido mesmo quando o caráter injusto da lei seja evidente, assume nítida *subordinação* do direito à moral.

Como explica Alexy, a teoria de Kant se inicia com premissas claramente jusnaturalistas, entre as quais a existência de um "direito inato à liberdade" e a fundamentação "apenas em princípios *a priori*" do direito de propriedade, de sorte que tais direitos existem independentemente de qualquer legislação positiva (ALEXY 2008, p. 288).

O direito positivo se justifica, nesta perspectiva, justamente para proteger as liberdades naturais, pois sem ele essas liberdades carecem completamente de eficácia.

O jusnaturalismo de Kant, entretanto, apesar de colocar a moral no ápice da cadeia de validação das normas jurídicas (na medida em que faz a validade do direito positivo derivar do direito natural), tem sérios problemas porque ele é incapaz de evitar a denominada "injustiça legal", dificultando a "leitura moral" da constituição.

É dizer: onde a lei se apresente com conteúdo imoral, a teoria jurídica de Kant é incapaz de realizar um ajustamento do direito à moralidade, fazendo o direito positivamente estabelecido por uma autoridade válida prevalecer sobre qualquer consideração moral que o intérprete eventualmente possa fazer. Como explica Alexy, esse tipo de jusnaturalismo, que este último autor denomina de "jusnaturalismo superinclusivo", possui um caráter tão radical

de deferência à autoridade que está exposto a objeções muito parecidas com aquelas que são normalmente aduzidas contra o positivismo excludente.

Passemos a tratar, nas próximas seções, dessas vertentes do pensamento jurídico contemporâneo e da alternativa proposta pelo positivismo inclusivo.

III. DUAS PROPOSTAS POSITIVISTAS: O POSITIVISMO INCLUSIVO E O POSITIVISMO EXCLUSIVO

Apesar de se revelar através de diferentes vertentes teóricas, o positivismo jurídico, possui como característica determinante a tese da separabilidade entre direito e moral.

Se antes, na proposta kantiana, o que se vislumbrava era uma forte conexão entre esses campos, os teóricos das correntes positivistas irão sustentar uma separação entre essas duas ordens normativas, vez que entendem que são ordens autônomas entre as quais não há relações necessárias (BUSTAMANTE, 2008, p. 3).

Existem duas correntes de destaque desse pensamento: o positivismo tradicionalmente denominado de positivismo excludente, representado pelo teórico Joseph Raz, e o positivismo inclusivo que apresenta uma leitura um pouco mais branda sobre a influência da moral no direito, representado pelo teórico Helbert Hart.

A primeira corrente tem como premissa a tese das fontes sociais. A validade da norma jurídica decorre unicamente de sua fonte, que no caso é um fato social reconhecido pelo sistema normativo, no caso de Kelsen, ou pelos próprios oficiais que operam no interior do sistema jurídico, no caso de Hart, como apto a produzir validamente normas jurídicas. A identificação da norma jurídica depende, desse modo, de sua forma, ou melhor, do seu *pedigree*, vez que a constatação dos fatos sociais ocorre sem qualquer referencia a padrões morais.

No que diz respeito ao grau em que se apresenta essa tese, pode-se dizer que se trata de uma separabilidade em sentido forte, na medida em que a validade do direito em há de ser determinada apenas com base em "considerações positivas", já que "todo o direito está baseado em uma fonte social" (RAZ 1994, p. 210).

Nesse sentido é a proposta teórica de Raz. O autor, que entende que o direito tem uma pretensão de autoridade, afirma que sua tese é uma tese social forte (*strong social thesis*) e defende a completa eliminação dos critérios de correção moral, ou seja, qualquer elemento

moral está decisivamente excluído do campo dos juízos sobre a validade das normas e da identificação do direito válido⁴.

“Uma teoria somente é aceitável se a identificação do conteúdo do direito e a determinação de sua existência depender exclusivamente de fatos humanos” (RAZ, 2002, p. 39)⁵.

Por outro lado a segunda corrente entende que existe certa influencia da moral no direito que não é contestada. A identificação do direito válido, nesse sentido, admite de forma contingencial a incorporação de parâmetros morais. É uma teoria que, de igual modo, reconhece que o direito depende de um conjunto de fatos sociais, mas diverge consideravelmente ao perceber que a validade jurídica pode ou não ser influenciada pela sua validade moral.

A teoria hartiana, que é um exemplo dessa segunda abordagem, aceita levemente essa influencia da moral no direito ao permitir que a regra de reconhecimento incorpore critérios de moralidade.

Hart, por ser um teórico que apresenta uma forte herança sociológica, entende que o direito interfere na sociedade da mesma forma que a sociedade interfere no direito, apresentando assim uma teoria de uma visão social em sentido duplo.

O direito é entendido como prática social e é identificado através de uma regra de reconhecimento que legitima todo o sistema jurídico. É por meio desta que a sociedade dispõe de critérios para a identificação do direito válido, vez que dela decorrem as fontes do direito.

A regra de reconhecimento não é formulada como norma; ela simplesmente existe e sua constatação, além de ser demonstrada pelo ponto de vista externo, decorre da aceitação dos indivíduos na sociedade por meio do ponto de vista interno.

“Devemos lembrar que a regra de reconhecimento propriamente dita pode ser visualizada de dois pontos de vista: um é expresso por meio de um enunciado de fato *externo* segundo o qual a regra existe na prática efetiva do sistema; o outro é expresso por meio dos enunciados de validade *internos* feitos por aqueles que a usam para identificar o direito” (BUSTAMANTE, 2008, p. 4).

Os dois contrapontos teóricos apresentados também possuem importantes diferenças que interferem diretamente na aplicação do direito pelos juízes. Mesmo que não sejam

⁴ Raz não exclui, porém, a presença de considerações morais na interpretação jurídica, em particular no âmbito de discricionariedade deixado pela legislação em vista das inevitáveis lacunas que um sistema normativo tão rigoroso como o seu permite. Sem embargo, esse processo de "interpretação construtiva" não seria, para Raz, um processo de aplicação ou identificação do direito, mas uma criação do direito em sentido forte, na qual o juiz se comporta de forma parecida com o legislador. Sobre a interpretação do direito na perspectiva de Raz, ver: RAZ, 2009;

⁵ Trad. Livre: “A jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human”.

propriamente propostas de uma teoria da decisão, a visão que expressam da influencia da moral no direito e o conceito que possuem de discricionariedade afetam o modo pelo qual se posicionam sobre a forma que deve ocorrer a interpretação das normas.

O positivismo exclusivo, que apresenta uma separação necessária entre direito e moral, entende que os juízes, por terem a liberdade de recorrer à moral, necessariamente atuariam com discricionariedade em sentido forte. Como inexiste objetividade na moral, já que é tida como subjetiva e controversa, adotam uma postura cética em relação à racionalidade das normas morais, optando por uma tese forte da separabilidade. Nesse sentido, Shapiro, por exemplo, radicaliza esse argumento e sustenta que toda a argumentação jurídica é um tipo de raciocínio necessariamente *amoral*, já que a própria razão de ser do direito é evitar os riscos e os custos sociais de uma deliberação moral nas sociedades complexas (SHAPIRO, 2011)⁶.

Por sua vez, o positivismo inclusivo (*soft positivism*), que não apresenta uma separação total entre as normas jurídicas e as normas morais, acredita que na moral pode existir uma objetividade capaz tanto de gerar um consenso fundamentado sobre determinada questão quanto de limitar a discricionariedade na interpretação do direito. Desse modo, a interpretação quando da aplicação do direito poderia apresentar critérios de moralidade.

O ponto central de Hart, no posfácio à segunda edição de sua obra "O conceito de Direito" (HART 1994), é exatamente este: o de que a regra de reconhecimento é perfeitamente capaz de *incorporar* critérios morais de identificação do direito, embora essa incorporação seja contingente (e não necessária), na medida em que é ao menos conceitualmente possível imaginar um sistema jurídico onde não exista qualquer relação entre o direito e a moral (COLEMAN 1983, p. 30).

Esse último viés teórico, no entanto, carece de uma teoria da decisão (*theory of adjudication*) que explique de maneira suficientemente clara *como* se dão as relações entre direito e moral nos sistemas jurídicos democráticos e qual deve ser a *postura interpretativa* adequada para a interpretação da constituição. Peca, em linhas gerais, por advogar uma postura puramente "conceitual" ou descritiva, de escasso interesse para a prática jurídica. Vejamos, a seguir, como a proposta de leitura moral da constituição advogada por Ronald Dworkin dá uma resposta a esses desafios.

⁶ Sobre essa perspectiva, ver, em especial, Shapiro (2011, p. 218-ss). Para uma crítica a essa perspectiva, que desconfia na capacidade dos juízes de evitar reflexões hermenêuticas e construtivas, e com isso trazer para dentro da argumentação jurídica conceitos morais, ver Bustamante (2012).

Por meio de uma apurada construção teórica do direito como uma concepção interpretativa e do direito como integridade torna-se possível delimitar coerentemente em que sentido existe uma leitura moral da Constituição e, conseqüentemente, em que sentido essa leitura moral interfere na interpretação dos direitos fundamentais.

IV. PARA ALÉM DAS DICOTOMIAS TRADICIONAIS: A MORAL EM DWORKIN E A IMPORTÂNCIA DA MORALIDADE POLÍTICA

Como vimos nas seções anteriores, as teorias jurídicas jusnaturalistas e positivistas não explicam adequadamente a denominada leitura moral da constituição, que cada vez mais é empregada na argumentação jurídica.

De um lado, o jusnaturalismo advoga uma implausível subordinação do direito à moral, e, ao mesmo tempo, mesmo em sua forma mais evoluída (a doutrina do direito de Kant), não consegue se posicionar criticamente ante à injustiça legal.

De outro lado, o positivismo jurídico exclusivo acaba sustentando uma separação tão radical entre a validade das normas jurídicas e a moral que torna muito difícil a interpretação das principais disposições da constituição. Se todo o direito pode ser identificado prescindindo de considerações morais, então parece inevitável a asserção de Shapiro de que a argumentação jurídica é, por natureza, amoral.

Finalmente, o positivismo inclusivo é capaz de reconhecer a presença de considerações morais na argumentação jurídica, uma vez que reconhece que pode haver conexões contingentes (não necessárias) entre direito e moral. Mas, por outro lado, ele peca por não conseguir explicar como as considerações morais interagem com as considerações institucionais na interpretação da constituição e qual peso elas detém na fundamentação das decisões.

Contra esse quadro conceitual, a teoria de Dworkin desponta como bastante promissora.

Dworkin rompe com a dicotomia das discussões que o precedem e apresenta fortes objeções a ambas as tradições jusnaturalista(s) e positivista(s), as quais são denominadas por ele de “teorias semânticas do direito”. (DWORKIN, 2003, p. 38).

Sua proposta principal é a compreensão do direito como uma construção interpretativa, concepção que apresenta notória herança hermenêutica. Contrapondo-se diretamente à noção de direito como simples questão de fato, o autor rebate veementemente a

pretensa neutralidade das teorias anteriores em descrever de forma objetiva o fenômeno jurídico, uma vez que, a “interpretação construtiva tem como finalidade tanto ajustar-se aos dados quanto justificá-los” (DWORKIN, 2010, p. 242).

O direito, então, pressupõe necessariamente uma interpretação e uma justificação, de modo que as convicções morais do intérprete inevitavelmente estarão presentes quando da identificação do direito válido. Dessa forma, Dworkin recoloca a discussão da moral dentro do cerne do debate jurídico, posicionando-se contrariamente ao arquimedeanismo.

Há, em seu pensamento, uma clara complementaridade entre direito e moral que se manifesta tanto no âmbito da teoria (*jurisprudence*) quanto no âmbito da prática jurídica (*adjudication*) (DWORKIN, 2010, pg. 31). O direito é permanentemente construído à medida que a moral interfere no direito e é, ao mesmo tempo, revisitada pelo próprio direito, promovendo entre estes uma conexão interpretativa.

Mas, afinal, se o direito implica uma postura interpretativa independentemente do seu âmbito de aplicação, quais são os elementos necessários a uma adequada teoria da interpretação?

A teoria dworkiana tem essa pretensão, qual seja, demonstrar que somente a percepção do direito como integridade (*law as integrity*) fornece os elementos necessários para se interpretar o direito à sua melhor luz.

A integridade, que é uma virtude que se apresenta ao lado da justiça (*justice*) e da equidade (*fairness*), deve direcionar toda e qualquer interpretação do direito, uma vez que somente por ela se é possível chegar à melhor interpretação dos princípios presentes em um determinado momento histórico. (DWORKIN, 2003, p. 203)

“Um direito que apresente integridade é capaz de sinalizar e nortear a aplicação dos princípios em face de cada caso concreto, que deve sempre ser tratado como um evento único e irrepetível”. (FERNANDES, 2010, p. 90).

O direito como integridade pressupõe, desse modo, uma comunidade de princípios, na qual todos os indivíduos da sociedade se inserem e pela qual compartilham compreensões acerca da moral e dos fundamentos de convivência entre eles.

Além disso, o direito como integridade se relaciona intensamente com a idéia de moralidade política, elemento determinante na interpretação do direito e que por vezes é equivocadamente compreendido por se tratar de um conceito estranho à tradição brasileira.

Moralidade política se distingue profundamente das noções de moral, como fenômeno normativo, e, principalmente, moralismo, como manifestação pessoal e particular de padrões morais.

A moralidade política proposta por Dworkin implica em correção política, no sentido de que impõe uma responsabilidade àquele que interpreta e aplica o direito, tendo o interprete o dever de buscar a melhor interpretação possível para a prática jurídica dentro de determinada sociedade a partir da sua história institucional. A moralidade política, deste modo, implica em coerência, mas não uma simples coerência pela coerência, mas o “máximo de coerência que pudermos obter” (DWORKIN, 2010, p. 229).

Ressalta-se que a moralidade política se contrasta fortemente à moralidade kantiana. Enquanto esta se trata de uma moralidade objetiva, *a priori* e que se revela ao ser humano aquela é construída, sendo sempre revisitada pela interpretação da prática social que ocorre de forma contínua.

Portanto, a melhor interpretação dos princípios diante do caso concreto, quando se percebe o direito como integridade, é aquela que respeita as convicções de moralidade política que são compartilhadas pela sociedade, refletindo a existência de um compromisso que visa preservar igualmente as opções morais de cada um.

“A integridade é, então, compreendida como um ideal aceito de maneira geral e, por isso mesmo, mostra-se como um compromisso de pessoas, ainda que esteja, em desacordo sobre a moral política (...). Uma conclusão importante desse modelo é o igual respeito para com os demais, de modo a não aceitar, que nenhum grupo seja excluído” (FERNANDES, 2007, p. 221).

A integridade exige, assim, coerência, que por sua vez envolve adequação e justificação, no sentido de que a interpretação do direito deve ocorrer de forma adequada considerando as práticas sociais e a história dessas práticas sociais e de forma justificada por meio de princípios de moralidade política.

Dessa forma, é importante que fique clara a distinção que existe entre moralidade pessoal, às vezes denominada de moralismo, e moralidade política. A primeira expressa o conjunto de opiniões de âmbito particular do ser humano sobre padrões morais de conduta, enquanto a segunda envolve o conjunto de princípios que devem ser racionalmente e moralmente justificados perante a sociedade, proporcionando coerência e preservando a equidade e a justiça do sistema jurídico.

V. EM QUE SENTIDO EXISTE UMA LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO? UMA RESPOSTA ADEQUADA AO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Após o desenvolvimento de debates que envolvem a influência da moral no direito, volta-se ao questionamento inicial do texto: em que sentido a leitura moral proposta por

Dworkin interfere na interpretação dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal em temas, como os anteriormente citados, que são impregnados de conteúdo moral?

Tal questão, que é recorrente entre os debates sobre interpretação constitucional, discute principalmente até que ponto os juízes estão autorizados a recorrer a princípios de moralidade enquanto interpretam a Constituição. Entre estes debates, destaca-se o posicionamento de Tamas Gyorfí, o qual entende que a proposta de Dworkin apresenta três teses centrais:

- (1) Ao interpretar a Constituição, os juízes não conseguem evitar julgamentos controversos de juízos de valores.
- (2) As normas abstratas da Constituição devem ser interpretadas como princípios morais, portanto, o intérprete necessita decidir qual a melhor compreensão de um princípio moral, moralmente falando.
- (3) Juízes necessariamente devem dar peso total ao que eles próprios entendem como a melhor leitura moral da constituição⁷ (GYORFI, 2013,1.078)

A primeira tese é uma tese negativa, que recusa a possibilidade de uma interpretação neutra, enquanto que a segunda e a terceira teses são positivistas e se referem ao modo como os princípios morais interferem na interpretação do direito. (BUSTAMANTE, 2013, p. 1.111).

Gyorfí pressupõe que a primeira tese é uma tese verdadeira e desenvolve críticas em relação às outras duas teses, defendendo em contrapartida que o “formalismo é a melhor forma de interpretação para os juízes”⁸ (GYORFI, 2013, p. 1.103).

Contra a primeira tese não se faz nenhuma objeção. A partir da concepção de direito como construção interpretativa, sua aplicação pressupõe necessariamente uma interpretação. Desse modo, as convicções morais do juiz inevitavelmente se farão presentes, não sendo mais possível a defesa da postura neutra de um observador externo como durante anos se defendeu.

No entanto, as outras duas teses necessitam ser reformuladas. A segunda precisa ser em parte contestada e a terceira sequer poderia ser atribuída a Dworkin.

Para Dworkin, a aplicação coerente do direito pelos juízes é necessariamente uma questão de princípios, uma vez que são os princípios que constituem os fundamentos de uma decisão adequada e justificada. Os argumentos de princípios diferencem-se diametralmente dos argumentos de políticas (policies), de forma que “saber se um princípio é um princípio nesse sentido é uma questão de argumentação” (DWORKIN, 1978, p. 79).

⁷ Trad. Livre: (1) While interpreting the constitution, judges cannot avoid making controversial value judgments; (2) The abstract norms of the constitution have to be interpreted as moral principles; therefore, the interpreter must decide how an abstract moral principle is best understood, morally speaking; (3) Judges must give full weight to what they understand as the best moral reading of the constitution.

⁸ “Formalism is the best possible interpretive strategy for judges”.

Os argumentos de princípios são argumentos baseados em convicções morais. Mas isso não significa que os juízes têm legitimidade para decidirem solitariamente a forma na qual o princípio moral abstrato deve ser compreendido. Há necessariamente um diálogo com a sociedade, uma vez que o juiz é um participante inserido em uma comunidade de intérpretes.

“O magistrado é como um participante que argumenta com o restante da comunidade, tentando convencê-la que sua leitura de fato atinge o objetivo de trazer o direito ao caso à sua melhor luz” (FERNANDES, 2010, p. 92).

A interpretação do direito não deve ocorrer de forma solista, ou seja, o direito deve ser interpretado em conexão com a própria comunidade em que se encontra inserido.

Por fim, a proposta dworkiana de uma leitura moral se relaciona diretamente com a idéia de moralidade política e comunidade de princípios, o que exclui por completo a terceira tese apresentada. Segundo o autor, os juízes não possuem essa “abertura” para decidirem conforme suas próprias convicções morais. A leitura moral não permite que os juízes “sigam os sussurros de suas próprias consciências e tradições” (DWORKIN, 1996, p. 11)⁹.

Dworkin entende que as decisões devem ser racionalmente justificadas também do ponto de vista moral, porquanto os argumentos de princípios são argumentos baseados em convicções morais da comunidade que são preservadas pela moralidade política. Mas, destaca-se: o fato de o direito ser moralmente justificado em nada se assemelha a afirmação de que há uma moralização do direito.

“A leitura moral propõe que todos - juízes, advogados, cidadãos - interpretem e apliquem as cláusulas de teses abstratas a partir do entendimento de que invocam princípios morais sobre decência política e justiça” (DWORKIN, 1996, p. 2)¹⁰.

A construção de Dworkin, nesse aspecto, é bastante refinada e exigente em termos de integridade. A decisão judicial deve necessariamente ser justificada por meio de princípios de moralidade política, de forma que a interpretação do direito revele a sua melhor argumentação diante dos princípios de equidade e justiça.

A interpretação do direito, portanto, não se encontra mais presa às decisões políticas do passado como no convencionalismo e, de igual modo, não envolve um olhar restritivo para o futuro como no pragmatismo. Cada decisão preenche um momento da história em que é proferida de modo que a interpretação da prática social ocorre construtivamente e continuamente.

⁹ Trad. Livre: “It does not ask them to follow the whispering if their own consciences of the traditions”.

¹⁰ Trad. Livre: “The moral reading proposes that we all – judges, lawyers, citizens – interpret and apply theses abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice”.

Desse modo, somente se pode falar em uma leitura moral no sentido acima delimitado. A leitura moral em Dworkin pressupõe a concepção de direito como integridade que respeita a prática social e a história institucional dessa prática social.

“A leitura moral pedir-lhes para encontrar a concepção de princípios morais constitucionais - a melhor compreensão de equidade que homens e mulheres realmente exige. (...). Nossa Constituição é a lei, e como toda lei, ela está ancorada na prática, história e integridade.” (DWORKIN, 1996, p. 11)¹¹.

VI. CONCLUSÃO

A interpretação dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal exerce importantíssimo papel para a integração social. Ocorre que uma decisão não será capaz de integrar uma sociedade complexa e assentada em um relativismo axiológico como a sociedade brasileira (FERNANDES, 2011, p.37) se a interpretação da norma for reflexa da preferência moral do magistrado, desconsiderando-se o cidadão.

Nesse sentido, a leitura moral da Constituição não pode ser entendida de forma a permitir que os juízes decidam conforme suas próprias convicções morais. Muito pelo contrário, o direito entendido como integridade impossibilita uma interpretação fundamentada em moralismos e interesses particulares.

A integridade exige coerência, que por sua vez envolve adequação e justificação. A interpretação do direito deve ocorrer de forma adequada considerando as práticas sociais e de forma justificada por meio de princípios de moralidade política, limitando o poder discricionário em sentido forte.

Acredita-se que a integridade da interpretação dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal somente será preservada se os juízes perceberem o sistema jurídico como um conjunto de princípios de moralidade política.

Desse modo, a leitura moral da Constituição que Dworkin propõe refere-se àquela (e somente aquela) leitura que respeita o direito como integridade (*law as integrity*), uma vez que a concepção de direito como integridade é da própria essência de uma interpretação adequada ao Estado democrático de Direito.

¹¹ Trad. Livre: “The moral reading ask them to find the conception of constitutional moral principles – the best understanding of what equal moral status for men and women really requires. (...). Our constitution is law, and like all law it is anchored in history, practice and integrity”.

VII. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, R. "On the concept and the nature of law". **Ratio Juris**, vol. 21, n. 3, p. 281-99, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas . "Uma defesa do pós-positivismo". **Virtù (Salvador)**, v. 2, p. 1-40, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas. "Dworkin, Vermeule and Dworkin on Constitutional Interpretation: Remarks on a Meta-Interpretive Disagreement", **German Law Journal**, vol. 14, n. 08, p. 1.109-1146, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas. "Interpreting Plans: A critical view of Scott Shapiro's Planning Theory of Law. **Australian Journal of Legal Philosophy**, vol. 37, p. 219-250, 2012.

COLEMAN, Jules. "Negative and Positive Positivism". In: COHEN, M (org.). **Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence**. London: Duckworth, 1983.

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

DWORKIN, Ronald.. **O Império do Direito**. (Trad.) Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fonte, 2003.

DWORKIN, Ronald.. **A Justiça de Toga**. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 2010. Tradução: Jefferson Luiz Camargo.

DWORKIN, Ronald.. **Levando os direitos a serio**. 1ª Ed. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 1978. Tradução: Nelson Boeira.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). **Interpretação Constitucional: Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 1.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; Pedron, Flávio Quinaud . **O Poder Judiciário e(m) Crise**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Direito Constitucional e Democracia: entre a Globalização e o Risco**. Ed Lumen Juris, 2011.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GYORFI. Tamas, 'In Search of a First-person Plural, Second-best Theory of Constitutional Interpretation'. **German Law Journal**, vol. 14, n. 08, p. 1.077-1.108, 2013.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

RAZ, J. **Ethics in the Public Domain**. Oxford: OUP, 1994.

RAZ, Joseph, **Between Authority and Interpretation**. Oxford: OUP, 2009.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho . **Kant e Kelsen**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 96, p. 343-357, 2007.

SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge, MA: Belknap, 2011.