

# DWORKIN, A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO E OS PROBLEMAS DA LEGIMIDADE DEMOCRÁTICA E DA SEGURANÇA JURÍDICA

*DWORKIN, THE MORAL READING OF THE CONSTITUTION AND THE PROBLEMS OF DEMOCRATIC LEGITIMACY AND LEGAL CERTAINTY*

Matheus Pelegrino da Silva<sup>1</sup> 

<sup>1</sup>Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, RS, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: mathpelegrino@hotmail.com

**Resumo:** O artigo expõe os elementos centrais da teoria da interpretação do direito de Ronald Dworkin, indica as conexões internas entre tais elementos e posteriormente analisa de forma crítica a posição adotada por Dworkin a respeito das questões da legitimidade democrática das decisões judiciais e da importância da segurança jurídica. O método empregado consiste na análise das obras de Dworkin e dos comentários a estas obras. Inicialmente indica-se que para Dworkin a noção “direito como integridade” designa a situação em que diferentes formas de compreender todo o direito ou áreas do direito resultam em diferentes compreensões do direito. Na sequência as noções de desacordos teóricos, direito como um conceito interpretativo e leitura moral da constituição são apresentadas como desdobramentos e categorias empregadas por Dworkin para justificar sua abordagem do direito como integridade. Em um terceiro momento explica-se a concepção participativa de democracia de Dworkin e por fim discute-se quando e em que medida é possível equacionar a segurança jurídica com a meta da legitimidade democrática da interpretação do direito.

**Palavras-chave:** Desacordo teórico. Direito como integridade. Legitimidade democrática. Leitura moral da constituição. Ronald Dworkin.

**Abstract:** The article presents the key elements of Ronald Dworkin’s theory of legal interpretation, indicates the internal connections among these elements and after that provides a critical analysis of Dworkin’s adopted position on democratic legitimacy of judicial decisions and on the importance of legal certainty. The employed method consists in the analysis of Dworkin’s writings and of the commentaries that these texts received. Initially it is indicated that for Dworkin the notion “law as integrity” designates the situation in which different ways of understanding the whole of law or fields of law take place. Following that the notions of theoretical disagreement, law as an interpretative concept and of the moral reading of

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v16i38.98>

Recebido em: 15.06.2020

Aceito em: 24.03.2021



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

the constitution are presented as outcomes and categories employed by Dworkin in order to justify his approach of law as integrity. In a third moment Dworkin's conception of democracy as a shared enterprise is explained and then it is discussed when and to which extent it is possible to equate legal certainty with the goal of a democratically legitimized legal interpretation.

**Keywords:** Democratic legitimacy. Law as integrity. Moral reading of the constitution. Ronald Dworkin. Theoretical disagreement.

## 1 Introdução

Dworkin afirma que a concepção positivista do direito é deficitária, pois ela deixa de reconhecer e descrever algumas propriedades que de fato integrariam o direito e os fenômenos jurídicos. A fim de levar a cabo sua crítica ao positivismo, Dworkin propõe uma explicação alternativa sobre um conjunto de fenômenos jurídicos, dentre os quais se incluem aqueles dos desacordos quanto ao caráter jurídico de certas situações e sobre a natureza da interpretação do direito. Em relação a essa última matéria, conforme Dworkin, seria possível observar nas práticas de interpretação do direito uma das propriedades que comporiam a própria essência do direito, o fato de o direito possuir integridade, de a integridade ser uma das características do próprio direito. A noção de que se deve observar e interpretar o direito como dotado da característica da integridade, por sua vez, envolve não apenas a necessidade de buscar, dentre as alternativas interpretativas, aquela que mais se ajusta ao conjunto das fontes jurídicas existentes, mas também a necessidade de incluir nesta interpretação a interpretação das normas constitucionais pertinentes ao tema. É especificamente com relação à interpretação dessa última fonte normativa que Dworkin irá propor a leitura moral da constituição, ao mesmo tempo em que ele criticará a leitura originalista desta fonte. Contudo, propor que a constituição seja interpretada não como a afirmação daquelas normas específicas que os seus autores pretendiam expressar, mas sim outras normas, as quais poderiam ser identificadas como sentidos possíveis do texto constitucional, pode ser visto como um problema do ponto de vista de duas questões centrais à discussão contemporânea sobre a interpretação do direito, as questões da legitimidade democrática das decisões judiciais e da segurança jurídica. O propósito do presente artigo é expor os elementos centrais da teoria da interpretação do direito de Dworkin, indicar as conexões internas existentes entre tais elementos e apontar suas respostas às duas questões logo acima apontadas. A fim de realizar essa tarefa, primeiramente será indicada a concepção de Dworkin do direito como integridade e na sequência será exposta a maneira como ele trata do problema do desacordo teórico e de que forma esta noção está implicada na explicação da falta de uniformidade das decisões que consideram a integridade. Após isso serão referidas as observações de Dworkin quanto aos motivos para defender a leitura moral do direito. Por fim será apresentada a concepção participativa de democracia, a qual foi defendida por Dworkin. Nesse contexto pretende-se sustentar a hipótese de que apenas por meio da defesa de um modelo não majoritário de democracia se torna possível para Dworkin defender que a leitura moral da constituição tem de ser preferida à alternativa proposta pelo originalismo e também será

discutido em que medida o modelo democrático defendido por Dworkin gera e soluciona os problemas da legitimidade democrática das decisões judiciais e da segurança jurídica.

## 2 Direito como integridade

Dworkin emprega em sua explicação sobre o direito e a interpretação do direito a noção de direito como integridade, a ideia de que “os princípios necessários a fim de apoiar um conjunto de decisões autoritativas precisam ser aceitos também em outros contextos”.<sup>1</sup> Conforme essa perspectiva, afirmar a integridade como uma propriedade do direito consiste em sustentar que as decisões interpretativas particulares, as decisões de casos específicos, precisam poder ser observadas como integrantes de decisões interpretativas mais gerais, que compreendam um conjunto maior de questões, as quais estariam vinculadas umas às outras por um laço de semelhança temática.<sup>2</sup> Essa noção de direito como integridade será explicada por Dworkin de forma mais detalhada na seguinte passagem:

Integridade no direito possui várias dimensões. Em primeiro lugar, ela insiste que a decisão judicial seja uma questão de princípio, não de compromisso, estratégia ou comodidade política. [...] Em segundo lugar, a integridade se realiza verticalmente: um juiz que afirma certo direito de liberdade particular como fundamental precisa mostrar que sua afirmação é consistente com a maior parte do precedente e com as principais estruturas de nosso arranjo constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se realiza horizontalmente: um juiz que adota um princípio precisa dar peso pleno àquele princípio em outros casos que ele decide ou endossa.<sup>3</sup>

No contexto da presente análise é importante observar que a afirmação do direito como orientado pela integridade não significa o mesmo que sustentar que casos da mesma espécie devam receber decisões idênticas, mas sim que todas as decisões sigam alguma noção comum concebida por aquele que toma tais decisões, e isto envolve seguir um referencial orientador específico, aquele da integridade do direito.

É claro que nem mesmo a atenção mais escrupulosa à integridade, por todos os nossos juízes e em todas as nossas cortes, irá produzir decisões judiciais uniformes, ou garantir as decisões que você aprova, ou protegê-lo das que você odeia. Nada pode fazer isso. O ponto da integridade é princípio, não uniformidade: não somos guiados por uma lista, mas sim por um ideal, e a controvérsia, portanto, encontra-se no coração de nossa história.<sup>4</sup>

Um aspecto pertinente quanto à imagem do direito como integridade consiste no fato de que ainda que um julgador, ao decidir um caso, tome em conta o direito já aplicado, os precedentes, o resultado não é a identificação de uma fonte normativa que necessariamente seria identificada pelos outros julgadores que teriam de resolver a questão apresentada, visto que

---

1 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. The moral reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 103. Esse e todos os outros textos referidos que não foram escritos em português foram traduzidos pelo autor do presente artigo.

2 Sobre esse tema, veja entre outros POSTEMA, Gewrald J. *Legal Philosophy in the Twentieth Century*: The Common Law World. v. 11. Dordrecht: Springer, 2011, p. 430-456.

3 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. The moral reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 83.

4 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. The moral reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 83.

juizadores diferentes podem partir de concepções gerais do direito que são distintas umas das outras.

Por outro lado, justamente porque “a integridade se realiza verticalmente”, a defesa, por parte de Dworkin, da concepção de que os juizadores devam considerar não apenas as normas expressas de modo claro em regras jurídicas, mas também princípios<sup>5</sup> que integram a maneira como o direito se realiza naquele estado, por meio das decisões jurisprudenciais e legislativas passadas (ou seja, como princípios que animariam a elaboração de tais decisões), não pode ser vista como correspondendo à defesa de que cada juiz decida os casos tendo em conta *apenas* a sua concepção sobre a questão e sobre o significado dos princípios e das cláusulas gerais previstas no ordenamento em questão. A noção de direito como integridade implica para o juiz tanto a possibilidade de em certas circunstâncias adotar decisões que se opõem a decisões passadas sobre o mesmo tema, quanto a necessidade de observar, em regra, a forma como a questão trazida tem sido solucionada no passado. Sobre o poder (limitado) que a noção de direito como integridade oferece aos juizadores para decidir casos divergindo da forma como casos da mesma espécie foram decididos será observado o seguinte:

A integridade, é claro, não exige que os juizes constitucionais respeitem princípios enraizados em decisões passadas que eles e outros observam como equivocados. Ela permite que a Corte declare, tal como ela o fez várias vezes no passado, que uma decisão ou [uma] série de decisões particulares estavam erradas, pois os princípios subjacentes a tais decisões são inconsistentes com os princípios mais fundamentais enraizados na estrutura e história da Constituição. A Corte não pode declarar tudo o que está no passado [como sendo] um erro: isto iria destruir a integridade sob o pretexto de servi-la. Ela precisa exercitar seu poder de desconsiderar as decisões passadas de forma modesta. Ela também precisa exercitar esse poder com boa-fé. Ela não pode ignorar os princípios que subjazem às decisões passadas que ela pretende aprovar, decisões que ela iria ratificar caso indagada, decisões que quase ninguém, nem mesmo os críticos raivosos das práticas passadas da Corte, agora desaprovam ou consideram equivocadas.<sup>6</sup>

Afirmar a interpretação do direito que considera o direito como integridade significa sustentar que as decisões judiciais são tomadas tendo em conta as decisões passadas e as demais fontes jurídicas a fim de buscar a coerência. Por sua vez o princípio da integridade e o termo “integridade” (assim como o termo original, “integrity”) indicam uma propriedade das decisões específicas em relação ao todo do direito, o fato de elas se mostrarem (ou ao menos poderem ser vistas como) integradas, integrantes do direito, ou seja, o fato de elas se mostrarem como pertencendo de modo justificado a um todo maior, o qual integram não em virtude de um critério acidental (tal como aquele que afirma ser uma decisão jurídica, pois ela foi expressa por

5 Quanto à distinção entre princípios e regras, tal como desenvolvida por Dworkin, cf. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22-28. Sobre princípios para Dworkin, vide ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 55-87. HEINOLD, Alexander. *Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011, p. 70-172. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 51-63. POSTEMA, Gewrald J. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. v. 11. Dordrecht: Springer, 2011, p. 404-411.

6 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. The moral reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 103.

um juiz), mas sim em decorrência da *consistência* que exibem quando se considera o restante do direito.<sup>7</sup>

Conseqüentemente, essa espécie de abordagem das fontes jurídicas envolve buscar oferecer a melhor leitura possível deste conjunto de fontes, a melhor interpretação do direito a ser aplicado e, conseqüentemente, a melhor resposta à questão colocada. Nesse contexto a perspectiva do direito como integridade se conecta por meio da ideia de desenvolver a melhor leitura possível a outro tema tratado por Dworkin, aquele da possibilidade de uma resposta correta. Quanto a essa matéria cumpre considerar a seguinte passagem:

Minha tese sobre respostas corretas em casos difíceis é, conforme eu disse, uma afirmação jurídica muito fraca e do senso comum. [...] Eu pergunto se, no sentido ordinário em que juristas possam dizer isto, é sempre convincente ou correto ou acurado dizer, sobre algum caso difícil, que o direito, compreendido apropriadamente, está no sentido do alegante (ou do alegado). Respondo que sim, algumas afirmações dessa espécie são convincentes ou corretas ou acuradas sobre alguns casos difíceis. [...] Teóricos do direito possuem um impulso aparentemente irresistível, porém, em insistir que a tese de que existe uma única resposta correta precisa significar algo mais do que o que é capturado na opinião ordinária de que um lado possui o melhor argumento em *Cruzan*. Eles pensam que eu preciso dizer não apenas que existem respostas corretas em algum sentido ordinário, [...] mas que existem *de fato* respostas corretas, ou respostas corretas *verdadeiramente reais*.<sup>8</sup>

Ou seja, afirmar que existe uma resposta correta, para Dworkin, consiste em afirmar que um caso se apresenta para certo sujeito como sendo um caso que deve ser resolvido de uma forma e não de outra. Essa defesa da existência de *uma resposta correta*, tal como Dworkin observa, não corresponde à afirmação “de que existe uma única resposta correta”. Ela significa menos do que isso, ela significa que quando determinado sujeito analisa o caso à luz das fontes jurídicas aplicáveis, ele se mostra convencido de que a solução mais convincente para o caso seria uma e não qualquer outra, e isto “corresponde à afirmação, então, que um ou outro princípio oferece uma justificação melhor para alguma parte da prática jurídica. Melhor de que forma? Melhor interpretativamente – melhor, isto é, pois se ajusta de forma melhor à prática jurídica e a expõe de uma forma melhor.”<sup>9</sup> Conforme Dworkin, a identificação de uma resposta correta envolve a análise das fontes interpretativas disponíveis e a identificação de uma leitura destas fontes que é melhor do que as outras, pois ela “se ajusta de forma melhor à prática”, ou seja, ela se mostra melhor integrada ao direito existente, às normas gerais existentes e às decisões que foram tomadas em decisões judiciais.<sup>10</sup>

---

7 Uma crítica geral à ideia de que a aplicação real do direito exibiria a propriedade da integridade é desenvolvida no seguinte artigo: LINDQUIST, Stefanie A. CROSS, Frank B. Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent. *New York University Law Review*, v. 80, p. 1156-1206, 2005.

8 DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 41-42.

9 DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 52.

10 Sobre a ideia de realizar a melhor leitura possível das fontes, cf. POSTEMA, Gewrald J. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. v. 11. Dordrecht: Springer, 2011, p. 432.

### 3 Desacordo teórico, a leitural moral da constituição e o direito como um conceito interpretativo

Conforme destacado, segundo Dworkin a concepção do direito como integridade não conduz a uma única forma de compreender o direito como um todo ou de interpretar as áreas específicas do mesmo, ela não conduz a uma única resposta correta para qualquer situação jurídica analisada. Porém cumpre ainda explicar por quais motivos Dworkin sustenta tal posição, por qual razão, segundo ele, não é possível que se obtenha uma compreensão unificada e única do direito. A fim de oferecer uma resposta a essa questão é preciso considerar três elementos que compõem o pensamento de Dworkin a respeito do direito, aqueles do desacordo teórico, da afirmação do direito como um conceito interpretativo e da leitura moral da constituição, razão pela qual estes temas serão tratados nos tópicos desenvolvidos logo abaixo.

#### 3.1 A teoria dos desacordos teóricos

No início de *O império do direito* é indicado que o objetivo da obra consiste no estudo de uma espécie de desacordo que se manifesta quando se discute a respeito da interpretação do direito, o desacordo teórico.<sup>11</sup> Dworkin aponta que juristas e juízes podem se encontrar na seguinte situação:

Eles podem discordar sobre os fundamentos do direito, sobre quais outras espécies de proposições, quando verdadeiras, tornam uma proposição do direito em particular verdadeira. Eles podem concordar, de modo empírico, sobre o que os códigos e as decisões judiciais passadas têm a dizer sobre a compensação por ferimentos a colegas de trabalho, mas discordar a respeito do que a lei de compensação de fato é, pois eles discordam sobre se os códigos e as decisões judiciais esgotam os fundamentos pertinentes do direito. Podemos chamar isso de um desacordo “teórico” sobre o direito.<sup>12</sup>

Conforme essa posição, quando juristas e juízes exibem um desacordo teórico sobre o direito o que existe é um desacordo sobre o que é o direito pertinente tendo em vista certa questão ou caso específico. Em uma tal situação existirão diferentes respostas à pergunta sobre qual é a natureza jurídica de certo fato ou a solução jurídica para um problema, e a pluralidade de respostas, o fato de que um julgador considera certo ato lícito, enquanto outro o reputa ilícito, por exemplo, não é causada por uma falta de acordo quanto à análise dos elementos pertinentes, sobre se de fato alguém fez ou deixou de fazer algo, ou sobre quais seriam as leis que tratam do tema, mas sim em razão de um dos indivíduos que analisa o caso levar em conta uma certa concepção do que seja o direito, a fim de manifestar sua posição sobre o tema, ao passo que outro indivíduo toma sua decisão após considerar o caso a partir de outra concepção do direito. Em tal situação os indivíduos “discordam a respeito do que o direito de fato é [...] mesmo quando eles

11 Sobre o tema, veja LEITER, Brian. Explaining Theoretical Disagreement. *The University of Chicago Law Review*, v. 76, 2009, p. 1216. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 188-196. Comentários críticos quanto à leitura dada por Dworkin a respeito dos desacordos teóricos podem ser encontrados em PATTERSON, Dennis. Theoretical Disagreement, Legal Positivism, and Interpretation. *Ratio Juris*, v. 31, n. 3, 2018, p. 261-267.

12 DWORKIN, Ronalds. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 5.

concordam a respeito de quais estatutos [legais] foram editados e sobre o que as autoridades no passado disseram e pensaram”.<sup>13</sup>

Um dos exemplos referidos por Dworkin a fim de ilustrar sua posição quanto à questão dos desacordos teóricos consiste no caso *Riggs v Palmer*.<sup>14</sup> Elmer E. Palmer era o principal beneficiário de um testamento elaborado por seu avô. Por receio de que seu avô modificasse o testamento, Elmer o matou. Conforme a legislação de direito das sucessões aplicável, Elmer teria ainda assim o direito a receber o testamento, pois não existia qualquer previsão legal no sentido de que o testamento deixaria de ser válido caso o testador fosse assassinado pelo beneficiário do testamento. A questão que se colocou quando da discussão do caso em juízo, refere Dworkin, foi se o direito a ser aplicado ao caso de fato previa que Elmer teria direito à herança, apesar de ele ter assassinado o testador. Conforme a maioria dos juízes que analisaram esse caso, Elmer não teria direito à herança, tanto porque não seria a intenção do legislador, ao elaborar o estatuto sobre testamentos, assegurar ao beneficiado por um testamento o direito à herança também nos casos em que ele causou a morte do testador<sup>15</sup>, quanto em razão da aplicação de um princípio geral do direito, de acordo com o qual “ninguém deveria lucrar com sua própria torpeza”.<sup>16</sup>

Dworkin observa a respeito da espécie de desacordo entre os juízes que julgaram o caso que “a disputa sobre Elmer não era sobre se juízes deveriam seguir o direito ou ajustá-lo no interesse da justiça”, pois ela era, isto sim, “uma disputa sobre o que era o direito, sobre o que o estatuto real promulgado pelos legisladores de fato disse.”<sup>17</sup> Desse modo, o desacordo era um desacordo “sobre como os juízes deveriam decidir que direito é criado por um texto particular promulgado pelo congresso”<sup>18</sup>, ou seja, o desacordo estava fundado na questão sobre qual norma estaria sendo expressa por meio do texto do estatuto, sobre se o objetivo da promulgação desse texto legal foi criar uma regra sem exceções, conforme a qual o determinado no testamento é válido mesmo que o testador seja assassinado pelo beneficiário, ou se o determinado no testamento não deve ser considerado válido sob tais condições.

A interpretação de Dworkin dos desacordos teóricos envolve a adoção de uma leitura específica sobre os motivos pelos quais existem tais desacordos. Para ele juristas ou juízes discordam a respeito do significado jurídico de um fato, da natureza jurídica ou contrária ao direito de certa situação, pois eles analisam o mesmo fato ou situação tendo em conta concepções diferentes do que é o direito pertinente para a formulação de uma compreensão de tal situação.<sup>19</sup>

---

13 DWORKIN, Ronalds. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 5.

14 A interpretação dada por Dworkin para esse caso não se encontra livre de críticas. Sobre o tema cumpre referir um texto de Leiter no qual ele aponta os motivos pelos quais seria possível observar a postura dos juízes na análise desse caso como um exemplo de “oportunismo interpretativo”. LEITER, Brian. Explaining Theoretical Disagreement. *The University of Chicago Law Review*, v. 76, 2009, p. 1241-1247. A expressão ocorre na p. 1244 dessa obra. Também é importante mencionar nesse contexto um artigo de Schauer no qual ele indica casos semelhantes a *Riggs v Palmer* que obtiveram decisões contrárias ao princípio de que ninguém deveria lucrar com a própria torpeza. SCHAUER, Frederick. The Limited Domain of the Law. *Virginia Law Review*, v. 90, n. 7, 2004, p. 1937-1942.

15 Cf. DWORKIN, Ronalds. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 19.

16 DWORKIN, Ronalds. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 20.

17 DWORKIN, Ronalds. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 20.

18 DWORKIN, Ronalds. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 23.

19 Cf. DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 8. Nesse sentido Dworkin observa que os “princípios [jurídicos] figuram nas explicações dos juízes a respeito de por que o direito é como eles afirmam que ele é, mas eles não são eles mesmos identificadas por qualquer teste de pedigree padrão amplamente aceito. Ao contrário, a identidade, caráter e peso dos princípios que figuram no argumento

Essa espécie de explicação do motivo dos desacordos poderia ser objetada, aponta Dworkin, por meio da afirmação de que em realidade os desacordos não teriam como fundamento concepções distintas do que seria o direito aplicável. Em relação à negação de sua proposta explicativa Dworkin irá apresentar duas posições distintas, as quais serão agora expostas.

Uma primeira posição em relação à natureza dos desacordos teóricos, aponta Dworkin, envolve a defesa da ideia de que “o desacordo teórico é uma ilusão, que os juristas e juízes concordam com respeito aos fundamentos do direito”, e que “quando eles parecem estar discordando da forma teórica a respeito do que é o direito, eles estão em realidade discordando a respeito do que ele deveria ser”.<sup>20</sup> Assim, seguindo o raciocínio de Dworkin, uma das hipóteses de explicação da natureza do desacordo consiste em tratar o desacordo como algo fingido, como a simulação de um desacordo a respeito do que é o direito a fim de ocultar um desacordo sobre o que o direito deve ser.

[...] por qual motivo os juristas e juízes deveriam fingir que existia um desacordo teórico em casos como esses? Alguns positivistas possuem uma resposta rápida: juízes fingem estar discordando sobre o que é o direito, pois o público acredita que sempre existe direito e que os juízes sempre deveriam segui-lo. Conforme essa perspectiva os juristas e juízes são sistematicamente coniventes a fim de manter longe do povo a verdade de tal modo a não desiludi-los ou provocar sua fúria ignorante.<sup>21</sup>

Dworkin entende que o fundamento último para a defesa da ideia de que o desacordo seria aparente pode ser encontrado na concepção de que para os positivistas termo “direito” seria empregado pelos indivíduos que participam do desacordo de modo uniforme. Nesse sentido é afirmado: “Por que eles estão tão certos, ainda que as aparências apontem o contrário, que os juristas seguem regras comuns para usar [o termo] ‘direito’? Não pode ser a experiência o que os convence disso, pois a experiência ensina o contrário”.<sup>22</sup> O argumento proposto por Dworkin consiste em apontar que o motivo da afirmação, por parte dos positivistas, de que os desacordos são desacordos sobre o que o direito deve ser, não desacordos sobre o que é o direito, consiste em sustentar que para os positivistas existiria um acordo em relação ao que seria o direito, e uma vez que eles pensam que existia este acordo, eles não conseguiriam perceber que era justamente a falta de acordo o que motivava o desacordo teórico. Nesse contexto é preciso observar a passagem abaixo referida, a qual se inicia com a exposição daquela que seria a posição dos positivistas, e posteriormente é acompanhada dos argumentos de Dworkin contra tal leitura dos desacordos teóricos.

Se dois juristas de fato estão seguindo regras *diferentes* ao usar a palavra “direito”, usando critérios factuais diferentes a fim de decidir quando uma proposição do direito é verdadeira ou falsa, então cada um precisa querer dizer algo diferente do outro quando ele diz o que é o direito. Earl e Gray [dois dos juízes que julgaram o caso *Riggs v Palmer*] precisam querer dizer coisas diferentes quando eles afirmam ou negam que o direito permite que os assassinos herdem: Earl quer dizer que seus fundamentos para o direito são ou não satisfeitos, e Gray tem em mente os seus próprios fundamentos,

---

jurídico, eu afirmo, é controversa, e a opinião de qualquer jurista ou juiz dependem das suas próprias convicções a respeito da moralidade política e pessoal.” DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 32.

20 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 7.

21 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 37.

22 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 43.



não aqueles de Earl. Então os dois juízes não estão realmente discordando a respeito de nada quando um nega e o outro afirma essa proposição. Eles apenas não estão falando um com o outro. Seus argumentos são sem sentido da forma mais trivial e irritante, tal como uma discussão sobre bancos na qual uma pessoa tem em mente bancos que são instituições financeiras e a outra [tem em mente] bancos [de areia] dos rios. [...] Essas conclusões bizarras precisam estar erradas. O direito é uma prática exitosa e ainda que ela possa ser dotada de falhas, até mesmo de forma fundamental, ela não é uma piada grotesca. Afirmar que os juízes deveriam aplicar ao invés de ignorar o direito significa algo [significa afirmar] que os cidadãos deveriam obedecê-lo [o direito], exceto em casos raros, que as autoridades estão vinculadas por suas regras. Parece grosseiro negar tudo isso apenas porque nós algumas vezes discordamos a respeito do que é o direito de fato. Então nossos filósofos do direito tentam salvar o que eles podem. Eles se desesperam: eles dizem que os juízes nos casos difíceis estão apenas fingindo discordar a respeito do que é o direito, ou que casos difíceis são apenas disputas limítrofes à margem do que é claro e compartilhado.<sup>23</sup>

Nesse texto Dworkin volta a referir a ideia já indicada, aquela de que a afirmação de que a causa dos desacordos teóricos seria um desacordo não sobre o que é o direito, mas sim sobre o que o direito deveria ser. Em parte a resposta de Dworkin é encontrada nessa passagem e em outras semelhantes, e ela consiste em rejeitar a ideia de que existe um acordo sobre o que seja o direito, o que por sua vez se conecta com a própria concepção de direito de Dworkin, com a ideia do direito como integridade. A outra parte do argumento de Dworkin, a qual será exposta de forma detalhada na próxima seção, consiste em classificar o direito como um conceito interpretativo e em afirmar que os positivistas cometeriam um equívoco ao pensar que as pessoas que empregam a palavra “direito” compartilhariam uma concepção única desse conceito – este é o argumento do agulhão semântico, o qual será tratado na próxima seção. Porém, antes de passar à análise desse elemento da teoria dworkiniana do direito cumpre referir a segunda posição quanto ao tema dos desacordos teóricos.

No texto acima referido Dworkin menciona que outra explicação possível para os desacordos teóricos, conforme a interpretação positivista destes desacordos, seria aquela segundo a qual “casos difíceis são apenas disputas limítrofes à margem do que é claro e compartilhado”. Conforme essa explicação dos desacordos, em regra existiriam acordos sobre o que é o direito, sobre qual seria a resposta a ser dada aos casos analisados, e apenas em certo grupo minoritário de casos, os casos difíceis, existiriam desacordos.

Esses desacordos estariam fundados na falta de clareza com respeito ao que seria o direito aplicável ao caso, pois certas partes do direito, certos textos jurídicos ou precedentes, poderiam ser interpretados de diferentes maneiras. Assim, juízes e juristas precisariam *decidir* adotar uma interpretação possível ao invés de outra, e uma vez que eles nem sempre adotavam a mesma interpretação, o desacordo surgiria como consequência da pluralidade de alternativas interpretativas à disposição. Essa interpretação da fonte dos desacordos envolve sustentar duas ideias centrais, (a) a ideia de que a causa dos desacordos é a falta de clareza quanto ao direito aplicável ao caso, pois as fontes pertinentes possuem uma pluralidade de significados, e (b) a ideia de que o fenômeno do desacordo teórico não é um fenômeno pervasivo, que se manifesta de modo sistemático e regularmente quando ocorre a análise do direito, mas apenas

---

23 DWORKIN, Ronalds. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 43-44.

em certos casos, apenas nos casos difíceis. Em relação a essa leitura dos desacordos Dworkin não oferecerá muitos comentários subsequentes, tendo ele se concentrado na discussão sobre o agulhão semântico. Sobre se o “claro e compartilhado” quanto ao direito é a regra ou a exceção, isto é algo que precisaria ser justificado por meio do levantamento estatístico, o qual não foi apontado por Dworkin – Dworkin refere alguns casos em que houve disputa sobre o que seria o direito pertinente para a solução do problema confrontado, porém por si só indicar casos que confirmam certa hipótese não é o mesmo que justificar a afirmação de que tais casos são a regra, não a exceção quanto ao direito –, mas que por si só não é uma prova de que uma tal espécie de levantamento não poderia confirmar o sustentado pela hipótese dworkiniana.

### 3.2 O direito como um conceito interpretativo

A fim de expor por qual motivo Dworkin classifica o direito como um conceito interpretativo<sup>24</sup> cumpre inicialmente considerar seu argumento do agulhão semântico. De modo sintético, pode-se afirmar que o argumento do agulhão semântico consiste em sustentar que os positivistas se equivocam ao pensar que aqueles que participam em um desacordo teórico estão discutindo o que o direito deve ser, não o que o direito é, pois eles partem do pressuposto de que a fim de falar a respeito do que é designado por um termo, por exemplo, do que é aquilo que se designa com o termo “direito”, é preciso que exista um acordo sobre o que tal termo designa. Caso se siga esse raciocínio, então o desacordo em uma situação como aquela do caso *Riggs v Palmer* não seria um desacordo sobre a solução oferecida pelo direito à questão posta, a questão sobre a validade do testamento, pois ou o direito justificaria uma resposta ao caso, ou ele justificaria a outra. E como, seguindo com esse raciocínio, as partes não estavam de acordo quanto à decisão a ser tomada, o fundamento do desacordo não poderia ser o significado e o conteúdo referido com o termo “direito”, um termo que ambos estariam empregando, o que por sua vez indicaria que eles compartilhavam do seu significado. O desacordo precisaria ser sobre o que o direito deve ser, o desacordo deveria ser causado não pela ausência de concordância sobre o que é o direito (sobre o que o termo “direito” designa), mas sobre a ausência de concordância quanto ao que o direito deve ser (sobre o que o termo “direito” deve designar). Nesse sentido Dworkin afirma:

O propósito de meu argumento do “agulhão semântico” era apresentar *precisamente* este ponto: compartilhar um conceito não necessariamente significa compartilhar os critérios para sua aplicação, mas pode ao invés disto significar compartilhar paradigmas como a base para afirmações interpretativas.<sup>25</sup>

A fim de criticar a ideia de que a discussão e o desacordo seriam sobre o que o conceito “direito” deveria designar, e não sobre o que tal conceito de fato designa, Dworkin emprega dois elementos de forma combinada. O primeiro desses elementos já foi exposto logo acima e implica em afirmar que a concepção correta do direito é aquela do direito como integridade, a ideia de que o direito consiste no resultado da leitura coerente das fontes pertinentes, dos textos normativos

24 Sobre o tema, veja: GREEN, Michael Steven. Dworkin's Fallacy, or What the Philosophy of Language Can't Teach Us About the Law. *Virginia Law Review*, v. 89, 2003, p. 1897-1952. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 210-228. WALKINS-BIENZ, Renée M. *Die Hart-Dworkin Debatte*. Ein Beitrag zu den internationalen Kontroversen der Gegenwart. Berlin: Ducker & Humblot, 2004, 104-110.

25 DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 218.

e precedentes existentes, da melhor leitura possível destas fontes – de modo mais preciso, da melhor leitura que cada um dos intérpretes pode oferecer destas fontes. Se de fato o direito é assim, então a afirmação de que a discussão sobre a solução de um caso seria uma discussão sobre o que o direito deveria ser, não sobre o que o direito é, seria o produto do equívoco de deixar de perceber que existem diferentes maneiras de compreender o que é o direito, quais normas o constituem. Ou seja, seria porque a concepção do direito de um dos participantes da discussão, de um dos juízes do caso *Riggs v Palmer*, por exemplo, incluía o princípio de que ninguém deve se beneficiar da própria torpeza, ao passo que o outro juiz não identificou este princípio como um dos princípios do direito, o que motivaria o desacordo. Eles não estariam discordando sobre o que o direito deve ser, existiria o desacordo, isto sim, pois cada um deles associava o termo “direito” (e o próprio direito) a um conjunto distinto de normas. A respeito do tema cumpre considerar a seguinte passagem:

O Direito é um conceito interpretativo, [...] [o]s juízes normalmente reconhecem um dever de continuar ao invés de descartar a prática que eles passaram a integrar. [...] Quando eles discordam da forma que eu denominei teórica, seus desacordos são interpretativos. Eles discordam – em grande medida ou com respeito a pequenos detalhes – a respeito da interpretação mais convincente de algum aspecto pertinente a respeito da prática judicial.<sup>26</sup>

Como pode ser notado nessa passagem, o segundo elemento da crítica de Dworkin ao positivismo consiste no recurso à ideia de que existem conceitos interpretativos e de que “direito” é um destes conceitos interpretativos, significa dizer, que é possível que este conceito seja associado a diferentes concepções do que seja o direito. Tal como pode ser observado na passagem a seguir, visando deixar claro o que significa a noção de um conceito interpretativo, bem como ressaltar a possibilidade de um emprego coerente, porém não unificado, de um termo, Dworkin oferece as seguintes observações:

Alguns de nossos conceitos [...] funcionam como conceitos interpretativos que nos encorajam a refletir sobre e a questionar o que algumas práticas que construímos requerem. Pessoas no mundo do boxe compartilham o conceito de ganhar um round ainda que eles frequentemente discordem a respeito de quem ganhou um round em particular e sobre quais critérios concretos deveriam ser usados na decisão da questão. Cada um deles entende que as respostas a essas questões dizem respeito à melhor interpretação das regras, convenções, expectativas e outros fenômenos do boxe e sobre como tudo isso é melhor tomado em conta ao realizar aquela decisão em uma ocasião particular. [...] os conceitos de justiça, liberdade, igualdade, democracia, certo, errado, crueldade e insensibilidade [...] também funcionam para nós como conceitos interpretativos. As pessoas compartilham o conceito de justiça, apesar dos fortes desacordos tanto a respeito dos critérios para identificar a justiça quanto sobre quais instituições são injustas.<sup>27</sup>

Conforme Dworkin, está-se lidando com um conceito interpretativo quando se está tratando de um conceito que é compartilhado de uma forma específica, a partir de uma perspectiva, ao mesmo tempo em que não pode ser visto como compartilhado a partir de outra perspectiva. O conceito de justiça, para empregar o exemplo acima referido, é compartilhado no

---

26 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 87. No mesmo sentido Dworkin também afirma: “Minha hipótese [a hipótese de que “direito” é um conceito interpretativo] explica as espécies de acordos e desacordos sobre o direito que nós de fato encontramos”. DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 12.

27 DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 10-11.

sentido em que ele é utilizado como um referencial da discussão e critério de decisão, ao mesmo tempo em que ele também não é compartilhado, na medida em que ele é vinculado a diferentes compreensões específicas, diferentes concepções do significado do conceito.

Essa espécie de emprego de um conceito, a qual envolve certo compartilhamento e certa diferença, é indicada e comentada por Dworkin com as seguintes observações:

Os conceitos interpretativos também demandam que as pessoas compartilhem uma prática: eles precisam convergir e de fato tratar o conceito como interpretativo. Mas isso pode não significar convergir na aplicação do conceito. Pessoas podem compartilhar um tal conceito mesmo quando elas discordam de forma dramática a respeito de suas instâncias. Dessa forma uma teoria útil de um conceito interpretativo – uma teoria da justiça ou sobre vencer um round – não pode simplesmente referir os critérios que as pessoas usam para identificar instâncias ou simplesmente escavar a estrutura profunda do que as pessoas concordam em sua maioria que sejam instâncias. Uma teoria de um conceito interpretativo que seja útil precisa ela própria ser uma interpretação, a qual muito provavelmente será controversa, da prática na qual o conceito se encontra.<sup>28</sup>

É precisamente porque o direito, conforme Dworkin, é um conceito interpretativo, que não é possível vincular este conceito a apenas um significado, considerar apenas uma das concepções de direito correta e todas as demais equivocadas. E é porque em muitos casos existem desacordos teóricos que Dworkin afirma que o conceito de direito pode ser visto como um conceito interpretativo, pois a causa de tais desacordos é precisamente a falta de acordo quanto a qual é o direito a ser aplicado em certa situação, quais são as fontes jurídicas pertinentes a tal situação, ou, dito de outra forma, o que é que o direito afirma sobre o tema.

### *3.3 Divergências interpretativas e a leitura moral do direito*

Dworkin argumenta em algumas de suas últimas obras em favor de uma forma específica de ler as constituições, a leitura moral<sup>29</sup>, a qual consiste em compreender aqueles textos constitucionais que fazem referência a noções e princípios morais como afirmando que o próprio intérprete destes textos deve compreender que o propósito da constituição é afirmar tais noções morais, porém deixando a significação específica das mesmas a cargo dos que a interpretam.

A maior parte das constituições contemporâneas declara direitos individuais contra o governo com uma linguagem muito geral e abstrata, tal como a primeira emenda à constituição dos Estados Unidos, a qual determina que o congresso não pode elaborar qualquer lei que restrinja “a liberdade de expressão”. A leitura moral propõe que nós todos – juízes, juristas, cidadãos – interpretemos e apliquemos estas cláusulas abstratas com a compreensão de que elas invocam princípios morais sobre a decência política e sobre a justiça – [conforme os quais] é errado para os governos censurar ou controlar o que os cidadãos dizem ou publicam –, e [que nós] os incorporemos ao direito americano.<sup>30</sup>

Cumprir observar que a leitura moral não conduz a uma única interpretação do que a constituição pretende expressar, mas sim a certo grupo de possibilidades, tal como aponta

28 DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 11-12.

29 Para uma exposição crítica da teoria dworkiniana da leitura moral da constituição, cf. ROSATI, Connie S. The Moral Reading of Constitutions. In: WALUCHOW, Wil; SCIARAFFA, Stefan (Eds.). *The legacy of Ronald Dworkin*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 232-338.

30 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. The moral reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 2. No mesmo sentido, cf. DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 28-29.

Dworkin ao comentar a respeito o fato de que existem limites à leitura moral, os quais consistem no próprio texto constitucional e na forma como outras partes da constituição serão lidas, ou seja, a necessidade de oferecer uma leitura coerente da constituição e dos objetivos morais que ela contém.

A leitura moral [...] explica porque a fidelidade à Constituição e ao direito *demandam* que os juízes realizem juízos contemporâneos de moralidade política, e ela portanto encoraja uma apresentação aberta dos verdadeiros fundamentos do julgamento, na esperança de que juízes irão construir argumentos francos de princípios que permitem ao público tomar parte na discussão. Então é claro que a leitura moral encoraja advogados e juízes a lerem uma constituição abstrata à luz do que eles consideram como sendo a justiça. De que outra forma eles poderiam responder às questões morais que a constituição abstrata os coloca. Não causa surpresa ou ocasião para o ridicularizar ou suspeitar que uma teoria constitucional reflita uma postura moral. Seria uma ocasião para surpresa [...] caso ela não fizesse isso. [...] Texto e integridade agem como restrições importantes, como tenho enfatizado ao longo desta discussão. Mas ainda que essas restrições formem e limitem o impacto das convicções sobre a justiça, elas não podem eliminar esse impacto. A leitura moral insiste, porém, que essa influência não é desonesta, contanto que ela seja reconhecida de forma aberta e contanto que as convicções sejam identificadas e defendidas de forma honesta, e com isto quero dizer através de argumentos apropriados sobre princípio e não apenas com slogans superficiais e metáforas ultrapassadas.<sup>31</sup>

Por meio da proposta de uma leitura moral do direito Dworkin encontra uma via para criticar aquelas posições doutrinárias e jurisprudenciais que se baseiam na abordagem interpretativa fundada no originalismo e que se opõem a várias das posições específicas defendidas por ele com respeito a determinados temas, dentre os quais pode-se referir aqueles do tratamento discriminatório, do aborto e da eutanásia.<sup>32</sup> A leitura moral é necessária para Dworkin, pois apenas adotar a ideia de que o direito deve ser interpretado tendo a integridade como orientação não basta a fim de criticar certas posturas empregadas pelos julgadores, as quais ele pretende

---

31 DWORBIN, Ronald. *Freedom's Law*. The moral reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 37. Quanto ao fato de que a leitura moral precisa observar a integridade do direito como um limite Dworkin também comenta: “[...] a interpretação constitucional é disciplinada, sob a leitura moral, pelo requisito da *integridade* constitucional [...]. Os juízes não estão autorizados a lerem a Constituição como [afirmando] suas próprias convicções. Eles não podem ler as cláusulas morais abstratas como expressando qualquer julgamento moral particular, independentemente de quanto este julgamento pareça atrativo para ele, a não ser que eles o identifiquem como consistente em princípio com o design estrutural da Constituição como um todo, e também com as linhas dominantes da interpretação constitucional passada de outros juízes. Eles precisam se observar como parceiros com outras autoridades, passadas e futuras, que elaboram de forma conjunta uma moralidade constitucional coerente, e eles precisam cuidar para ver que o que eles contribuem se ajuste ao restante. (Disse em outro local que os juízes são como autores que criam conjuntamente um romance em cadeia no qual cada um escreve um capítulo que faz sentido como parte da história como um todo.)” DWORBIN, Ronald. *Freedom's Law*. The moral reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 10.

32 Cf. GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 3rd ed. Stanford: Standord University Press, 2013, p. 153-158 (sobre ações afirmativas), p. 231-239 (sobre aborto) e 239-241 (sobre eutanásia). KAMM, F. M. Ronald Dworkin's Views on Abortion and Assisted Suicide. In: BURLEY, Justine (Ed.). *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Cornwall: Blackwell Publishing, 2004, p. 218-240. RAKOWSKI, Eric. Reverence for Life and the Limits of State Power. In: BURLEY, Justine (Ed.). *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Cornwall: Blackwell Publishing, 2004, p. 241-263. SHIFFRIN, Seana Valentine. Autonomy, Beneficence and the Permanently Demented. In: BURLEY, Justine (Ed.). *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Cornwall: Blackwell Publishing, 2004, p. 195-217.

criticar, visto que uma decisão interpretativa adotada pelos que empregam o originalismo não se mostra problemática à luz das possibilidades de interpretação do direito, pois ela se baseia em certa leitura do texto constitucional, ainda que ela possa se mostrar criticável a partir da leitura moral do direito. Essa oposição da leitura moral ao originalismo é indicada por Dworkin na seguinte passagem:

A leitura moral insiste que a Constituição significa o que os autores pretendiam dizer. O originalismo insiste que ela significa o que eles esperavam *fazer* com sua linguagem, que como eu disse é uma questão muito diferente. [...] Conforme o originalismo, as grandes cláusulas da Carta de Direitos deveriam ser interpretadas não como estabelecendo os princípios morais abstratos que elas de fato descrevem, mas ao invés disto como referindo, em uma espécie de código ou disfarce, o que eram as próprias suposições e expectativas dos autores [da Constituição] a respeito da aplicação correta desses princípios. Dessa forma a cláusula da proteção igual tem de ser compreendida como comandando não o status igual, mas o que os próprios autores [da Constituição] pensavam que seria o status igual, apesar do fato de que, como eu disse, os autores claramente pretendiam estabelecer os primeiros padrões, e não este último.<sup>33</sup>

Um aspecto central a ser considerado a respeito da leitura moral do direito de Dworkin consiste no fato de que a verificação sobre a conformidade de certa norma com a moralidade política pode se dar de duas maneiras.<sup>34</sup> A conformidade à moralidade política pode ser o resultado do fato de que a norma considerada à luz deste referencial consiste em *uma forma possível* de realização da moralidade política (tal como no exemplo sobre as normas de trânsito), mas também pode ser resultante do fato de que um norma (a qual não necessariamente foi expressa em um texto normativo, tal como acima referido quanto ao caso *Riggs v Palmer*) decorre dos propósitos estabelecidos na constituição, vista esta como uma forma de materialização de tal moralidade política. Assim, utilizando um exemplo referido por Dworkin (o caso fictício da Sra. Sorenson), se o ordenamento jurídico contém uma norma que prevê que ninguém será indenizado caso a pessoa que busca a indenização não consiga demonstrar quem causou o dano, e se além disto tal norma se ajusta à noção de moralidade política (no sentido de que tal norma não está em conflito com aquilo que é compreendido como significando tal forma de moralidade), então esta pessoa não possui direito à indenização. Por outro lado, caso o ordenamento jurídico não possua uma

33 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the american constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 13

34 “Suponhamos que o legislativo [...] tenha adotado um estatuto que estabelece de forma explícita que ninguém pode obter indenização por um dano causado por um medidamento perigoso a não ser contra pessoas ou instituições a respeito das quais ficou demonstrado que elas causaram tal dano. Qualquer interpretação competente do direito daquele estado iria então resultar no julgamento [...] de que a senhora Sorenson [a parte que reivindica tal direito] não possui qualquer direito à indenização. Seria equivocado pensar que a moralidade iria exercer algum papel naquele julgamento. Ela exerce um papel importante na interpretação do papel constitucional do legislativo. A razão que possuímos para supor que um corpo [político] constituído tal como aquele corpo é constituído possui o poder de criar direito são razões de moralidade política, e se os juristas discordam a respeito do caráter preciso destas razões morais, [então] eles irão inevitavelmente discordar ao menos em algumas ocasiões a respeito de qual foi o direito que o legislativo de fato criou. Aquele papel da moralidade é particularmente evidente em nações como os Estados Unidos (e, de forma crescente, em outras democracias maduras), onde o poder legislativo é criado em constituições que também limitam aquele poder. [...] Mesmo quando parece óbvio que uma promulgação legislativa não ofende qualquer padrão moral constitucional – que o direito de trânsito não nega a ninguém o devido processo legal, por exemplo – a moralidade desempenha um papel negativo naquele julgamento [...]. Pode ser óbvio que o direito do trânsito não pode ser objetado moralmente; mas também isto é um julgamento moral.” DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 16-17.

previsão explícita que exija a demonstração de quem causou o dano, então é possível argumentar (ainda que isto seja discutível, tal como Dworkin aponta ao afirmar que “se os juristas discordam a respeito do caráter preciso destas razões morais, [então] eles irão inevitavelmente discordar ao menos em algumas ocasiões a respeito de qual foi o direito que o legislativo de fato criou”) que a pessoa faz juz a uma indenização, ainda que ela não consiga comprovar quais empresas forneceram o medicamento que ela havia ingerido.

Quanto à discussão sobre o originalismo cumpre ainda notar que se o originalismo de fato ocorre na prática, se na realidade da aplicação do direito os tribunais recorrem à interpretação originalista, àquilo que os autores da constituição pretendiam afirmar por meio das palavras e expressões escolhidas, então o originalismo integra e conforma a prática do direito, e se ele constitui o próprio direito, então a proposta de interpretação do direito que visa tratar o direito como um fenômeno dotado de integridade irá demandar que aqueles casos de interpretação originalista das cláusulas constitucionais sejam observados como plenamente justificados. Ou seja, empregando apenas o texto normativo e a leitura do direito como integridade podem surgir situações nas quais não existe, por si só, um argumento contra o originalismo. Nessas circunstâncias, a fim de criticar essa postura é preciso recorrer à leitura moral da constituição.

Dworkin irá oferecer um argumento em favor da leitura moral da constituição, o qual consiste em sua essência em destacar que ao elaborar a constituição seus autores buscavam não apenas declarar certas normas e limites jurídicos, mas declarar tais limites a fim de atingir certas metas morais. Ou seja, ainda que a constituição tenha que ser vista como um documento jurídico, ela também precisa ser interpretada não apenas como expressando limites jurídicos, mas também como expressando tais limites enquanto um meio, uma via a fim de expressar certos valores morais e proteger determinados bens morais.<sup>35</sup>

Onde devemos nos voltar para uma resposta à questão sobre se o positivismo ou o interpretativismo é mais preciso ou de outra forma uma compreensão melhor de como os dois sistemas se relacionam? Essa é uma questão moral ou jurídica? Suponhamos que trataremos a questão como jurídica. Olhamos para o material jurídico – as constituições, estatutos, decisões judiciais, práticas costumeiras e todo o restante – e perguntamos: o que a leitura correta de todo esse material declara como sendo a relação entre o direito e a moralidade? Não podemos responder essa questão sem uma teoria à disposição a respeito de como ler o material jurídico, e não podemos possuir uma tal teoria até que já tenhamos decidido qual papel a moralidade desempenha na fixação do conteúdo do direito.<sup>36</sup>

A leitura moral da constituição, é preciso destacar, parte da ideia de que ao criar uma constituição os autores teriam uma meta específica, uma meta moral, e não qualquer outra espécie de meta possível. Com respeito à forma como Dworkin propõe que a constituição seja lida, cumpre ainda referir a passagem abaixo na qual são expostas tanto a leitura moral da constituição quanto a leitura originalista, bem como se destaca por quais motivos o adequado seria realizar uma leitura moral da constituição:

---

35 Sobre o fato de que para Dworkin interpretar envolve vincular o interpretado a um propósito, vide PATTERSON, Dennis. Theoretical Disagreement, Legal Positivism, and Interpretation. *Ratio Juris*, v. 31, n. 3, 2018, p. 264-267. POSTEMA, Gewrald J. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. v. 11. Dordrecht: Springer, 2011, p. 425-426.

36 DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press, 2011, p. 403.

[...] as constituições jurídicas de vários países limitam o poder das autoridades legislativas e executivas com uma linguagem abstrata que é algo explicitamente moral – nenhuma punição pode ser “cruel e incomum” – ou aberta à interpretação moral – o governo não pode negar o “devido” processo legal. Tenho argumentado que essas restrições jurídicas ao poder das autoridades precisam ser lidas como restrições morais, e que os próprios juristas e juízes chamados a testar os atos legislativos e executivos contra esses padrões precisam, portanto, explorar questões morais. [...] Essa visão encontra-se rejeitada de forma firme por aqueles juristas e juízes que se denominam “originalistas”: eles acreditam que mesmo as cláusulas abstratas e aparentemente morais da Constituição americana deveriam ser interpretadas como proibindo apenas legislação ou outros atos que aqueles que muito tempo atrás escreveram ou promulgaram as cláusulas ou os constituintes faz muito falecidos deveriam ter esperado proibir. Eles insistem que apenas fatos históricos a respeito das crenças e desejos ou expectativas do povo histórico fornecem as condições de verdade das proposições do direito constitucional: a cláusula da proteção igual proíbe uma convocação somente de homens apenas se os políticos que promulgaram a décima quarta emenda após a Guerra Civil, na qual uma convocação somente de homens foi empregada, houvessem esperado que a cláusula deles iria proibir uma tal convocação. A moralidade não tem nada a ver com isso. Proponentes dessa visão [...] acreditam [...] que juízes contemporâneos não deveriam empregar raciocínios morais para interpretar os comandos da constituição, não pois por definição o direito não tem nada a ver com a moralidade, mas ao contrário, pois os melhores argumentos da moralidade política requerem que os juízes contemporâneos sejam restringidos a seguir as opiniões de alguma geração anterior e até que estas sejam substituídas não por eles mas pelo povo como um todo através de uma emenda constitucional.<sup>37</sup>

A interpretação da constituição proposta por Dworkin, a leitura moral da constituição, envolve a noção de que “uma justificação de uma prática [jurídica] precisa fazer mais do que se ajustar de forma geral à prática; ela também precisa descrever algum valor suficientemente importante que a prática serve”.<sup>38</sup> Descrever um “valor” que determinada “prática serve” – no presente contexto isto implica descrever um valor que serve à prática de interpretar a constituição – significa apontar os motivos pelos quais se deve optar por uma alternativa interpretativa, a alternativa moral, por exemplo, em detrimento da alternativa originalista, partindo da ideia de que a compreensão adequada de um objeto que foi criado com certo propósito (no caso em questão este objeto é a constituição) envolve observar este objeto à luz do propósito que animou a sua criação, o “valor [...] que a prática serve”. Assim, se o propósito que animou a criação da constituição foi a busca da realização de determinadas metas morais, a leitura adequada da constituição é aquela que observa a constituição à luz de tais metas morais e não, tal como propõe o originalismo, à luz das formas específicas e concretas por meio das quais os autores da constituição pensavam que tais metas poderiam ser atingidas.

Ao meu ver, a melhor maneira de implementar a interpretação da prática jurídica baseada na integridade é adotando [...] condições de verdade que tornam a própria questão do que é o direito em qualquer tema uma questão interpretativa. Uma proposição do direito é verdadeira, eu proponho, se ela flui dos princípios da moralidade pessoal e política que fornecem a melhor interpretação das outras proposições do direito geralmente tratadas como verdadeiras na prática jurídica contemporânea.<sup>39</sup>

37 DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 28-29.

38 DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 15.

39 DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 14.



Tal como se observa na passagem acima, para Dworkin a melhor leitura do que seja o direito é aquela que se baseia tanto na noção do direito como integridade, quanto na ideia de que a fim de interpretar o direito adequadamente é preciso observar o direito como visando a realização de determinados objetivos morais, certos “princípios da moralidade pessoal e política”. Ou seja, conforme Dworkin encontrar o direito pertinente para a solução de um caso envolve combinar a leitura do direito como integridade com a leitura moral da constituição, sendo justamente esta combinação o que torna possível a ele criticar certas posturas de juízes da suprema corte norte-americana, os quais interpretam a constituição seguindo uma perspectiva originalista.<sup>40</sup>

#### 4 A concepção de Dworkin da democracia participativa

Para Dworkin não é apropriado identificar como democrática qualquer norma (qualquer produto da interpretação das fontes jurídicas) que corresponda aos interesses da maioria dos governados, pois ele não defende uma concepção majoritária de democracia, mas sim uma concepção de democracia como parceria.<sup>41</sup> Conforme a concepção da democracia como parceria, a questão a respeito da legitimidade democrática de uma norma criada pelo parlamento não pode ser respondida por meio da mera verificação da correspondência desta norma aos interesses da maioria dos governados, pois de acordo com Dworkin apenas se pode considerar uma norma como dotada de tal forma de legitimidade caso ela se mostre ajustada à moralidade política, aos princípios da decência pública e da justiça.<sup>42</sup> Dworkin atrela a legitimidade democrática a tal perspectiva, pois segundo ele a natureza democrática de um governo e das normas criadas por este governo não depende apenas da satisfação dos interesses da maioria, mas está condicionada, isto sim, ao cumprimento de outras condições, fundamentalmente da condição de ser tal governo de fato constituído de forma igual por todos os governados.

O governo da maioria apenas é democrático quando certas condições anteriores – as condições democráticas do igual pertencimento – são satisfeitas e mantidas. Que condições são essas? [...] Primeiro, não é possível que exista democracia, concebida como empreendimento compartilhado em autogoverno, a não ser que seja dado a todos os cidadãos uma igual voz tanto nas deliberações formais públicas quanto das discussões

---

40 Uma crítica às concepções de Dworkin sobre a democracia e a respeito do controle judicial da legislação por parte das autoridades judiciais pode ser encontrada nos comentários de Waldron, os quais focam no fato de que Dworkin não justifica a posição de que não haveria “de fato uma perda para a democracia quando o legislativo de uma sociedade está submetido ao poder judicial”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 287. Sobre o tema veja ainda Id. *Ibid.*, p. 282-294.

41 “A concepção majoritária de democracia é defeituosa, pois ela não pode explicar, por si própria, o que existe de bom a respeito da democracia. O mero peso dos números, por si só, não contribui em nada para o valor de uma decisão política. Precisamos de uma abordagem mais profunda e elaborada que nos diga quais condições precisam ser satisfeitas e protegidas em uma comunidade política antes que a regra majoritária seja apropriada para essa comunidade.” DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 143. Sobre o tema vide Id. *Ibid.*, p. 127-159.

42 Nesse sentido Dworkin afirma: “é reconhecido de forma geral que a questão da interpretação se transforma em uma controvérsia política, pois a única objeção substancial à leitura moral, que leva o texto a sério, é que ela ofende a democracia. [...] Tentarei convencer você a ver a discussão constitucional em termos completamente diferentes: como um debate não sobre até que ponto a democracia deveria permitir outros valores, mas sobre o que a democracia realmente é, quando compreendida corretamente.” DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law. The moral reading of the american constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 15.

morais informais. [...] Em segundo lugar, não é possível que exista democracia concebida dessa forma a não ser que o povo tenha, como indivíduos iguais, uma participação igual no governo. É preciso que seja compreendido que o interesse de todos tem de ser levado em conta, da mesma maneira, quando se determina onde se encontra o interesse coletivo. [...] Em terceiro lugar, não é possível que exista uma empreitada democrática compartilhada a menos que seja assegurado aos indivíduos uma esfera privada dentro da qual eles são livres para aproveitar ao máximo, por si próprios, suas decisões religiosas e éticas, com respeito às quais eles apenas têm de justificar-se frente à própria consciência e juízo, e não àquela de uma maioria.<sup>43</sup>

O elemento central da concepção de democracia de Dworkin é a noção de parceria, de um agir conjunto no qual os envolvidos se observam como iguais, incluindo-se aqui a ideia de que todos devem possuir condições para tomar decisões de forma consciente, pois “[a]s pessoas não se governam caso elas sejam privadas das informações que elas precisam para realizar decisões inteligentes ou [caso elas] sejam enganadas quanto à capacidade crítica que elas precisam a fim de efetivamente julgar o registro de suas autoridades”<sup>44</sup>. Por esse motivo, a afirmação de que o governo democrático seria o governo do povo não pode se limitar à declaração de que a maioria dos governados decide os rumos do governo, pois também é necessário que os integrantes do povo se reconheçam mutuamente como participantes do governo que devem ter seus interesses considerados pelo governo: “A concepção de democracia como parceria [...] sustenta que o autogoverno não significa o governo pela maioria do povo exercitando autoridade sobre todos, mas pelo povo como um todo agindo como parceiros.”<sup>45</sup>

Conforme Dworkin, a diferença entre as duas concepções de democracia acima referidas irá motivar os diferentes posicionamentos a respeito da atividade judicial de controle das normas. O argumento dworkiniano em favor do modelo participativo de democracia envolve apontar que esta concepção de democracia justificará a atividade judicial que declara inválida uma norma desejada pela maioria, a qual pode ser declarada como em conflito com uma interpretação da constituição, porém *não precisa* ser declarada inconstitucional, uma vez que existem outras alternativas interpretativas que permitem a manutenção de tal norma.

Esse contraste profundo entre as duas concepções é ilustrado de modo marcante no debate [...] a respeito da compatibilidade entre democracia e revisão judicial. [...] A revisão judicial é uma estratégia possível [...] para melhorar a legitimidade de um governo [...] e deste modo assegurar o título moral da maioria de impor sua vontade sobre outras questões.<sup>46</sup>

43 DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 133-134.

44 DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 154

45 DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press, 2011, p. 384. No mesmo sentido Dworkin ainda afirma: “defenderei uma abordagem – a qual chamarei de a concepção constitucional de democracia – a qual rejeita a premissa majoritária. Ela nega que seja uma meta definitiva da democracia que as decisões coletivas sejam sempre ou normalmente aquelas que uma maioria ou pluralidade dos cidadãos preferiria caso [eles estivessem] plenamente informados e fossem racionais. Ela toma a meta definidora da democracia como sendo algo diferente: que as decisões coletivas sejam realizadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratem todos os membros da comunidade, como indivíduos, com igual preocupação e respeito.” DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law. The moral reading of the american constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 17.

46 DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press, 2011, p. 384-385.

Conforme Dworkin, a decisão que considera uma norma inconstitucional é possível e legítima, desde que tal decisão possa ser fundamentada por meio da indicação de que a norma criada se mostra em conflito com a própria noção de democracia como empreendimento compartilhado (por exemplo, tal como referido por Dworkin, caso a norma criada prejudique uma determinada minoria<sup>47</sup>), ou, expresso de outro modo, desde que seja possível mostrar que tal norma está em conflito com a ideia de justiça, e, portanto, com a noção de moralidade política envolvida no modelo democrático de governo.<sup>48</sup> Será com base nesse raciocínio que Dworkin afirmará sobre a prática de declarar normas inconstitucionais o seguinte: “uma vez que a constituição contém princípios morais abstratos, a fidelidade [à constituição] dá muito espaço de manobra aos juízes para condenar leis que parecem injustas a eles, ainda que elas tenham sido endossadas por um legislativo eleito de modo apropriado”.<sup>49</sup>

Assim, observa-se que conforme Dworkin a atividade judicial pode aumentar o grau de legitimidade democrática do governo mesmo em casos nos quais esta atividade contraria os interesses da maioria numérica, desde que tal atividade corresponda àqueles que seriam os interesses da maioria dos governados, quando estes governados se observassem mutuamente como participantes de um empreendimento compartilhado.

## 5 Segurança jurídica e legitimidade democrática

Conforme apontado na passagem logo acima citada, Dworkin entende que as autoridades judiciais possuem grande “espaço de manobra” graças às formulações abstratas contidas nas constituições. Mas se por um lado é verdade que em razão de tais formulações abstratas se assegura grande espaço para a realização da moralidade política e da justiça através da declaração da invalidez daquelas normas consideradas injustas, por outro é preciso registrar que tal espaço também pode ser empregado por autoridades judiciais para deixar de reconhecer a validade de normas desejadas pela maioria dos governados, sob o pretexto de que tais normas estariam em conflito com a constituição, ou seja, com os propósitos morais estabelecidos na constituição.

Conforme indicado na seção anterior, ao defender o modelo participativo de democracia Dworkin apresenta alguns motivos pelos quais tal modelo seria superior, no sentido de ser democraticamente mais legítimo, do que o modelo majoritário de democracia. Entretanto,

---

47 DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 146.

48 Quanto à participação dos governados em um governo verdadeiramente democrático Dworkin também comentará o seguinte com respeito ao vínculo moral entre os governados: “Quais são as condições do pertencimento moral, e, portanto, da liberdade positiva, e, portanto, da democracia conforme a concepção constitucional? [...] Existem duas espécies de condições. O primeiro conjunto [de condições] é *estrutural*: estas condições descrevem o caráter que a comunidade como um todo precisa ter caso ela tenha que contar como uma comunidade política genuína. Algumas dessas condições estruturais são essencialmente históricas. A comunidade política precisa ser mais do que nominal: ela precisa ter sido estabelecida por um processo histórico que produziu limites territoriais geralmente reconhecidos e estáveis. [...] o segundo conjunto de condições [...] são as condições *relacionais*: elas descrevem como um indivíduo deve ser tratado por uma comunidade política genuína a fim de que ele ou ela seja um membro daquela comunidade. Uma comunidade política não pode contar ninguém como um membro moral a não ser que ela dê àquela pessoa um *papel* em alguma decisão coletiva, uma *participação* nela, e *independência* dela.” DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. The moral reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 24.

49 DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 132-133.

ainda que ele tenha razão e de fato seja correto afirmar que o modelo participativo atribui às autoridades judiciais maior capacidade para ajustar o ordenamento jurídico e torná-lo mais justo e participativo<sup>50</sup>, é necessário apontar que esta mesma capacidade também pode ser empregada para tornar o ordenamento jurídico ainda menos justo e legítimo do que ele seria, caso as autoridades judiciais fossem tratadas como obrigadas a respeitar e aplicar em suas decisões os interesses da maioria numérica ou os interesses dos autores da constituição.

A fim de sustentar que apesar desse risco o modelo participativo de democracia se mostra superior ao modelo majoritário Dworkin recorrerá à noção acima referida de direito como integridade, a ideia de que “os princípios necessários a fim de apoiar um conjunto de decisões autoritativas precisem ser aceitos também em outros contextos”<sup>51</sup>, juntamente com uma concepção geral do fenômeno da aplicação do direito por parte das autoridades judiciais, conforme a qual *em regra* as autoridades de fato interpretariam o direito a ser aplicado em certo caso da mesma maneira como este havia sido interpretado no passado, ou seja, a regra com respeito à prática da interpretação seria a manutenção da forma usual de interpretar este direito, ao passo que as novas interpretações do direito constituiriam a exceção.

Dworkin reconhece que os termos dotados de alto grau de abstração presentes na constituição, os quais são passíveis de diferentes interpretações, podem constituir uma via para que autoridades judiciais elaborem decisões, as quais constituiriam casos de abuso do poder atribuído.<sup>52</sup> Esses casos de abuso podem incluir, ainda que não se limitem à situação a seguir referida, aqueles casos em que autoridades judiciais fazem uso de termos abstratos presentes na constituição a fim de se manifestar de forma contrária ao direito estabelecido, à interpretação

---

50 No contexto dessa discussão é oportuno referir a seguinte passagem, na qual Dworkin apresenta seu entendimento a respeito do significado da expressão “estado de direito”: “De fato existem duas concepções muito diferentes da [noção] estado de direito [*rule of law*], cada uma das quais possui seus partidários. Chamarei a primeira de concepção do ‘livro de regras’. Ela insiste que, tanto quanto possível, o poder do estado nunca deveria ser exercido contra cidadãos individuais, exceto em conformidade com as regras estabelecidas de modo explícito em um livro público de regras disponível a todos. O governo assim como os cidadãos comuns precisam atuar conforme essas regras públicas até que elas sejam modificadas, em conformidade com regras subsequentes a respeito de como elas tem de ser modificadas, as quais também são estabelecidas no livro de regras. A concepção do livro de regras é, em um sentido, muito estreita, pois ela não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser postas no livro de regras. [...] Chamarei a segunda concepção de estado de direito a concepção dos ‘direitos [subjativos]’ [*rights*]. Ela é de várias formas mais ambiciosa do que a concepção do livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos possuem direitos e deveres morais com respeito uns aos outros, e direitos políticos contra o estado como um todo. Ela insiste que esses direitos morais e políticos precisam ser reconhecidos pelo direito positivo, de tal modo que eles possam ser impostos *quando demandados por cidadãos individuais* através de tribunais ou de outras instituições judiciais da mesma espécie, tanto quanto possível. Nessa concepção o estado de direito é o ideal de um governo [orientado] por uma concepção pública acurada dos direitos individuais.” DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1985, p. 11-12.

51 DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law*. The moral reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 103.

52 “[...] o vasto poder que os juízes possuem nos princípios atribuídos de tal perquirir quanto às determinações constitucionais abstratas precisa ser disciplinado caso a Corte tenha de ser compreendida como uma instituição do direito e não como apenas outra via para a política, por respeito à integridade de suas próprias decisões ao longo do tempo. Quando a Corte muda de posição, [...] ela remove uma parte importante daquela restrição, e ela não pode fazê-lo de modo muito frequente sem comprometer sua legitimidade como um fórum não eleito comprometido em basear suas decisões sobre princípios.” DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law*. The moral reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 124-125.

usual do direito, buscando assim, sob o argumento de estar aplicando a constituição, por exemplo, elaborar determinações gerais que se caracterizam como verdadeiro legislar judicial.

Juízes precisam observar compreensões gerais e estabelecidas a respeito do caráter do poder que a constituição atribui a eles. A leitura moral os convida a encontrar a melhor concepção dos princípios morais constitucionais [...]. É claro que os juízes podem abusar de seu poder – eles podem fingir estar observando a importante restrição da integridade enquanto a ignoram. [...] A leitura moral é uma estratégia para juristas e juízes que estão agindo de boa-fé, que é tudo o que qualquer estratégia interpretativa pode ser. Eu enfatizo essas restrições da história e da integridade, pois elas mostram quão exagerada é a queixa comum de que a leitura moral dá aos juízes poder absoluto para impor suas próprias convicções morais sobre o resto de nós. [...] Nossa constituição é direito, e como todo direito está ancorada na história, na prática e na integridade.<sup>53</sup>

A saída para tal problema, conforme Dworkin, envolve a afirmação de que a integridade é de fato uma propriedade do direito, do modo como o direito é realmente interpretado, de tal forma que ainda que abusos sejam possíveis e precisem ser reconhecidos, eles seriam a exceção e não a regra quando se observa e descreve de que modo o direito se realiza.<sup>54</sup>

Tal como o próprio Dworkin nota na última passagem citada, a estabilidade (e também a segurança jurídica) pode ser vista como elemento constituinte da própria noção de justiça que se busca realizar em um governo democrático. Mas se de fato é assim, então duas questões a serem colocadas são aquela a respeito da possibilidade efetiva de afirmar que a concepção do direito como integridade realmente se mostra adequada para descrever a realidade das decisões judiciais, e a questão sobre se a concepção de democracia como parceria de fato pode ser defendida.

Caso as práticas judiciais concretas de aplicação e interpretação do direito reflitam uma integridade subjacente, então tal concepção de democracia parecer ser fortalecida. Por outro lado, caso estas práticas de aplicação do direito exibam de forma recorrente variações extremas (exemplificativamente, caso a corte suprema de um país mude de entendimento a respeito de uma questão central várias vezes em um breve período de tempo, tal como é o caso com respeito à questão da possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado no Brasil), então se torna válido colocar em questão em que medida não seria melhor, mais democrático e mais justo que a interpretação do direito de fato fosse guiada pelos interesses que motivaram a aprovação das normas a serem interpretadas (ou seja, seguindo a leitura originalista), ou pela maneira como as normas em questão são atualmente interpretadas pela maioria dos governados (significa dizer, interpretando o direito à luz do interesse da maioria numérica), afinal, qualquer uma destas duas alternativas ofereceria uma constante, um referencial estável a fim de prever o que seria considerado como constituindo o direito pertinente à solução de determinado caso.

## 6 Conclusão

Uma vez que o modelo participativo de democracia proposto por Dworkin se encontra vinculado à sua teoria da interpretação do direito, a rejeição do modelo majoritário é necessária caso se pretenda criticar a proposta originalista. Ademais, é de se notar que o modelo participativo

---

53 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. The moral reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 11.

54 Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 366-367.

depende, para seu correto funcionamento, da prática real de uma interpretação do direito que se orienta pela leitura do direito como integridade e que em regra observa as tradições interpretativas já estabelecidas. Se o direito de fato é em regra interpretado pelos tribunais tendo a noção de direito como integridade como um princípio orientador, então o risco causado pela defesa do modelo participativo de democracia com respeito à legitimidade democrática das decisões judiciais é baixo e os efeitos negativos com respeito à questão da segurança jurídica podem ser compensados por conta dos benefícios causados pelo aperfeiçoamento da prática do direito. Por outro lado, se as decisões judiciais não exibem em regra uma preocupação com a interpretação integral do direito, se os tribunais modificam sua posição quanto a diversos temas de modo frequente, então os prejuízos da escolha da leitura moral da constituição e da adoção do modelo participativo de democracia tendem a superar com grande margem os benefícios que poderiam decorrer de tal prática.

Em síntese, não é possível oferecer uma resposta única e *a priori* para a questão de qual dos dois modelos de interpretação do direito e de concepção democrática deve ser preferido, mas apenas tendo por base as práticas interpretativas existentes em certo ordenamento jurídico. A interpretação moral da constituição se ampara na existência real de uma prática de tratar o direito como um conjunto íntegro de normas e de considerar a regra a permanência das interpretações realizadas, apenas admitindo novas interpretações em casos excepcionais. Quando a realidade da interpretação do direito não reflete o fenômeno da integridade, quando a regra é a flutuação com respeito aos entendimentos expressos pelos tribunais, então sustentar a leitura moral da constituição não implica em promover a real representação dos interesses dos governados, mas apenas oferecer espaço de manobra para o exercício do arbítrio, o que por sua vez não gera um aumento, mas sim um decréscimo no grau de legitimidade da interpretação do direito por parte das autoridades judiciais. Assim, ainda que a leitura moral da constituição possa ser algo desejável, ela não precisa ser tratada como algo desejável em todas as circunstâncias. E na medida em que o modelo participativo de democracia é desejável, porém apenas sob certas circunstâncias, não é possível deixar de registrar que em muitas realidades concretas os riscos decorrentes da defesa de tal modelo de governo não compensam as vantagens que seriam, em tais casos, apenas promessas não realizáveis.

## Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. The moral reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

- DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- GREEN, Michael Steven. Dworkin's Fallacy, or What the Philosophy of Language Can't Teach Us About the Law. *Virginia Law Review*, v. 89, 2003, p. 1897-1952.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 3rd ed. Stanford: Stanford University Press, 2013.
- HEINOLD, Alexander. *Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011.
- KAMM, F. M. Ronald Dworkin's Views on Abortion and Assisted Suicide. In: BURLEY, Justine (Ed.). *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Cornwall: Blackwell Publishing, 2004, p. 218-240.
- LEITER, Brian. Explaining Theoretical Disagreement. *The University of Chicago Law Review*, v. 76, p. 1215-1250, 2009.
- LINDQUIST, Stefanie A. CROSS, Frank B. Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent. *New York University Law Review*, v. 80, p. 1156-1206, 2005.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- PATTERSON, Dennis. Theoretical Disagreement, Legal Positivism, and Interpretation. *Ratio Juris*, v. 31, n. 3, p. 260-275, 2018.
- POSTEMA, Gewrald J. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. v. 11. Dordrecht: Springer, 2011.
- RAKOWSKI, Eric. Reverence for Life and the Limits of State Power. In: BURLEY, Justine (Ed.). *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Cornwall: Blackwell Publishing, 2004, p. 241-263.
- ROSATI, Connie S. The Moral Reading of Constitutions. In: WALUCHOW, Wil; SCIARAFFA, Stefan (Eds.). *The legacy of Ronald Dworkin*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 323-351.
- SCHAUER, Frederick. The Limited Domain of the Law. *Virginia Law Review*, v. 90, n. 7, p. 1909-1956, 2004.

---

HIFFRIN, Seana Valentine. Autonomy, Beneficence and the Permanently Demented. In: BURLEY, Justine (Ed.). *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Cornwall: Blackwell Publishing, 2004, p. 195-217.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

WALTKINS-BIENZ, Renée M. *Die Hart-Dworkin Debatte*. Ein Beitrag zu den internationalen Kontroversen der Gegenwart. Berlin: Ducker & Humblot, 2004.