

OBJETIVIDADE NA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E
OBJETIVIDADE NA MORAL - UMA REFLEXÃO A
PARTIR DAS LUZES E DAS SOMBRAS DA PROPOSTA DE
RONALD DWORKIN

*Pilar Zambano**

1. Introdução; 2. O Direito como prática interpretativa e a interpretação como criação; 2.1. O Direito como integridade; 2.2. Os limites da criação: os juízos pré-interpretativos e de encaixe; 2.3. A coerência é uma questão do intérprete; 3. A leitura moral da Constituição; 4. Dificuldades na aplicação prática de Constituição; 4.1. uma leitura moral "liberal" da Constituição; 4.2. Objeções epistemológica e política à leitura moral da Constituição; 5. As raízes da discreção irrestrita; 6. Notas; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A interpretação constitucional tem sido, sem discussão, um dos *topoi* jurídicos mais transitados durante os últimos anos, em boa medida como consequência do influxo de um novo modo de pensar a Constituição e as suas múltiplas funções na vida social. Ronald Dworkin tem sido um dos autores que mais tem se dedicado ao tema, tentando, entre outras coisas, conciliar a necessidade de uma certa objetividade ou inter-subjetividade que permita «levar a sério» a Constituição e os direitos, juntamente com a existência de uma sociedade com uma gama amplíssima de «concepções compreensivas razoáveis», por onde se emprega a conhecida expressão rawlsiana. A finalidade deste trabalho consiste em pôr em evidência as linhas de força do intento de Dworkin e em destacar dentro delas tanto aqueles aspectos da proposta que resultam mais resgatáveis ou sugestivos como aqueles outros menos sólidos. Em particular, tentar-se-á examinar e verificar em que medida a teoria de Dworkin sobre a interpretação constitucional oferece ao intérprete ferramentas eficazes para garantir algum grau de objetividade em suas conclusões.

Esta indagação pode ser encarada de múltiplas maneiras. Uma opção perfeitamente legítima seria abordar o tema seguindo fielmente o seu desenvolvimento histórico, desde os primeiros artigos, como "The Model of Rules" ou "Social Rules and Legal Theories" – depois reunidos em *Leuando os direitos a sério*¹ –, até as suas últimas expressões nos trabalhos mais recentes do autor, como – por citar algum – "Judges New Role: Should Personal Convictions Count?"².

Esta alternativa não se adotará aqui por diversos motivos, dentre os quais interessa agora deter-se em um: esta exposição não pretende propor uma posição – por assim dizer – genealogia do pensamento do autor. Não se trata de estudar minuciosamente as raízes da obra intelectual de Dworkin e de suas – conforme seja o caso – sutis e drásticas modificações ao longo do tempo. Trata-se, na verdade, do seguinte: de pôr à prova uma tendência muito difundida em nossos tempos, da qual Dworkin é um representante paradigmático: a tendência a tomar uma postura crítica do "positivismo" sem assumir, em toda a sua extensão, os pressupostos epistemológicos em que se assenta esta crítica.

A postura crítica que Dworkin assume, com respeito ao positivismo, se manifesta, pelo menos, nas seguintes teses: (a) a distinção entre direitos "morais" e direitos "legais", outorgando *status* jurídico tanto a estes como àqueles; (b) a negação da suficiência de critérios puramente formais, como a regra de reconhecimento de Hart, para a determinação da validade do Direito; (c) a consequente correção de metodologias de interpretação permeáveis à entrada de critérios substantiais ou materiais no Direito; e (d) a negação da descrição irrestrita na solução dos chamados "casos difíceis" ou, numa linguagem mais clássica, lacunas do Direito.³

Dentre todos estes pontos, este estudo centrar-se-á nos dois últimos: a descrição da interpretação como uma tarefa criativa, em que o juiz incorpora critérios que não podem ser reconhecidos "mecanicamente" através das chamadas regras de reconhecimento, e a negação da descrição irrestrita na solução de casos difíceis. Convém adiantar desde agora que, em termos gerais, compartilha-se aqui da formulação descritiva destas críticas que Dworkin propõe ao positivismo. A nosso critério, as aporias na proposta do autor não se manifestam tanto na descrição do Direito como uma prática interpretativa e na descrição da interpretação como um raciocínio moral, além de técnico, mas, principalmente, na justificação ética dessa descrição. Ou seja, na teoria moral que, a juízo de Dworkin, justifica o Direito como "prática interpretativa" e que justifica a interpretação como um fazer "moral". Essa justificação lança por terra a sua rejeição à "descrição irrestrita na aplicação do Direito a casos difíceis" ou, em outras palavras, a sua anelada busca de objetividade na interpretação em geral e na interpretação constitucional em particular. E lança por terra a objetividade por uma razão muito simples: Dworkin não é, propriamente falando, um "objetivista". E não

o é porque não quer sê-lo. E não quer sê-lo porque "não quer admitir os custos" de uma crítica consistente ao positivismo frente a um auditório pluralista a partir do ponto de vista ético.

Abordar-se-á, então, uma breve descrição das duas teses "não-positivistas" mencionadas: a interpretação criativa e a negação da descrição judicial irrestrita. Em segundo lugar, descrever-se-á a justificação ética que Dworkin propõe para o Direito, a partir da qual os juízes deveriam "criar" o Direito em seu papel de intérpretes constitucionais. Em terceiro e último lugar, tentar-se-á explicar de que forma esta justificação faz um fraco favor à pretensão de Dworkin de objetivar a interpretação constitucional.

2. O Direito como prática interpretativa e a interpretação como criação

2.1. O «Direito como integridade»

Entre 1967 e a publicação de *Taking Rights Seriously*, em 1977, Dworkin assentou as bases de sua própria concepção do Direito na esteira de sua crítica ao positivismo jurídico, enraizada na já clássica distinção entre princípios e regras e na ameaça que esta distinção representaria para, ao menos, três caracteres supostamente nucleares do positivismo: a existência e efetividade de uma «regra de reconhecimento» para testar a validade das normas jurídicas, o poder dos juízes para decidir com absoluta discricionariedade os chamados "casos difíceis" e a separação entre o Direito e a Moral na aplicação e interpretação do Direito.⁴ Em 1986, com a publicação de *Law's Empire*, Dworkin reúne estas críticas numa visão unitária e constrói uma proposta alternativa ao juspositivismo, que denomina «o Direito como integridade»⁵.

No que aqui interessa, Dworkin assinala que as exigências que denominamos "jurídicas" e que englobamos sob o conceito de "Direito", são o resultado de uma prática social interpretativa, construída e criativa.⁶

O Direito é uma prática social interpretativa porque cada um de seus participantes (os legisladores, os juízes, os advogados, os cidadãos em geral) desempenha o seu papel específico na prática através de atos interpretativos, ou seja, através de atos mediante os quais atribuem um sentido (*purpose*) tanto a cada uma das exigências concretas da prática como à prática em seu conjunto.⁷

É uma prática interpretativa construída, porque o conjunto dos mandatos que denominamos "Direito" se constrói não somente nos atos especificamente orientados à criação do Direito, como a sanção de normas, mas também no resto dos atos através dos quais se participa do Direito, ou seja, na aplicação

e na obediência às suas normas. Em outras palavras, mediante a participação na prática social "Direito" se constrói a própria prática da qual se participa. Por fim, o Direito é uma prática interpretativa criativa, porque na interpretação construtiva das exigências jurídicas os atores não utilizam um procedimento lógico avaliativo, que só serve para explicitar o que está implícito neste material, mas recriam estas exigências a partir do seu próprio universo axiológico.⁸

Em síntese, para Dworkin, a interpretação não é um pressuposto da aplicação do Direito que possa ser separado existencialmente da criação ou da obediência. Em vez disso, a interpretação é a essência do fenômeno social que denominamos "Direito", e impregna toda a sua dinâmica: a criação, a aplicação e a obediência. Dworkin se opõe, assim, ao que denomina tese "canônica" do Direito, segundo a qual o Direito se criaria através de atos institucionais perfeitamente identificáveis no tempo e no espaço, tais como a sanção de uma norma ou o ditado de um precedente e, sobretudo, perfeitamente dissociáveis da aplicação e da obediência ao Direito.⁹

Pois bem, o que propriamente julga cada ator jurídico no momento de interpretar o Direito, quer seja com o fim específico de criar uma nova norma, de aplicá-la ou de obedecê-la? O que têm em comum todos estes atos interpretativos? Em toda interpretação construtiva e criativa — explica Dworkin mais detalhadamente — confluem, ao menos, quatro juízos. Em primeiro lugar, um juízo pré-interpretativo (*preinterpretative stage*), através do qual cada participante decide quais exigências pertencem à prática e quais não, e identifica o material que deve interpretar. Com o juízo pré-interpretativo distinguem-se, por exemplo, as regras jurídicas das regras religiosas e das regras de urbanidade.

Em segundo lugar, um juízo de justificação geral (*general justification*), com o qual se atribui o objeto ou fim às exigências da prática — no nosso caso, às exigências jurídicas. Neste estágio, o intérprete se pergunta pelas razões que legitimam a prática em seu conjunto e a tornam razoável. Este juízo se encontra limitado pelo terceiro juízo, o juízo de encaixe ou de acomodamento (*fit*), com o qual se constata que a justificação global da prática escolhida no juízo justificativo oferece uma explicação aceitável da prática. Este juízo invalidaria, por exemplo, a interpretação de que, numa monarquia republicana, como a espanhola ou a inglesa, o único e excluyente fim justificativo do Direito é a salvaguarda da vontade do Rei. Por fim, e em quarto lugar, com o juízo de ajuste ou de reforma (*reforming stage*) se decide de que maneira se deve aplicar uma regra, deixar de aplicá-la ou reformá-la para que realize, no caso, o objeto da prática e para que mostre a prática em sua melhor luz.¹⁰

Um exemplo talvez esclareça melhor estas classificações e subclassificações. Num país imaginário, um grupo de habitantes que carecem de cidadania inter-

põe um recurso jurisdicional, solicitando que o Estado lhes proporcione proteção frente a agressões xenófobas, que comportam um sério risco para as suas vidas. O Juiz competente deverá decidir o caso, diria Dworkin, consultando as normas que formam parte da prática jurídica na qual se desempenha, e não, em vez disso, consultando a sua consciência ou as suas crenças religiosas. Isto é, o Juiz deverá ser capaz de distinguir, com o juízo pré-interpretativo, entre as normas morais e religiosas às quais adere e as normas jurídicas que compõem a prática constitucional da qual forma parte. Com isto não se afirma que as normas morais às quais o Juiz sabe estar ligado em consciência não desempenham papel algum na decisão final que tomará. Como já se adiantou, Dworkin nega explicitamente isto. Mas claro está, também para Dworkin, que para poder decidir quão permeáveis são as normas jurídicas ao raciocínio moral, é preciso, em primeiro lugar, ser capaz de distinguir umas normas de outras.

Pois bem, o critério para distinguir as normas jurídicas das normas morais ou religiosas é dado pelo que Dworkin denomina "o conceito de Direito", sobre o qual se assenta o juízo "pré-interpretativo". Dworkin sustenta que, em toda prática interpretativa, os participantes podem diferir entre si — e, de fato, o fazem — acerca do sentido último que adjudicam à prática da qual participam. No entanto, quanto mais alto for o nível de abstração em que se define este objeto ou sentido último da prática, menos profundas deverão ser as divergências; e, vice-versa, quanto mais concreta e detalhada for a definição do objeto, as divergências poderão ser — e, de fato, costumam ser — maiores. O ponto mais alto de abstração em que se define o objeto de uma prática — e com relação ao qual não pode haver divergências entre os participantes — é o que Dworkin denomina "conceito" da prática.¹¹ No que concerne ao Direito, Dworkin sustenta que, em toda discussão acerca do mesmo, assume-se o seguinte conceito de Direito: o Direito é a regulação do uso da força pública sobre indivíduos e grupos.¹² Com base neste conceito, o Juiz do nosso caso imaginário terá que assegurar-se, através do juízo pré-interpretativo, de que as normas à luz das quais decidirá o caso são normas que, direta ou indiretamente, regulam o uso da coação pública.

Uma vez identificadas as normas que formam parte da prática jurídica na qual atua, o Juiz deverá se perguntar se tais normas reconhecem aos não-cidadãos o direito à vida e a sua proteção estatal. A norma jurídica que o Juiz entender mais diretamente vinculada ao caso será uma norma constitucional que estabelecerá o seguinte: "Todos os cidadãos têm direito à vida. O Estado implementará as ações que forem necessárias para preservá-la contra agressões ilegítimas". Parece claro que, para resolver o caso, o Juiz terá que decidir se esta norma concreta sob estudo — que só nomeia os cidadãos como titulares do direito à vida e à sua proteção — deve ser interpretada literalmente ou se, em vez disso, pode ser — mediante a aplicação do princípio de analogia — estendida aos estrangeiros.

belecerá o seu próprio critério de encaixe, precisamente porque se trata de que a justificação se encaixe nas peculiaridades de cada prática.

No entanto, Dworkin entende que há, pelo menos, uma consequência prática deste juízo de encaixe que é comum a qualquer democracia constitucional, a saber, a exigência de “coerência”. Numa democracia constitucional, diz Dworkin, a justificação geral que se der do Direito terá que assumir o fato de que o uso público da coação não se dispensa de qualquer modo, mas que aspira a proporcionar um trato coerente aos cidadãos, sincrônica e diacronicamente. Sincronicamente, espera-se que as leis tratem de um modo análogo os casos análogos e que os juízes julguem com prescindência de quem é que são as partes, o que corresponde a dizer que as respeitam por igual. Diacronicamente, os juízes estão ligados a outras interpretações anteriores das normas e, mais precisamente, dos princípios que subjazem às regras declaradas por outros juízes em casos análogos.¹⁶

As democracias constitucionais, diz Dworkin, manifestam esta aspiração de coerência não tanto no nível das regras, mas no nível mais abstrato dos princípios.¹⁷ Em especial, manifestam a aspiração à coerência na aplicação jurisprudencial de três princípios que informam todo Direito Constitucional: os princípios de equidade, do devido processo e da justiça.¹⁸

O princípio de equidade obriga que se garanta a maior representatividade possível na tomada de decisões coletivas. O princípio do devido processo obriga que as decisões públicas que atingem os cidadãos sejam tomadas e executadas com sujeição a regras de procedimento preestabelecidas e decididas, por sua vez, de forma equitativa ou representativa. De forma que, quando Dworkin diz que numa democracia constitucional se aspira a que os juízes apliquem coerentemente os princípios de equidade e do devido processo, o que está dizendo é que uma democracia constitucional aspira a canalizar o uso da força pública através de decisões representativas, que foram tomadas e executadas por meio de procedimentos institucionais definidos representativamente. E aspira, ademais, a que as interpretações destes princípios de equidade e devido processo sejam análogas em casos análogos.¹⁹ Esta exigência de coerência no uso institucional e representativo da força, explica Dworkin, responde a uma vontade política, a saber, a vontade de tratar-nos como iguais.²⁰ Se nós queremos que os casos análogos sejam tratados analogamente, é porque queremos que sejam tratadas de forma igual aquelas pessoas que se encontram em situações iguais.

Pois bem! As democracias constitucionais não aspiram a uma coerência meramente formal no oferecimento da força pública: toda democracia constitucional aspira a algo mais do que instaurar procedimentos de decisão pública iguais para todos, institucionalizados e representativos. Junto a esta aspiração formal, e justificando esta aspiração formal, as democracias constitucionais apresentam uma aspiração de fundo. A saber, a aspiração a tratar todos os cidadãos

não somente com uma mesma concepção do devido processo e da equidade, mas também, e fundamentalmente, com uma mesma concepção de justiça. E a justiça – se não se quiser regressar ao infinito – exige uma igualdade mais profunda do que a coerência ou o trato igual entre pessoas. Exige que, antes de ser tratadas de forma igual à de outras pessoas, as pessoas sejam tratadas “iguais a si mesmas”, ou seja, “igualmente a como se deve tratar uma pessoa”. Exige, em outras palavras, o respeito à sua dignidade.²¹ O que mais propriamente define o Direito numa prática constitucional, em síntese, não é tanto o trato “igualmente institucional e representativo” entre pessoas diferentes, mas o trato “igualmente justo”.²²

2.3. A coerência é uma opção do intérprete

Toda prática jurídica constitucional pode ser entendida como o conjunto de diversas – porém análogas – aplicações e reformulações concretas das exigências de três princípios abstratos – os princípios de justiça, equidade e de devido processo. Estas aplicações e reformulações têm um fim comum, que as justifica e as explica: tratar as pessoas justamente. Tratar as pessoas com justiça, finalmente, é tratá-las com igualdade: igualdade entre si e, mais profundamente, igualdade de trato que uma pessoa merece pelo simples fato de ser pessoa.

Isto poderia se resumir dizendo que, para “o Direito como integridade”, o fim mais abstrato do Direito é realizar a justiça. Neste contexto – que, para Dworkin, é o de qualquer democracia constitucional –, a condição de “encaixe” de qualquer interpretação dos princípios e das regras que compõem uma prática constitucional é que assuma a justiça como fim último do Direito e a igualdade como uma condição essencial da justiça. Uma vez aceito isto, os intérpretes poderão diferir entre si acerca do que é a justiça e do que é a igualdade, e o juízo de encaixe determinará quais das interpretações é a que oferece uma melhor explicação da prática jurídica.

Com esta conclusão, parece que voltamos ao ponto onde começamos: suponha-se que o juízo de encaixe vá restringir a dimensão criativa da interpretação e que vá proporcionar uma única resposta correta ou, ao menos, uma única direção correta. Mas o juízo de encaixe estabelece numa democracia constitucional uma exigência moral, a saber, a exigência de tratar as pessoas de forma igualmente justa, exigência que admite tantas interpretações quantos intérpretes houver.

Ainda assim, Dworkin insiste que, se pudéssemos olhar para o Direito com um único olhar, sincrônico e diacrônico, descobriríamos que, apesar de que em sua criação intervêm diferentes atores, as diversas – e até, às vezes, contraditórias – regras são manifestações de uma visão única da justiça. Dworkin utiliza

a famosa metáfora do Juiz Hércules para explicar esta coerência intrínseca ao Direito. Se um Juiz tivesse um poder cognitivo semelhante, em sua potência, ao do antigo deus grego, poderia abarcar o Direito com esse olhar único e descobriria em cada caso, sem maiores dificuldades, uma única solução, perfeitamente coerente com outras aplicações dos três princípios que subjazem ao Direito em sua totalidade e, em especial, com a visão unitária de justiça.²³

É certo, diz Dworkin frente aos seus críticos, que nenhum Juiz real tem poderes sequer semelhantes aos da sua criatura divina. Mas, em todo caso, este é um problema do Juiz, não do Direito. Não há lacunas irresolúveis no Direito: o que há são juízes limitados para encontrar as soluções. E as limitações dos juízes de carne e osso não servem como desculpa, diz Dworkin, para não tentar encontrar a melhor resposta que — sabem eles — se encontra inscrita nos princípios que, por oposição às regras, são a garantia da objetividade no Direito.²⁴

Pois bem, dito isto, também é preciso dizer que Dworkin é consciente de que os juízes não são Hércules, e é consciente da crítica evidente sobre este ponto, que pode se desmembrar, ao menos, em duas perguntas. Primeira: como é possível afirmar que o conjunto de interpretações passadas conformam um todo coerente que lança como resultado uma única resposta correta para todo caso, se nós, homens de carne e osso, somos incapazes de conhecer acabadamente esse todo? Segunda: o próprio Dworkin diz que cada intérprete põe em jogo uma teoria política e moral própria da justiça no momento de interpretar o Direito; sendo assim, como afirmar que o Direito é um todo coerente, se tem sido desenvolvido ao compasso de interpretações divergentes da justiça?

A resposta a ambas as perguntas é, na verdade, única.

Quando Dworkin nos diz que todo o Direito de uma prática constitucional forma um corpo coerente de princípios não está falando de um corpo que, de alguma maneira está aí, esperando ser descoberto pelo intérprete. Do que se trata, na verdade, é de uma possibilidade interpretativa. O intérprete, após compreender que o Direito se justifica na medida em que proporciona um trato coerente a todos os seus participantes, escolhe ler as normas jurídicas *como se* conformassem um sistema coerente. A coerência é, em outras palavras, uma opção do intérprete dentre outras alternativas possíveis de compreender o mundo jurídico.²⁵

Mas não só a coerência é uma opção do intérprete como também — e fundamentalmente — a concepção de justiça a partir da qual se escolhe olhar para o Direito como uma unidade. A unidade que se poderia pregar de um romance escrito em cadeia por diversos autores. Cada autor se encontra com um relato elaborado por outros múltiplos autores, ao qual tem que dar continuidade. E embora haja muitas formas possíveis de continuar o relato, indubitavelmente

re há formas que se encaixam melhor com a anterior e, sobretudo, há formas de continuar que não se encaixam em absoluto. Em qualquer caso, para saber o que se encaixa melhor com a anterior e quais coisas não se encaixam, é preciso ter alguma idéia sobre o que é um bom romance no gênero em que se está escrevendo. É preciso ter uma boa idéia sobre o que é um bom romance policial, ou então sobre o que é um bom romance romântico, conforme o caso. Do mesmo modo, para saber qual interpretação jurídica se encaixa melhor com o conjunto da prática jurídica em que se integra esta interpretação particular, é preciso ter alguma idéia de para onde vai a prática em seu conjunto: é preciso ter alguma idéia sobre qual é o fim abstrato da prática. E esta idéia não a proporciona tanto uma análise descritiva da prática mesma, quanto uma reflexão valorativa. Não a proporcionam tanto os critérios de validade vigentes em cada tradição jurídica quanto esses mesmos critérios de validade, compreendidos à luz da idéia de justiça que anima o intérprete.²⁶

Em síntese, Hércules pode encontrar a única resposta correta para cada caso porque “le” a história jurisprudencial a partir de uma particular concepção da justiça, a saber, a concepção liberal.²⁷ A conclusão cai de maduro: se a concepção liberal da justiça não for capaz de proporcionar um marco suficiente de objetividade para encontrar uma “única resposta correta” em cada caso, as restrições à discricionariedade judicial — que se espera que proporcionem o “juízo de encaixe” e a sua exigência de coerência — serão vãs.

No que segue, tentaremos verificar até que ponto a “leitura moral” dos textos constitucionais, a partir da concepção liberal da justiça que Dworkin propõe, oferece ao intérprete critérios eficazes para decidir objetivamente o conteúdo dos direitos fundamentais nos casos concretos.²⁸

3. A leitura moral da Constituição

A exigência de coerência ou de integridade — e, mais abstratamente, de justiça — não é exclusiva da interpretação constitucional, mas de toda interpretação jurídica. Todo Juiz deveria interpretar as normas legais e/ou jurisprudenciais da área na qual atua a partir de uma visão única do Direito, que possa dar razão não só da totalidade das normas que integram a sua área ou campo de competência, mas também do resto do Direito. Isto explica que, a rigor, é illusório dividir o Direito entre “casos fáceis” e “difíceis” e restringir a criação jurisprudencial unicamente aos segundos.²⁹ Em toda interpretação — como se explicou mais acima — há uma dose inevitável de criação.

No entanto, e mesmo sendo isto certo, também é verdade que a margem de criação é maior quando se trata de interpretar cláusulas constitucionais. A

razão é simples: a linguagem em que estão redigidas estas cláusulas é deliberadamente abstrata. E a abstração deliberada não pode ter outro fim senão o de delegar ao intérprete a determinação dos conceitos. Em terminologia de Dworkin, as constituições expressam “conceitos” ou “intenções abstratas”, não “concepções” ou “intenções concretas”. É tarefa do juiz, com a ajuda da filosofia política, achar a concepção ou intenção concreta que realize, do modo mais justo e coerente, o conceito jurídico plasmado no texto³⁰.

Pois bem, o que é que, em particular, tem que concretizar um juiz quando interpreta cláusulas constitucionais? É tarefa própria dos juizes, responderia Dworkin, definir de quais direitos são titulares as pessoas concretas que se apresentam frente ao estrado³¹. É tarefa de um juiz que interpreta e aplica cláusulas constitucionais definir, em particular, quais direitos ou liberdades fundamentais a Constituição reconhece como dimensões de dois valores nucleares, a saber, a dignidade e a igualdade; que peso têm estes direitos e quais são as razões legítimas para restringi-los, se é que estas existem³². Estas definições, segundo o que se acaba de dizer, podem ser feitas a partir de diversas concepções da justiça, mas, em qualquer caso, o juiz deve se assegurar de que a sua determinação oferece uma justificação do conceito interpretado que pode se aplicar coherentemente ao conjunto total da prática e da história constitucional da qual forma parte³³.

Esta exigência de ajuste requer do juiz que interprete os conceitos constitucionais a partir do ponto de vista da moral institucionalizada — ou, se se quer, positivizada — na prática constitucional em que ele está julgando³⁴. Sabemos que Hércules reconheceria o significado destes conceitos com um único olhar, o qual lhe permitiria encontrar, ao mesmo tempo, a solução mais justa e mais fiel à história do Direito Constitucional. No entanto, como também se assinalou, Dworkin sabe muito bem que os juizes de carne e osso não têm esse poder contemplativo. Propõe, então, para eles o caminho inverso na busca da solução correta. Ao invés de ir de fora para dentro, diz Dworkin, têm que ir de dentro para fora. Ao invés de olhar para todo o Direito com um único olhar e, depois, deduzir a solução para o caso concreto, os juizes terão de ir avançando a partir dos casos mais claros — nos quais os conceitos dos valores protegidos nos direitos em exame mostram-se indiscutíveis — e, na sequência, conceber uma teoria geral que sirva para dilucidar por que aqueles que conceitualizam de certo modo os valores controversos valorizam também os valores mais básicos reconhecidos nos direitos em sua totalidade, a saber, a dignidade e a igualdade³⁵.

Esta argumentação de dentro para fora é muito menos fastidiosa do que estas indicações sugerem. Por dois motivos. Por um lado, porque, como assinala Dworkin, normalmente o juiz assume como própria a moralidade institucionalizada, e bastaria, portanto, que consultasse o seu próprio critério moral³⁶.

Por outro lado, porque Dworkin considera que a moralidade institucionalizada nos sistemas jurídicos do Ocidente, a partir da qual os juizes devem definir o conteúdo e a hierarquia dos direitos, não é outra senão a ética política liberal³⁷. A coerência ou integridade e a consequente restrição da discricionariedade judicial se logram, segundo isto, quando a história constitucional se reconstrói a partir de uma visão particular da justiça: a visão liberal.

Em seu papel de filósofo político, Dworkin explicou e justificou o liberalismo com a mesma insistência e continuidade com que criticou o positivismo em seu papel de filósofo jurídico. E o fez de maneira fiel à sua concepção holística do mundo jurídico-político, não somente em trabalhos de filosofia política, mas também nas próprias obras em que tratou do problema jurídico³⁸. Dentre todas as notas que poderiam caracterizar uma concepção da justiça como liberal, Dworkin entende que a mais definidora é a de “igualdade”. Uma concepção da justiça liberal legitimará um programa político ou uma prática jurídica, dirá Dworkin, unicamente quando tratar todos os cidadãos com igual consideração e respeito³⁹. Pois bem: em que consiste tratar cada cidadão com consideração e respeito e a todos com igual consideração e respeito? Quais exigências práticas — quais regras, se se quer — constituem uma aplicação fiel deste princípio abstrato?

As formas possíveis de concretizar este princípio genérico são variadas. Mas, o que sem dúvida exige uma concepção liberal da justiça, a juízo de Dworkin, é o reconhecimento do princípio político de responsabilidade, segundo o qual o governo tem o poder e o dever de animar os indivíduos a que — reflexiva e livremente — decidam qual é o valor que concedem à vida humana globalmente considerada; mas tal concepção não tem o poder de impor um ponto de vista especial acerca de como e do porquê a vida humana é sagrada⁴⁰.

Ainda que este princípio político de responsabilidade requiera, por parte do governo, uma certa neutralidade ética em seu atuar, não é, em si mesmo, eticamente neutro nem pretende sê-lo⁴¹. Pressupõe, pelo contrário, uma determinada concepção acerca do bem ético ou daquilo que faz de uma vida uma vida boa. Dworkin denomina esta concepção “liberalismo ético”. No que aqui interessa, o liberalismo ético prescreve que uma vida é boa quando é vivida com “integridade”; e uma vida é vivida com “integridade” quando «é uma vida vivida com a convicção de que, em seus traços centrais, é uma vida apropriada para alguém»⁴². Em palavras de Dworkin, «a integridade ética converte a fusão de convicção e vida num parâmetro do êxito ético, e estipula que uma vida que não logre nunca este tipo de integridade não pode ser criticamente melhor para alguém do que uma vida que o logre»⁴³.

A unidade entre as diversas interpretações dos princípios que reconhecem direitos fundamentais e, em particular, dos conceitos de dignidade e de igual-

dade se logra, nesta inteligência, quando tais princípios e conceitos se compreendem como emanções ou concreções de um único e mesmo princípio de justiça: a saber, o princípio segundo o qual o poder público deve situar em pé de igualdade os projetos vitais dos cidadãos — independentemente de seu conteúdo —, enquanto assumidos com convicção ⁴⁴.

Se a convicção ou integridade ética é o único critério de determinação de liberdades ou de direitos fundamentais, tanto o catálogo de direitos como a extensão de cada direito em particular são ilimitados, na medida em que a convicção não exclui, *a priori*, nenhum ato ou categoria de atos. Dworkin não deixa de perceber o risco de conflito inerente a esta vocação expansiva do princípio político de responsabilidade. Em *Os direitos levados a sério* — que talvez seja o trabalho em que se deteve mais extensamente no problema do conteúdo e do alcance dos direitos — manifesta a necessidade de recorrer a algum tipo de contenção na definição judicial dos exercícios da liberdade que, projetados sobre o plano político, podem ser reconhecidos como direitos fundamentais ⁴⁵.

Porém, Dworkin adverte também que esta contenção não pode emanar de uma orientação inerente aos projetos vitais pessoais que, no liberalismo ético, excluem, por definição, uma teleologia alheia à intencionalidade do agente. Delega, então, a enumeração das liberdades ou direitos fundamentais ao consenso ético imperante em cada sociedade concreta, reservando para a filosofia política a demarcação do espectro dentro do qual este consenso — se pretende legitimidade — pode atuar. Neste sentido, introduz a sua já clássica distinção entre argumentos de princípio — orientados a justificar as restrições à liberdade que são necessárias para proteger exercícios de liberdade concorrentes — e argumentos políticos — que justificam as restrições à liberdade que são necessárias para alcançar objetivos políticos globais. Sobre esta base, os direitos fundamentais são compreendidos como espaços de liberdade imunes a qualquer ingerência do governo que não se ajusta ao seguinte critério geral de restrição da liberdade: sempre é legítimo restringir a liberdade por argumentos de princípio, ou seja, de maneira a proteger liberdades individuais de terceiros. Os argumentos políticos, pelo contrário, são aceitáveis com fortes condicionamentos ⁴⁶.

Dworkin distingue, nesta linha, «preferências pessoais» de «preferências externas». As primeiras enunciam preferências do indivíduo relativas a bens ou oportunidades que deseja para si; as segundas, por sua vez, são preferências do indivíduo relativas a que determinados bens ou oportunidades sejam ou não atribuídos a outras pessoas. A busca de objetivos políticos há de servir de justificação para as restrições da liberdade unicamente quando apontar a realizar o maior número de preferências pessoais, mas não de preferências externas. Nesta mesma linha, Dworkin diz que a ética política liberal protege as convicções “em primeira pessoa”, não em “terceira pessoa”, de forma tal que uma convicção acer-

ca do que alguém quer para si, que se manifeste indissociável do que alguém quer para os outros, é uma convicção não amparável pelo Direito ⁴⁷.

Em síntese, o que há de se verificar em cada caso é se a única justificação plausível para um esquema de regulação da liberdade é a desaprovção de um estilo de vida e o propósito de mudar eticamente o sujeito atuante ou de salvaguardar a ética comunitária. Salvando esta hipótese, não há limites para a promoção das preferências pessoais da maioria, inclusive se estas supõem a restrição da liberdade de terceiros ⁴⁸. Os direitos fundamentais embates de ordem de idéias, como recantos de liberdade frente a ilegítimos embates de maiorias dispostas a fazer valer suas “preferências externas”. Assim sendo, a lista de liberdade básicas que um juiz pode entender como compreendidas ou abarcadas pelos conceitos constitucionais que reconhecem direitos não é taxativa nem estável na igualdade liberal. O estável e taxativo são, na verdade, as razões legítimas e ilegítimas para restringir a liberdade em geral, de cuja aplicação resultará uma lista particular de direitos fundamentais para as diferentes sociedades abrangidas à igualdade liberal. A lista surgirá, em especial, da classe de preferências externas contra as quais houver de se resguardar a igualdade de consideração e de respeito no processo democrático ⁴⁹.

Uma vez definido um espaço de liberdade como direito fundamental, as razões para restringir esta zona especialmente protegida se delimitam ainda mais. Dworkin explica, nesta linha, que os únicos motivos que, a partir da igualdade liberal, legitimam a restrição dos direitos fundamentais são o resguardo dos direitos concorrentes de terceiros ou evitar uma catástrofe pública. Deixando de lado, por agora, o caso das catástrofes públicas, Dworkin esclarece, com especial referência ao caso de exercícios concorrentes de direitos que, para optar pela restrição da liberdade reconhecida num direito não basta que exista risco para outros direitos “de forma conjectural ou marginal”, mas que o risco deve ser “claro e substancial” ⁵⁰. Em segundo lugar, sustenta que, uma vez verificado o risco “claro e substancial” que o exercício de um direito provoca o exercício dos direitos de um terceiro, a determinação da prevalência de um direito sobre outro deveria refletir a ordem hierárquica existente entre ambos:

Se o governo faz a opção adequada e protege o direito mais importante a custos do que tem menos importância, então não debilitou nem desvalorizou a noção do que é um direito; coisa que, pelo contrário, teria feito se tivesse deixado de proteger o mais importante dos dois ⁵¹.

4. Dificuldades na aplicação prática de uma leitura moral "liberal" da Constituição

Aplicando ao caso hipotético dos estrangeiros a proposta de uma leitura moral liberal da Constituição, o nosso Juiz deve ler os conceitos abstratos da cláusula constitucional ("todo cidadão tem direito à vida. O Estado implementará as ações que forem necessárias para preservá-la contra agressões ilegítimas") a partir da moral institucionalizada em sua prática jurídica. A moral institucionalizada lhe dá ferramentas conceituais suficientes para decidir, como questão inicial, se o termo "cidadãos" é extensível ou não aos estrangeiros, tendo em conta as finalidades globais da prática. Dado que, no nosso exemplo, esse Juiz pertence à cultura política ocidental, a moralidade institucionalizada não é senão a do liberalismo ético e político, e as finalidades globais que devem dar-lhe luz para decidir aquela questão inicial são a proteção e a garantia da dignidade e da igualdade de "todo ser humano", entendidas ambas em clave liberal. Isto, finalmente, se traduz na obrigação judicial de verificar que os sujeitos concretos que se apresentam frente ao estrado não são vítimas da imposição de preferências externas e que não pretendem, por sua vez, impor aos outros as suas próprias preferências externas.

Desse modo, o nosso Juiz, muito provavelmente, começará o raciocínio do seguinte modo: nem todo exercício da liberdade se encontra amparado pelos direitos fundamentais; por maior que seja a convicção com que isto seja sustentado, mas, sim, aqueles exercícios que podem terminar por ser o alvo de ilegítimas preferências externas. O que se deve examinar, portanto, é se as pretensões dos estrangeiros podem compreender-se como reclamações de um espaço de liberdade frente a ilegítimas preferências externas — neste caso, por parte dos agressores³². A resposta aparentemente óbvia, a estas alturas, é "sim": as agressões dos nacionais não se podem compreender senão como a ilegítima pretensão de impor "preferências externas". Mas esta solução é passível de, ao menos, três classes de objeções: uma objeção conceitual, uma epistémica e uma de coerência moral.

4.1. Objeção conceitual à leitura moral da Constituição

A objeção conceitual pode ser resumida do seguinte modo: toda preferência pessoal traz aparelhada alguma preferência externa. Mesmo a preferência por escolher aquilo em que se quer pensar — que, em aparência, carece de qualquer transcendência sobre o exercício da liberdade alheia — requer desde condições puramente físicas, como, por exemplo, a de que os terceiros não estorvem com ruídos inoportunos, até condições morais, como a obrigação de quem tem o poder e/ou o dever de informar de fazê-lo com veracidade e responsabilidade.

Não se trata senão da já notória correlação entre direitos e deveres. Dworkin não é de todo alheio a esta dificuldade, e a resolve do seguinte modo: quando é obscura a determinação do tipo de preferência que dá razão de uma restrição à liberdade, é preciso eliminar mentalmente as eventuais preferências externas e verificar se, com esta eliminação, ainda assim se mantêm as razões para restringir as liberdades individuais³³.

Desta forma, o que um juiz liberal deveria verificar no caso seria se as pretensões dos nacionais de agredir os estrangeiros poderiam ou não ser compreendidas como dimensões de preferências pessoais, uma vez que seriam tachadas como ilegítimas motivações, tais como a desaprovacão estética ou moral do estilo de vida dos estrangeiros. No entanto, assim como não há preferências puramente pessoais, tampouco há preferências puramente externas. Os nacionais xenófobos do nosso caso poderiam arguir que as suas pretensões não pressuporiam desprezo algum para com o modelo de vida dos estrangeiros. Tratar-se-ia, simplesmente, das condições para exercer suas próprias preferências pessoais, amparadas, por sua vez, por direitos. A sua liberdade de educação exigiria a ausência de estrangeiros nos colégios de seus filhos; a sua liberdade religiosa exigiria o mesmo; a sua liberdade de trabalho ver-se-ia injustamente restringida pela intensificação da competição etc.

À inevitável confluência de preferências externas e internas determina a insu-ficiência desta distinção como parâmetro exclusivo para a avaliação da validade e/ou legitimidade de uma pretensão jurídica. Está claro que, na medida em que uma preferência pessoal não atinja os direitos fundamentais de terceiros, sua restrição deverá ilegítima. Isto está claro para o liberalismo e para qualquer tradição que se apresente como respeitadora do direito fundamental de todo ser humano a gozar de um legítimo espaço de liberdade para tomar decisões que forjam o seu próprio destino moral³⁴. O que não está tão claro é que a "afetação dos direitos de terceiros" ou da liberdade de terceiros possa operar como critério único para a demarcação desse espaço de liberdade, porquanto não é possível distinguir conceitualmente nenhum ato humano absolutamente imamente. Se todo ato gera exigências de abstenção, a classificação entre pretensões legítimas e ilegítimas terá de incorporar, necessariamente, um parâmetro suplementar que permita distinguir, dentre as "preferências externas", quais são legítimas e quais não. Mas este passo está vedado para a igualdade liberal: se as liberdades se resumem na liberdade fundamental de outorgar sentido à própria vida a partir do único e excluyente parâmetro da convicção, qualquer orientação que se imprimir aos direitos fundamentais ou às liberdades básicas a partir de parâmetros externos ao universo axiológico individual deverá injustificada.

Como é quase óbvio a estas alturas, esta dificuldade conceitual na proposta de Dworkin não se detém na demarcação de quais exercícios da liberdade são

direitos e quais não, mas, sim, continua — e se agrava — na definição de qual exercício das liberdades reconhecidas como direitos deve prevalecer perante uma concorrência de exercícios contrapostos. Supondo que a pretensão dos nacionais de excluir os estrangeiros — quando não a de atacá-los — fosse conceitualizada pelo Juiz, no caso, como uma manifestação de um direito fundamental, ele deveria comparar direitos dos nacionais com os direitos dos estrangeiros e dar prevalência ao mais importante. Nesta linha, Dworkin insistiu que na comparação relativa dos diferentes tipos de restrições sobre a liberdade não há que se medir tanto o quanto de liberdade se restringe em cada caso, mas quais valores ou interesses estão em jogo⁵⁵. A prevalência deveria ser outorgada pois, ao exercício dos direitos que maior relação manifestar com os valores concretos amparados pelos princípios constitucionais em jogo e, em última instância, com os valores básicos que sustentam todos os direitos, a saber, a dignidade e a igualdade⁵⁶.

Já se viu que os juízes atribuem sentido a estes conceitos abstratos a partir do liberalismo ético e político que, numa democracia constitucional, se identifica — ou, ao menos, deveria se identificar — com a moralidade institucional. Pois bem, o que caracteriza o modelo ético liberal é, precisamente, a formalidade ou abstração dos valores que articula. Este modelo, com efeito, abstém-se deliberadamente de propor uma concepção particular do valor da vida humana e dos restantes valores que a tornam digna de ser vivida. Limita-se, em vez disso, a delegar às pessoas concretas a definição do que é uma vida valiosa e do que é valioso para a vida, exigindo unicamente que esta definição tenha o selo da convicção. Esta abstração possui a virtude de permitir que, ao menos *prima facie*, qualquer projeto vital possa ver-se representado no projeto comunitário e, pela mesma razão, possa receber um reconhecimento jurídico. Mas a virtude é também o defeito: se todos os projetos de vida são juridicamente valiosos, não há critério para optar por um ou por outro nas eventuais e inevitáveis confrontações que possam surgir em seus respectivos desenvolvimentos práticos. Se os valores ou interesses não têm um conteúdo material comum que os faça inteligíveis a partir de *força* dos projetos de vida enfrentados, então não há modo de estabelecer comparação alguma entre eles. Voltando ao nosso exemplo, à luz do princípio de integridade ética, tão valiosas seriam as convicções dos estrangeiros de que as suas vidas têm um valor ético e jurídico como as convicções dos nacionais de que os estrangeiros não estão incluídos no projeto comunitário e que carecem, portanto, de qualquer direito a receber proteção estatal.

Dworkin poderia responder que, no caso que aqui analisamos, o seu modelo seria eficaz por duas razões: (i) a agressão aos estrangeiros seria mais custosa para a sua liberdade de independência do que a restrição às liberdades dos nacionais; e (ii) nesta mesma linha, que uma preferência pessoal nunca inclui a pre-

ferência por eliminar a existência ou a presença de outro. Mas, uma vez mais, Dworkin poderia rebater com estes argumentos tão somente se acrescentasse à convicção um elemento material ou substantivo na determinação da legitimidade e da juridicidade dos interesses.

Em relação ao primeiro argumento, o “custo” de uma restrição sobre a liberdade de independência só se pode avaliar a partir do parâmetro de quem exerce esta liberdade: qualquer avaliação externa será uma impostação, se o que definir a liberdade de independência for a convicção de quem a exerce. A partir desta perspectiva, comparar custos para as liberdades de independência confrontadas é tão absurdo como comparar peras com maçãs. Em segundo lugar — e com relação à ilegitimidade das preferências que incluem a eliminação ou a exclusão de outros —, se poderia acordar que, nesta hipótese, tratar-se-ia de uma preferência externa especialmente custosa: o seu custo é o da eliminação total das preferências pessoais (e externas) de outro sujeito, e não meramente a sua restrição. Isto é certo, e poderia ser talvez um argumento relativamente bem sucedido para resolver o nosso caso se não fosse pelo seguinte: este raciocínio pressupõe que as pretensões enfrentadas correspondem a “pessoas”, juridicamente falando. No entanto, o que havia que se resolver no caso seria, precisamente, se os estrangeiros seriam ou não pessoas do ponto de vista constitucional: se seriam ou não titulares de direitos constitucionais, começando pelo direito à vida.

Supondo que a história constitucional da qual formasse parte o Juiz “encaxasse” tanto com uma opção excludente como com uma opção incluyente da personalidade dos estrangeiros, deveria o Juiz buscar a solução, uma vez mais, no liberalismo ético. Pois bem, o liberalismo ético dispõe, neste sentido, um princípio que seria especialmente relevante no caso: o princípio ético de igualdade.

Pelo princípio de igualdade, o liberalismo ético prescreve que “é importante, de um ponto de vista objetivo, que as vidas humanas sejam um êxito e não um desperdício; e isto é igualmente importante, desde este ponto de vista objetivo, para cada vida humana”⁵⁷. Assim lido, este princípio levaria o nosso Juiz à conclusão de que o reclamo dos nacionais, na medida em que não parecesse compatível com este princípio de igualdade, seria ilegítimo. *Contra sensu*, o reclamo dos estrangeiros de obter proteção frente às agressões dos nacionais seria legítimo e juridicamente válido.

No entanto, o princípio ético liberal de igualdade, diz Dworkin, não supõe que “os seres humanos sejam o mesmo ou iguais em nada: nem que sejam igualmente racionais ou bons, ou que as vidas que creem sejam igualmente valiosas. A igualdade não se refere a uma propriedade das pessoas, mas à importância de que as suas vidas cheguem a ser algo ao invés de serem desperdiçadas”⁵⁸. O prin-

princípio ético liberal de igualdade não é um princípio ontológico, que põe em pé de igualdade toda vida humana pelo único fato de ser "vida humana", mas um princípio moral desaraigado de qualquer consideração ontológica acerca do que o homem é. A pergunta essencial para o nosso caso, parece claro, é qual é o alcance deste princípio: aplica-se a toda vida humana ou se aplica só a algumas. Há algum parâmetro que permite medir externamente quais vidas têm alguma possibilidade de chegar a "ser algo" e quais não?

As respostas que Dworkin oferece a estas perguntas são, respectivamente, "não" e "sim". O princípio ético liberal de igualdade não é universal: nem toda vida humana é igualmente valiosa a outra, porque — e aqui o "sim" à segunda pergunta faz a sua aparição — nem toda vida humana pode chegar a ser "algo"; ou, então, porque algumas vidas são "mais algo" do que outras. Assim, a vida de uma pessoa nascida é mais valiosa do que a de uma não nascida, porque a vida da primeira contém uma dose mais forte de "investimento pessoal" e a vida de uma pessoa que perdeu a sua capacidade de desenvolver "algo" é menos valiosa do que a de quem continua em caminho firme em direção à sua meta⁵⁹. Esta interpretação do princípio ético liberal de igualdade é, a juízo de Dworkin, a mais fiel ao seu fundamento, o consenso político ocidental. Nas democracias ocidentais, diria Dworkin, há um entendido consenso em torno de uma concepção da justiça liberal, e este consenso se explica ou se justifica em relação a outro consenso, um consenso subjacente, que não é tão explícito, mas que está igualmente estendido: o consenso em torno do princípio limitado de igualdade e do liberalismo ético em geral.

Dessa maneira, o juízo de "ajuste" — pelo qual qualquer juiz deve restringir a sua discricionariedade, ajustando a interpretação criativa às peculiaridades da prática da qual participa — é, na verdade, bifronte: é um juízo de ajuste à história da prática e é um juízo de ajuste ao consenso ético que subjaz a tal prática moral. No nosso caso, isto se traduziria na obrigação do juiz de optar por uma interpretação restritiva ou analógica do direito fundamental à vida dos "cidadãos", atendendo ao princípio ético liberal de igualdade. E este princípio, por sua vez, deveria ser interpretado à luz das convicções que conformam o consenso ético em que se insere tal princípio.

Dworkin, muito provavelmente, afirmaria, sem hesitação alguma, que o consenso ético liberal inclui os estrangeiros no princípio limitado de igualdade; mesmo quando, como se viu, também dissesse que o próprio consenso ético liberal *exclui* os sujeitos por nascer ou aqueles que perderam irreversivelmente o uso de suas faculdades mentais e volitivas. Porém, o certo é que quaisquer destas duas afirmações são interpretações dos princípios éticos liberais, tão sujeitas à controvérsia como as interpretações das cláusulas constitucionais e dos fins globais da prática em que se inserem.

4.2. *Objecções epistemológica e política à leitura moral da constituição*

O recurso ao consenso ético e político como fundamento último do liberalismo político e ético é a ponte para as outras duas dificuldades apontadas na leitura moral liberal da Constituição, a saber, a dificuldade epistêmica e a de coerência moral. Começando pela primeira, Dworkin pretende delimitar a discricção judicial na interpretação de normas constitucionais ajustando-a às peculiaridades da prática. Esse ajuste exige, numa democracia constitucional ocidental, que se leia a prática a partir de uma moralidade ou ética "liberal". A moralidade ou ética liberal, por sua vez, exige que se seja fiel a um consenso muito abstrato e, supostamente, também muito entendido. Mas a fidelidade a este consenso abre novamente um sem-fim de possibilidades interpretativas, não sujeitas, desta vez, ao juízo de ajuste algum. Mais: abre um número de possibilidades interpretativas muito mais amplo do que as que abriam as cláusulas constitucionais, por duas razões.

Em primeiro lugar, porque não se vê de que maneira podem ser identificadas as convicções que compõem o consenso ético que atua como marco da discricção judicial. Dworkin faz um esforço louvável para distinguir entre diferentes tipos de posições éticas e creê conseguir isolar as "convicções" das meras repetições automáticas ou preconceitos⁶⁰. No entanto, mesmo supondo que isto fosse possível para casos particulares, fica por demonstrar-se — coisa que Dworkin não faz — de que modo se pode estender ao conjunto da sociedade esta discriminação entre as convicções e as demais posições éticas. Em segundo lugar, porque, mesmo supondo que este isolamento das convicções consensuadas fosse possível e, ademais, comprovável com algum grau de objetividade, ainda seria preciso dar-lhes um sentido ou alcance de algum modo único, que sirva para objetivar as decisões judiciais que se apóiam nesses consensos de convicção.

Na verdade, Dworkin é perfeitamente consciente desta segunda dificuldade, e recorre a um remédio circular: a unidade do consenso que está na base do liberalismo ético não se "encontra" aí fora, como tampouco se encontrava "aí fora" a "coerência" interna às práticas jurídicas. Não se trata de ir realizando enquetes, mas de selecionar, dentre as convicções que se supõe serem objeto de consenso, aquelas que servem para "construir" uma ética internamente coerente e aquelas que servem de fundamento aos princípios político-liberais, em particular ao princípio político de responsabilidade e/ou tolerância:

[A] continuidade [...] tenta construir o que poderíamos chamar uma *ética liberal* — intuições e convicções acerca do caráter e dos fins da vida humana que parecem particularmente articuláveis com os princípios políticos liberais⁶¹.

Mas, então, voltemos ao ponto de partida. O Juiz do nosso caso não poderia atribuir sentido aos princípios constitucionais exclusivamente a partir da prática constitucional. Deveria, pois, recorrer à ética institucionalizada. A ética institucionalizada – a ética liberal – postula a igualdade de alguns seres humanos, não de todos, e postula como fundamento desta igualdade o consenso de convicção. Haveria, pois, de interpretar este consenso de convicção com o fim de estipular se os estranhos estariam ou não incluídos na igualdade liberal; porém, o consenso abre mais alternativas interpretativas do que as que se supunha que tinha que fechar. Para delimitar esta margem de interpretação, voltamos, portanto, ao liberalismo político, sobre a base do qual se “construiram” o liberalismo ético e o seu princípio limitado de igualdade, com uma *fé cega* – e injustificada – em que esta construção fora fiel ao consenso de convicção. O liberalismo político, porém, não diz mais do que o seguinte: “respeitar a dignidade e a igualdade é pôr em pé de igualdade os projetos vitais assumidos com alguns, de quais pessoas? Por outro lado, de que modo sopesar projetos pessoais assumidos com convicção, mas mutuamente incompatíveis? Quais convicções nos guiarão neste contrapeso?”

Em síntese – e recapitulando –, se um Juiz liberal pretender alguma objetividade em suas decisões, deverá ser capaz de “ler” e interpretar objetivamente tanto a classe de preferências que dão origem às pretensões jurídicas ou legais em jogo como, mais profundamente, o consenso moral e político que dá sentido e alcance aos princípios de justiça que regem a sua atuação. Em razão do primeiro, o intérprete deverá ser capaz de identificar e classificar as motivações psicológicas que impulsionam um setor social a pretender a restrição legal ou judicial liberais e o sentido ou alcance que esse mesmo consenso lhes imprime. Pois se os princípios não valem por uma evidência epistemológica própria nem pela sua relação com uma realidade ontológica prévia, o seu valor, o seu sentido e o seu alcance só poderão ser determinados ao se indagar as razões do consenso. Não as razões objetivas, que não existem, mas as razões que cada participante do consenso entender como válidas.

Tanto a discriminação entre preferências externas e internas como a definição do alcance e sentido dos princípios éticos liberais supõem, em síntese, o mesmo esforço de interpretação psicológica que Dworkin tão brilhantemente rachou de impraticável, em seu debate com os “originalistas”⁶². As mesmas razões que Dworkin oferece para rejeitar a objetividade e/ou fiabilidade dos métodos de interpretação que indagam as intenções do legislador se aplicam, com maior razão, às indagações de motivações coletivas não plasmadas em documento algum.

Cabe, por último, apontar uma aporia que se põe especialmente em evidência no caso imaginário que aqui analisamos, e que pode se resumir na seguinte

reafirmação: a ineficácia da igualdade liberal para se distinguir do utilitarismo. Em particular para se distinguir do utilitarismo no tocante ao caráter inegociável da pessoa e dos seus direitos.

Já foi visto o fundamento moral e político que explica a rejeição à ilegitimidade da imposição de preferências externas na igualdade liberal: a justiça exige tratar com consideração e respeito todo ser humano e com igual consideração e respeito os homens entre si. A igual consideração e respeito se traduzem – dentro de uma ética individual e política liberal – no tratamento equitativo das convicções éticas, independentemente de qual seja o conteúdo das mesmas. Mas, se isto é assim, se efetivamente a convicção abstratamente considerada é o que torna digno de respeito um modelo de vida ou uma conduta, então pouco importa o motivo pelo qual se restringe coativamente o seu desenvolvimento prático: em qualquer caso, estar-se-ia atingindo a dignidade – e, portanto, se estaria mediatizando a pessoa – de quem pretende plasmar um modelo de vida assumido com convicção.

Esta primeira formulação da dificuldade de coerência moral é, na verdade, mais retórica do que prática. É claro que toda decisão política e jurídica atinge necessariamente a liberdade individual, e é claro também que resulta impossível justificar essas restrições à liberdade perante cada uma das múltiplas e diversas concepções éticas que integram um público pluralista. O problema do liberalismo ético não é tanto que esta justificação não é possível, mas sim que, com ela, confunde o respeito à dignidade da pessoa.

A dificuldade de coerência moral é, pelo contrário, mais prática do que retórica, uma vez que se atende ao fato de que os juízes só encontram legitimidade em suas decisões quando são fiéis ao consenso ético majoritário – que Dworkin denomina “liberalismo ético” – no momento de validar ou invalidar pretensões jurídicas. Pois se isto é assim, se a maior ou menor extensão do consenso determina, efetivamente, a correção das decisões éticas, políticas e jurídicas, então pouco terá feito o liberalismo para resguardar as pessoas que esperam das decisões jurídicas um freio frente aos abusos das maiorias.

Dworkin não é alheio a estas dificuldades. Aceita que os embates à dignidade são inevitáveis no modelo liberal e se satisfaz, então, com restringir, do maior modo possível, esses embates, delimitando as razões para legitimá-los:

Poder-se-ia demonstrar que se o direito fosse definido dessa maneira, então não se incrementaria, simplesmente, o curso social, mas que esse incremento seria de uma magnitude grande o bastante para justificar qualquer ataque à dignidade ou à igualdade que pudesse significar.⁶³

Esta sorte de confissão de impotência frente a uma dinâmica política utilitarista é, uma vez mais, o resultado das deficiências do próprio modelo ético

cegamente numa sistematicidade do Direito tão conatural como perfeita. A sistematicidade ou integridade do Direito não é uma qualidade já dada: é um selo que cada intérprete escolhe estampar num conjunto de preceitos, que podem tanto vincular-se como elos de uma corrente como estar separados. É o intérprete quem escolhe montar ou não a corrente.

Para que a moralidade possa “montar a corrente” deve contar – parece claro – com uma lógica ou coerência interna que permita encontrar o ponto de encaixe entre um elo e outro. Há duas alternativas neste ponto: ou a lógica é intrínseca à realidade regulada pelos preceitos, ou a lógica é, uma vez mais, uma imposição do intérprete. Dworkin – já se viu – se inclina pelo segundo. É o intérprete das convicções (sociais, supõe-se) que conformam o “liberalismo ético” quem seleciona aquelas que melhor se encaixam em outra ordem moral, um pouco menos abstrata, mas também construída pelo próprio intérprete: o liberalismo político.

O intérprete da moralidade que assegura uma certa dose de objetividade ao Direito se encontra, em outras palavras, exatamente na mesma posição em que se encontra o intérprete do Direito: imprime a coerência, não topa com ela. Mas o intérprete do Direito pode escolher a coerência porque compreende essa escolha a partir de uma ordem normativa de certo modo externa ao Direito, que tem, por sua vez, uma unidade ou coerência intrínseca. O intérprete do liberalismo ético, pelo contrário, carece desse outro universo normativo coerente: Dworkin tapa esta carência – como se assinou – com um recurso circular: a coerência ou unidade do liberalismo ético é-lhe dada pelo liberalismo político, e a coerência ou unidade do segundo é-lhe dada pelo primeiro. Mas, como todo recurso circular, este é ineficaz para o que se propõe. A causa não pode buscar no efeito algo de que ela mesma carece.

Dworkin poderia responder – como, de fato, faz – que, na verdade, há uma certa unidade intrínseca no discurso moral liberal. Ronald Dworkin define a si mesmo, de um ponto de vista interno, como um “objetivista moral”. Pode-se falar de objetividade dentro do sistema de normas morais que conformam o discurso moral do qual participamos, diz Dworkin, pois o discurso, em seu conjunto, está logicamente estruturado. No entanto, Dworkin define a si mesmo, ao mesmo tempo, como um “cético externo”, pois não pode assegurar – nem crê que seja necessário fazê-lo – que o discurso moral, em seu conjunto, tem alguma relação com uma realidade que, de algum modo, se encontra “frente” ao discurso.

Porém, o certo é que se o discurso moral se desenvolve sem nenhuma referência, nem que seja uma referência a uma realidade destilada pelo filtro dos nossos conceitos, a crença na objetividade do discurso moral não é senão um ato de fé injustificado. Podemos crer ou não que o nosso discurso moral se relaciona com uma realidade prévia. Mas o que não podemos crer – ou, pelo menos, crer justificadamente – é que o nosso discurso moral se ordena internamente

de forma automática e necessária – tal como a mão invisível de Smith ordena o livre mercado – se esse discurso moral não se assenta, por sua vez, numa realidade intrinsecamente ordenada.

Em síntese, Dworkin aspira a uma objetividade que lhe é negada recorrentemente. É-lhe negada no plano do Direito e lhe é negada no plano da ética pessoal e da ética ou moral política. Na verdade, bem olhadas as coisas, é inevitável que se a objetividade dele se esquivava num plano, também dele se esquivará em outro, pois, para Dworkin, a ética, a política e o Direito são planos superpostos. E a objetividade escapa a Dworkin em todos os planos em que a busca, porque, a rigor, não a busca, por mais que afirme o contrário. Dworkin afirmou que é partidário de uma epistemologia moral objetiva quase que com a mesma insistência com que afirmou que o Direito oferece aos seus intérpretes uma única resposta correta⁶⁷. No entanto, apesar de toda a sua retórica “objetivista”, Dworkin não logrou mais do que a sombra desta posição epistemológica.

O que, em todo caso, requer ser decifrado é por que Dworkin se empenha em manter sua postura cética externa se esta postura lhe custa a consistência de seu discurso moral, político e jurídico. A resposta é mais prática do que teórica. Os benefícios de uma objetividade “forte” são claros para qualquer pensador político e moral contemporâneo urgido pela universalização no reconhecimento de direitos fundamentais, que são concebidos a modo de cancelas contra os eventuais abusos de maiorias formalmente corretas, mas substancialmente injustas. É claro que se se pretender proporcionar a tais direitos uma dose mínima de efetividade, a sua fonte e legitimidade terão que desvincular-se tanto dos poderes políticos constituídos como de um ambiente e oscilante consenso social majoritário. Mas claro é também que o preço real que há de se pagar por essa efetividade é um ato de humildade muito difícil de concretizar para uma tradição que identifica o respeito pela dignidade com o respeito irrestrito pelas convicções, a saber, o reconhecimento de uma instância valorativa que transcende a nossa própria vontade minoritária, majoritária e, inclusive, unânime⁶⁸.

Pois bem, Dworkin não está disposto a pagar este preço, mas tampouco o está para desistir do prêmio. Por isso, acolhe uma “objetividade débil” que, do seu ponto de vista, lhe permite tomar as vantagens da “objetividade forte” e desentender-se dos seus custos. No entanto, as vantagens que pode conservar são – por mais que o desagradem – muito mais frágeis do que aparentemente crê.

⁶⁷ Professora de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade Austral (Buenos Aires, Argentina); Douctora em Direito (Universidade de Navarra, Espanha). A autora agradece aos membros do Departamento de Filosofia do Direito e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Austral as valiosas observações e recomendações feitas a uma primeira versão deste trabalho e incorporadas à que agora se publica: Juan Cianciardo, Santiago Legarte, Joaquín Migliore, Fernando Alvarez e Alfonso Santiago. Artigo publicado na revista “Persona & Derecho”, n. 56. Tradução de Frederico Bonaldo.

6. Notas

1 Cf. as referências da nota 5.

2 *Journal of International Criminal Justice*, 1 (Abril 2003), 4.

3 Cf. sobre estes pontos, especialmente, *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, caps. 1 a 4 (aqui se utilizara a seguinte tradução desta obra: *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona: Ariel, 1984, que, no que segue, se citará com a sigla *LDS*); *A Matter of Principle*, Oxford: Clarendon Press, 1985, caps. 1 a 7 (no que segue, se citará com as siglas *AMP*); e *Law's Empire*, Cambridge Mass: Harvard University Press, 1986, caps. 1 e 2 (no que segue, se citará com as siglas *LE*).

4 Os trabalhos mais transcendentes desta época foram os seguintes: "The Model of Rules" In: *University of Chicago Law Review*, XIV (1967), reimpresso em *LDS*, cap. 2; "Social Rules and Legal Theory" In: *The Yale Law Journal*, LXXXI (1972), 855, reimpresso em *LDS*, cap. 3; e "Hard Cases" In: *Harvard Law Review*, 88 (1975), 1057, reimpresso em *LDS*, cap. 4. Entre os anos 1978 e 1983, Dworkin respondeu às réplicas que esta crítica gerou numa série de artigos que foram reimpressos nos primeiros sete capítulos de *AMP*. Sobre a polémica com Hart, cf., a título de exemplo, SOBER, E. Ph. "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute" In: *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, London: Cohen, M., ed., Duckworth 1984, pp. 3-27; bem como o resumo que o próprio Hart oferece desta polémica no *Postscriptum de HART*, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 238-276.

5 Cf., sobre a qualificação do "Direito como integridade" como uma concepção interpretativa do Direito, *LE*, pp. 225-227.

6 Cf. *Idem*, pp. 47-48.

7 Cf. *Ibidem*.

8 Cf. *Idem*, pp. 49-53.

9 Cf. *Idem*, pp. 31-35.

10 Cf. *Idem*, pp. 65-68. Dworkin não fala, a rigor, de "juízos", mas de *escpas (juzgos)* da interpretação. Parece-nos, no entanto, mais apropriado falar de "juízos" para não dar lugar ao possível erro de crer que esses juízos se sucedem no tempo uns aos outros. Naturalmente, esclarece Dworkin, os juízos confluem num olhar único (*seeing as one*) das normas que se trata de interpretar. Cf., neste sentido, *Idem*, pp. 65 e 66.

11 Cf. *Idem*, pp. 69-72. Embora o termo "concepção" seja, literalmente, mais genérico no idioma espanhol do que o termo "conceito", aqui preferimos continuar a tradução literal dos termos "conception" e "concept" já estendida entre os leitores de fala hispana, e que já aparece, por exemplo, na tradução espanhola à ditinção análoga entre o "conceito" e a "concepção" da justiça, feita por Rawls em sua obra *Teoría de la Justicia*, GONZALEZ, M.D., (trad.), México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 21. Consideramos, por outro lado, que esta opção por uma tradução literal é razoável, tendo em conta que os termos em inglês e em castelhano têm, em ambos os casos, a mesma raiz etimológica e uma fonética quase idêntica, em razão do qual inverter a relação e traduzir "concepção" por "concept" e "conceito" por "conception" poderia gerar mais confusão para quem tem acesso às duas versões das obras em questão.

12 Cf. *Idem*, pp. 93.

13 Cf. *Idem*, pp. 62-65; *AMP*, pp. 38-57, 163-4; e DWORKIN, R. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 75 (no que segue, esta obra se citará com a sigla *FL*). Dworkin esgriniu seus argumentos contrários a uma interpretação voluntarista ou subjetiva especialmente no plano da interpretação constitucional em suas discussões com os "originalistas", que defendem um apelo, o mais fiel possível, às intenções dos constituintes. Inclui neste grupo autores como o juiz Antonin Scalia, em "Originalism: The Lesser Evil" In: *The University of Cincinnati Law Review*, vol. 57 (1980), p. 1175 (cf. *FL*, p. 349, n. 4), e outros

como Robert Bork, em *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, 1990 e John Ely, em *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, pp. 43-72 (cf. *AMP*, p. 34 ss.; *FL*, pp. 75-75, e 359, nn. 4 e 6; *LE*, pp. 369 ss.).

14 Cf. *LE*, pp. 62-72.

15 Dworkin negou a discreção irrestrita especialmente contra Hart e Raz. Ele o fez tanto com argumentos lógicos, que se orientam a demonstrar as contradições às quais conduz o afirmar a discricionariedade irrestrita na interpretação, como com argumentos substanciais, que pressupõem uma concepção do Direito como a que aqui se desdobra. Cf., a respeito dos argumentos lógicos, *AMP*, pp. 119-134. Com relação aos argumentos substanciais, cf. *Idem*, pp. 136 e 137; *LDS*, pp. 130-134; e *LE*, cap. 7, especialmente, pp. 238-266.

16 Cf. *LDS*, pp. 153-156; *AMP*, pp. 158-162; *LE*, pp. 225-227; *FL*, pp. 10-12.

17 Cf. *LDS*, pp. 153-156; *AMP*, cap. 2; *LE*, pp. 206-216, especialmente p. 211; *FL*, p. 83.

18 Cf. *LE*, p. 225.

19 Cf. *LE*, pp. 176-184, 404-407.

20 Cf. *LDS*, caps. IV e XII, em especial, pp. 153-156; *LE*, pp. 95-96; DWORKIN, R. "The Ardous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve" In: *Fordham Law Review*, 65 (1997), p. 1269.

21 Cf. *LDS*, p. 295; *FL*, cap. 3, em especial p. 111; DWORKIN, R. *El dominio de la vida, una discusión acerca del laboro, la eutanasia, y la libertad individual*, trad. de R. Caracciolo, e V. Ferreres, Barcelona: ed. Ariel S.A., 1994, pp. 210-211 (no que segue, esta obra se citará com a sigla *EDV*).

22 Cf. *AMP*, p. 160; *LE*, pp. 101-104, em que Dworkin trata o problema clássico da juridicidade do sistema normativo nacional-socialista da Alemanha nazista e afirma que tal sistema só poderia se conceitualizar como "Direito" no sentido pré-interpretativo, isto é, no sentido de

que o Direito é a "regulação do uso público da coação", mas não no sentido interpretativo, de maneira que o uso público da coação é Direito unicamente quando se ajusta à exigência substantiva, e não meramente formal, de "coerência", aqui descrita. Mais adiante, Dworkin completa esta idéia com a asserção de que a coerência formal, à qual denomina "integridade", é um ideal independente da justiça: um juiz pode ser fiel à integridade ou coerência formal e, ao mesmo tempo, injusto. Perante a disjunção entre um ou outro ideal — explica Dworkin —, os juízes podem, em ocasiões, optar pela justiça e, o que é mais importante, esta opção não constituiria uma ilegítima substituição da norma jurídica pela moral: em *Idem*, p. 177. Cf., no mesmo sentido, DWORKIN, R. "The Ardous Virtue...", *op. cit.*, p. 1264.

23 Cf. *LDS*, pp. 176-198; *AMP*, p. 160; *LE*, pp. 240-258.

24 Cf. *LDS*, pp. 396-411; "Response to Overseas Commentators" In: *International Journal of Constitutional Law*, 1 (2003), pp. 661-663.

25 Cf. *LDS*, pp. 246-257; *AMP*, pp. 135-137; *LE*, cap. VI, em especial pp. 176-178.

26 Cf. *AMP*, pp. 137-145; *LE*, pp. 228-238.

27 O próprio Dworkin assinou que, se houvesse lacunas irresolvíveis no Direito, a sua existência obedeceria mais à teoria moral a partir da qual os juízes "têm" a história da prática constitucional na qual atuam do que à prática constitucional mesma: cf. *AMP*, p. 144.

28 Dworkin denomina "leitura moral" a concepção da interpretação constitucional que admite a criação jurisprudencial, mas que a sujeita ao texto, à prática e à história constitucional, de acordo com as diretrizes de sua concepção do Direito, "o Direito como integridade". Cf. *FL*, pp. 10-12.

29 Cf., sobre a inevitabilidade da criação jurisprudencial em qualquer caso constitucional, DWORKIN, R. "Should...?", *op. cit.*, p. 9; "Darwin's New Bulldog" In: *Harvard Law Review*, V. 111 (1998), pp. 1731-1732; "In

- Praise of Theory" In: *Arizona State Law Journal*, 29 (1997), p. 361; "Reply" In: *Arizona State Law Journal*, 29 (1997), p. 447.
- 30 Cf. *FL*, pp. 7-12; *LE*, p. 380; *LDS*, pp. 230-231.
- 31 Cf. *LDS*, pp. 147-162.
- 32 Cf. *Idem*, pp. 285 e 286, 295.
- 33 Cf. *FL*, p. 11.
- 34 Cf. *LDS*, p. 203. Embora em *LDS* – que é o texto que estamos tomando para descrever a interpretação dos direitos fundamentais – Dworkin não fale ainda das etapas ou momentos do juízo interpretativo, não resulta difícil identificar o "juízo de encaixe" nesta exigência de apego à moralidade institucionalizada.
- 35 Cf. *Idem*, pp. 203-206; "In Praise of Theory", *op. cit.*, p. 359.
- 36 Cf. *LDS*, pp. 205-206.
- 37 Cf. *Idem*, *EDV*, pp. 210-211, 217.
- 38 Restringindo-nos aos livros de sua autoria, Dworkin tratou do problema do liberalismo como concepção da justiça primordialmente em DWORKIN, R. *Ética privada e igualitarismo político*, trad. de A. Doménech. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993, (no que segue, esta obra se citará com a sigla *EP*) e em DWORKIN, R. *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, London: Harvard University Press, 2000 (no que segue, esta obra se citará com a sigla *SV*). Junto a estas obras dedicadas quase exclusivamente à descrição e à justificação da concepção da justiça liberal, que denomina como "a igualdade liberal", Dworkin abordou esta temática também em *LDS*, caps. 6 a 12; e *AMP*, caps. 8 a 11. Ainda que nem em *LE*, *FL* e *EDV* se incluíam capítulos dedicados exclusivamente à discussão de uma concepção liberal da justiça, nos três casos o liberalismo – e, em especial, suas prescrições a respeito dos limites das obrigações do indivíduo frente à comunidade – constitui o prisma a partir do qual se analisam a interpretação jurídica em geral, a interpretação constitucional e o direito à vida, respectivamente. Cf., neste sentido, *LE*, pp.
- 186-195; *FL*, p. 111; e *EDV*, pp. 210-211.
- 39 Cf. *SV*, p. 1.
- 40 Cf. *EDV*, pp. 198 e 200, *SV*, pp. 7, 239-240.
- 41 Neste ponto, Dworkin distingue a si mesmo de John Rawls que, segundo Dworkin, pretende desligar a sua concepção liberal da justiça de qualquer concepção ética da vida boa. Cf. *EP*, p. 61. Embora não seja o objeto deste trabalho, advertimos que, a nosso juízo, Rawls não tem esta pretensão, como admite explicitamente em RAWLS, J. *El liberalismo político*, trad. de A. Doménech. Barcelona: Crítica, 1996, pp. 225-226.
- 42 *EP*, p. 146.
- 43 *Idem*, p. 147.
- 44 Cf. *Idem*, p. 193.
- 45 Cf. *LDS*, cap. XII, em especial pp. 380-388. Ver sobre isto, mais extensamente, ZAMBRANO, P. *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*. Buenos Aires: Abaco, 2005, p. 251 ss.
- 46 Cf. *LDS*, pp. 390-391.
- 47 Cf. *EP*, p. 199.
- 48 Cf. *AMP*, p. 367; *LDS*, p. 393.
- 49 Cf. *LDS*, pp. 394-395.
- 50 Cf. *Idem*, p. 302.
- 51 Cf. *Idem*, p. 288.
- 52 Cf. *LDS*, pp. 367-368.
- 53 Cf. *Idem*.
- 54 Cf. FINNIS, J. *Agustina. Moral, Political and Legal Theory*. Oxford University Press, 1998, cap. VII, sobre a confluência, neste ponto, das tradições jusnaturalista e liberal.
- 55 Cf. *LDS*, p. 387.
- 56 Cf. *Idem*, p. 295.
- 57 *SV*, p. 5. A tradução é nossa.
- 58 *Idem*.

- 59 Cf. *EDV*, pp. 125 e 289. Para uma crítica a estas ideias cf. ZAMBRANO, P., *op. cit.*, p. 212 e ss.
- 60 Cf. *LDS*, pp. 358-365.
- 61 *EP*, pp. 63-64.
- 62 Cf. as citações da nota 13.
- 63 *Idem*, pp. 296-297.
- 64 Cf. para um desenvolvimento mais extenso desta crítica, ZAMBRANO, P., *op. cit.*, p. 294 ss.
- 65 Como assinalam Lombardi Vallauri e Norberto Bobbio, entre outros, a pretensão do positivismo novecentista, em especial da escola da exegese, de que os juízes aplicassem mecanicamente a lei se vinculava a uma nascente visão liberal, que identificava a legitimidade política com o governo das maiorias (cf. LOMBARDI VALLAURI, L. *Como di Filosofia del Diritto*. Padova: CEDAM, 1981, pp. 25-31; BOBBIO, N. *El positivismo jurídico*, trad. de R. De Asís e A. Griepi. Madrid: Debate, 1993, p. 55). Em sentido parecido, Dworkin observa que os "originalistas" norte-americanos assumem, em sua descrição e prescrição do labor judicial, a premissa "contra-maioritaria" (cf. *FL*, p. 13).
- 66 Cf., neste sentido, SERNA, P. "Sobre las respuestas al positivismo jurídico" In: *Persona y Derecho*, 37 (1997), p. 296.
- 67 Cf. *AMP*, cap. 7; *LE*, pp. 266-275; "Objectivity and Truth, You'd Better Believe It" In: *Philosophy and Public Affairs*, 25-2 (1996), 87, *passim*.
- 68 Cf., sobre a independência do fundamento da dignidade e dos direitos humanos a respeito da vontade humana, SPAEMANN, R. *Lo natural y lo racional*, trad. de D. Inerary e J. Olma. Madrid: Riarp, 1988, pp. 99-102.
- DWORKIN, Ronald. *The Model of Rules*. In: *University of Chicago Law Review*, XIV (1967).
- _____. *Social Rules and Legal Theory*. In: *The Yale Law Journal*, LXXXI (1972).
- _____. *Hard Cases*. In: *Harvard Law Review*, 88 (1975).
- _____. *Originalism: The Lesser Evil*. In: *The University of Cincinnati Law Review*, vol. 57 (1980).
- _____. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, 1980.
- _____. *Los derechos en serio*. Trad. de M. Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.
- _____. *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press, 1985.
- _____. *Law's Empire*. Cambridge Mass: Harvard University Press, 1986.
- _____. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. Free Press, 1990.
- _____. *Ética privada e igualitarismo político*. Trad. de A. Doménech. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.
- _____. *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia, y la libertad individual*. Trad. de R. Caracciolo, e V. Ferreres. Barcelona: ed. Ariel S.A., 1994.
- _____. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- _____. *Objectivity and Truth, You'd Better Believe It*. In: *Philosophy and Public Affairs*, 25-2 (1996).
- _____. *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve*. In: *Fordham Law Review*, 65 (1997).
- _____. *In Praise of Theory*. In: *Arizona State Law Journal*, 29 (1997).

7. Referências Bibliográficas

- BOBBIO, N. *El positivismo jurídico*. Trad. de R. De Asís e A. Griepi. Madrid: Debate, 1993.

- _____. Reply. In: *Arizona State Law Journal*, 29 (1997).
- _____. *Darwin's New Bulldog*. In: *Harvard Law Review*, V, 111 (1998).
- _____. *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. London: Harvard University Press, 2000.
- _____. *Response to Overseas Commentators*. In: *International Journal of Constitutional Law*, 1 (2003).
- FINNIS, J. *Quintus. Moral, Political and Legal Theory*. Oxford University Press, 1998.
- HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- LOMBARDIVALLAURI, L. *Corso di Filosofia del Diritto*. Padova: CEDAM, 1981.
- RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. GONZALEZ, M.D., (trad.). México: Fondo de Cultura Económica, 1979.
- _____. *El liberalismo político*. Trad. de A. Doménech. Barcelona: Crítica, 1996.
- SERNA, P. *Sobre las respuestas al positivismo jurídico*. In: *Persona y Derecho*, 37 (1997).
- SOPER, E. PH. *Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute*. In: *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*. London: Cohen, M., ed., Duckworth 1984.
- SPAEMANN, R. *Lo natural y lo racional*. Trad. de D. Innerarity e J. Olmo. Madrid: Rialp, 1988.
- ZAMBRANO, P. *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*. Buenos Aires: Abaco, 2005.