



## **DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS: ENTRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR**

*Thiago da Silva Cabreira<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

Este estudo analisa em que medida é possível afirmar que as Cortes Constitucionais são o local adequado para a resolução de desacordos morais razoáveis. A pesquisa, por meio de uma abordagem dialética entre Ronald Dworkin e Christopher McMahon, desenvolvida com base em fontes bibliográficas, busca verificar a hipótese de que a possibilidade de resolução dos desacordos morais razoáveis, no âmbito da jurisdição constitucional, decorre do reconhecimento das Cortes Constitucionais como fórum de princípios, sendo suas decisões legitimadas pela argumentação jurídica desenvolvida.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Casos difíceis. Moralidade política. Nominalismo moral. Epistemologia integrada.

*“Nenhuma ação pode ser virtuosa ou moralmente boa, a menos que haja na natureza humana algum motivo que a produza, distinto do sentido de sua moralidade.”*

(David Hume)

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes, Assessor Jurídico na Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, Ministério Público Federal.

## 1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, considerando o atual estágio de evolução do constitucionalismo democrático, especialmente no que se refere ao estudo dos casos difíceis, bem como ao paradigma da reaproximação entre o Direito e a moral, o presente estudo busca responder à seguinte inquietação: Em que medida é possível afirmar que as Cortes Constitucionais são o local adequado para a resolução de desacordos morais razoáveis?

Sob tal ótica, esta pesquisa verifica a hipótese de que a possibilidade de resolução de aparentes desacordos morais razoáveis, no âmbito da jurisdição constitucional, decorre do reconhecimento das Cortes Constitucionais como um fórum de princípios, sendo suas decisões legitimadas por meio da argumentação jurídica construída na solução do caso concreto. Para tal análise, é utilizada uma abordagem dialética entre a concepção do nominalismo moral de Christopher McMahon e a epistemologia integrada de Ronald Dworkin,

Portanto, o desenvolvimento deste trabalho decorre da necessidade de esclarecer a relação entre a jurisdição constitucional e a resolução de desacordos morais que permeiam a sociedade. Para isso, aponta-se parâmetros que possam balizar de maneira mais objetiva o vínculo entre a aplicação do Direito e a moralidade política subjacente às normas.

Para tanto, o artigo se divide em três seções. Em um primeiro momento, busca-se identificar a relação entre os valores morais e a jurisdição constitucional, abordando aspectos referentes aos marcos teórico, filosófico e histórico do Direito Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Nessa etapa, foca-se em elementos como o reconhecimento da força normativa da Constituição, a reaproximação do Direito Constitucional às outras áreas do conhecimento humano e a estruturação dos Tribunais Constitucionais.

Ainda, em sua segunda fase, o estudo visa delinear o conceito de desacordos morais razoáveis pela perspectiva dos casos difíceis constitucionais, destacando a concepção de Christopher McMahon acerca dos elementos estruturantes do desacordo.

Por fim, em seu terceiro estágio, o trabalho pretende analisar a relação entre os desacordos morais razoáveis, a liberdade de conformação do legislador e a jurisdição constitucional. Dessa forma, investiga-se o local adequado para resolução dessa espécie de contenda e propõe-se, nessa senda, um diálogo entre o nominalismo moral de Christopher McMahon e a epistemologia integrada de Ronald Dworkin.

## 2 OS PARADIGMAS CONTEMPORÂNEOS

De início, para que se possa investigar adequadamente a relação entre os valores morais e a jurisdição constitucional, é preciso tecer breves apontamentos relacionados ao fenômeno que alterou o Direito Constitucional no período pós-Segunda Guerra mundial, frequentemente representado pelo termo neoconstitucionalismo.

Nessa linha, cabe elucidar que é consolidado, na doutrina do pós-guerra, o reconhecimento da urgência em prevenir que as barbáries ocorridas na Segunda Guerra Mundial se repetissem. Por isso, urge, naquele período, a necessidade de desenvolver mecanismos mais efetivos de controle do poder estatal e de proteção dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a Constituição não poderia continuar exercendo um papel puramente limitado à descrição das instituições estatais e das regras de representação política. De tal modo, houve a necessidade de abrigar, em seu interior, decisões substantivas tomadas pela comunidade, direitos individuais e sociais, e uma ampla gama de temas que eram tratados, ordinariamente, em sede infraconstitucional.

Dessa forma, foram introduzidos no texto constitucional diversos preceitos estruturados em princípios e cláusulas gerais, que se diferenciaram qualitativamente das regras por possuírem uma linguagem semanticamente aberta e com forte conteúdo axiológico, traduzindo, em seus fundamentos, valores morais como a igualdade, a liberdade e a dignidade humana.

Nessa esteira, pode-se falar em uma intercomunicação<sup>2</sup>, promovida pela Constituição, entre a moralidade política<sup>3</sup> e a ordem jurídica. Tal fenômeno foi intensificado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, responsável por deslocá-la ao ápice do ordenamento, na qualidade de um documento jurídico com a capacidade de ordenar e conformar a realidade por meio da imposição do *dever ser* (HESSE, 2009, p. 137).

Nesse prisma, frente a essa reestruturação do Direito Constitucional, fortemente influenciada pela ascensão do paradigma pós-positivista, responsável por reaproximar o Direito às outras áreas do conhecimento humano, principalmente da filosofia moral e política, tornou-se imperioso o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional que pudesse

---

<sup>2</sup> Há divergências filosóficas e jurídicas em relação à forma como é processada essa intercomunicação entre o Direito e a moral. Em um breve apontamento, pode-se afirmar que, de um lado, filósofos e juristas defendem o entendimento de que o Direito e a moral estão dispostos em dois sistemas distintos e; de outro lado, a concepção de que o Direito e a moral estão inseridos em um único sistema.

<sup>3</sup> A moralidade política traduz o conjunto de valores morais responsáveis por reger as relações entre os membros de uma determinada comunidade política e o governo coercitivo.

traduzir, na aplicação do Direito, os fundamentos axiológicos que animaram essas transformações.

Com efeito, corroborando essa linha de pensamento, os professores Cláudio de Souza Pereira Neto e Daniel Sarmento fazem o seguinte apontamento:

Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas – são, em grande parte, princípios e não regras – a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de uma nova hermenêutica jurídica. A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes – constante em constituições compromissórias, marcadas pelo pluralismo axiológico – deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 203, destaques no original)

Ainda, cabe mencionar que diversos foram os estudos em busca de uma hermenêutica que pudesse, de forma coerente, realizar os valores subjacentes às normas sem, contudo, deixar de conter o poder estatal. Na realidade, a despeito da pluralidade de fórmulas hermenêuticas<sup>4</sup>, é denominador comum entre elas a rejeição ao formalismo jurídico e ao poder de discricionariedade política<sup>5</sup> do intérprete na resolução de casos onde não há, no ordenamento jurídico, uma solução passível de subsunção. Ademais, nota-se predominante o reconhecimento da força normativa dos princípios e sua distinção estrutural em relação às regras, inclusive no que toca à sua aplicação.

Além disso, esses fenômenos – insertos nos marcos teóricos e filosóficos do Direito Constitucional – quando conjugados, foram responsáveis, em grande medida, por promover uma modificação estrutural e institucional no papel desempenhado pelo Poder Judiciário, como descrito por Luís Roberto Barroso na seguinte passagem:

No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a

---

<sup>4</sup> É possível apontar o surgimento, nesse período, da hermenêutica concretizadora, de Konrad Hesse; do método tópico-problemático, de Theodor Viehweg e; posteriormente, dentre as mais sofisticadas técnicas de hermenêutica, a interpretação moral da Constituição, desenvolvida por Ronald Dworkin.

<sup>5</sup> Essa forma de discricionariedade está intimamente ligada à linha de pensamento positivista, especialmente na doutrina de Herbert Hart (1994), que confere aos juízes, frente a um caso onde não há solução clara e preestabelecida no ordenamento, o poder de criar uma regra jurídica integradora, atuando, dessa forma, como legisladores.

supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais. (BARROSO, 2019, p. 430)

Nessa toada, é importante ressaltar que essa primazia do Poder Judiciário representa a institucionalização dos novos mecanismos de contenção do poder estatal e de proteção dos direitos fundamentais – insertos nas Constituições do pós-guerra. Na verdade, isso se concretiza a partir da criação dos Tribunais Constitucionais, com competência para aplicação direta e interpretação vinculante dos mandamentos constitucionais, bem como para declaração de nulidade dos atos normativos contrários a estes.

Para além do já exposto, é certo que a jurisdição constitucional abrange uma série de institutos, sendo, contudo, possível de ser conceituada, sob o aspecto funcional, como “a função da tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional.” (CAPPELLETTI, 1984, p. 25).

Assim delineada, a jurisdição constitucional se relaciona indissociavelmente com a função de atribuição de sentido e alcance às normas constitucionais, sendo imperiosa a recepção, pelas Cortes e Tribunais Constitucionais, de paradigmas interpretativos alinhados à filosofia moral e política, à promoção dos ideais civilizatórios e à proteção dos direitos fundamentais.

É possível afirmar, portanto, a existência de uma relação entre os valores morais e a jurisdição constitucional, na medida em que a moralidade política subjacente ao conteúdo material da Constituição deve pautar a atribuição de sentido e alcance das normas constitucionais e infraconstitucionais (BARROSO, 2019, p. 334). Ainda, constata-se que essa interpretação construtiva se dá, em caráter final e vinculante, no âmbito da jurisdição constitucional exercida pelas Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais.

### **3 A RECEPÇÃO DO DESACORDO MORAL RAZOÁVEL PELO DIREITO**

Outrossim, assentadas algumas premissas relativas à reaproximação entre o Direito e a moral no contexto do neoconstitucionalismo, é imprescindível, nessa etapa, o estudo acerca dos casos especiais onde existem divergências, entre os intérpretes do Direito, no que concerne à atribuição de sentido e alcance às normas constitucionais.

Com efeito, na maior parte das ocorrências, o Poder Judiciário é provocado a se debruçar sobre questões que podem ser decididas a partir da técnica de subsunção do fato à norma, sendo certo que eventuais e aparentes antinomias devem ser solucionadas com a aplicação dos critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade. De fato, a legislação, nesses eventos, comporta juridicamente a resolução da questão levada ao crivo da tutela jurisdicional.

Noutro giro, há contextos em que a incapacidade do Poder Legislativo em regular clara e adequadamente certos aspectos da vida em comunidade faz com que a busca por uma solução se dê em um nível estruturalmente mais abstrato, onde os princípios e os valores constitucionais entram em cena.

Nessas situações, havendo uma questão constitucional controversa, as Supremas Cortes são chamadas à resolução de casos complexos que, em razão da ausência de regulação adequada e da estrutura aberta dos dispositivos constitucionais, podem dar origem a interpretações e construções normativas divergentes e, algumas vezes, aparentemente inconciliáveis.

Nesse prisma, como falta ao ordenamento jurídico uma regulação clara acerca dos direitos envolvidos, a legitimidade das decisões é transferida para a argumentação jurídica e para a capacidade do intérprete em demonstrar a racionalidade subjacente à norma que construiu para a resolução do caso concreto<sup>6</sup> (BARROSO, 2018, p. 151).

Nessa linha, como anota Luís Roberto Barroso, ainda que os intérpretes atuem de boa-fé e tenham esclarecimento em relação às matérias, as interpretações resultantes do processo criativo podem ser totalmente distintas, e nesse contexto:

Surgem, então, os *casos difíceis*, como tal entendidos aqueles que não têm uma solução pré-pronta no ordenamento jurídico, à disposição do intérprete. A solução, portanto, precisa ser construída lógica e argumentativamente pelo juiz, que se torna, assim, coparticipante do processo de criação do Direito (BARROSO, 2018, p. 150-151, grifo no original).

Os casos difíceis podem derivar, nesse passo, de divergências na atribuição de sentido às cláusulas gerais e abertas, do aparente conflito entre valores abrigados pela Constituição,

---

<sup>6</sup> É interessante pontuar a existência de um debate acerca da teoria da decisão dos casos difíceis no positivismo jurídico. Ronald Dworkin (1978) aborda essa questão afirmando que o Juiz positivista, com base em seu poder discricionário, cria um direito e aplica-o retroativamente ao caso concreto, ainda que a linguagem estruturada pelo Juiz transpareça que o direito era preexistente.

especialmente relacionados à interpretação dos princípios constitucionais, ou de desacordos razoáveis<sup>7</sup> (BARROSO, 2018, p. 150).

Nesse sentido, vale mencionar, dentre as eventuais tensões que podem consubstanciar um caso difícil, os desacordos razoáveis, onde, não obstante um debate amplo e racional, com pessoas que possuem expertise e competência na matéria discutida, podem não ser encontradas soluções consensuais entre os participantes do debate (MCMAHON, 2011, p. 68).

Pode-se tomar como exemplo, nessa senda, a questão das políticas econômicas. Após um amplo debate, com oferecimento de argumentos racionais e evidências inconclusivas de primeira ordem<sup>8</sup> relacionadas ao mérito das políticas públicas de produção de riqueza, se os envolvidos na discussão discordarem profundamente acerca de qual medida é mais eficiente, então pode-se dizer que há um desacordo razoável entre as interpretações propostas.

Nesse caso, o pano de fundo do desacordo é puramente fático. Não há apreciação de questões da moralidade política no que se refere ao agir estratégico necessário para alcançar o crescimento econômico.

Não obstante, há situações em que o desacordo incide na aceitabilidade de diferentes formas de regulação da interação entre os membros da sociedade e as instituições estatais, sendo, portanto, um dissenso em relação à densificação de valores que compõem a moralidade política.

Desse modo, pode-se refletir, mais uma vez, em relação à questão econômica, porém pelo prisma da distribuição das riquezas produzidas. Por essa ótica, é possível que haja um amplo debate, com oferecimento de argumentos racionais e com a proposição de diversos parâmetros apropriados à distribuição justa dos recursos em uma comunidade.

Contudo, os envolvidos na discussão, de maneira competente e sem influência de qualquer viés, podem discordar persistentemente acerca de qual concepção de distribuição de recursos é mais justa. A divergência, nessa esteira, pode estar relacionada à adoção da teoria de justiça distributiva que melhor satisfaça requisitos morais mais primordiais, como deixa consignado Laura Valentini:

---

<sup>7</sup> Pode-se citar como exemplo de cláusulas gerais e abertas as expressões *interesse público* e *calamidade pública*; no que toca aos aparentes conflitos entre princípios, é possível apontar situações onde a liberdade de expressão tensiona com o direito de imagem ou de privacidade; e no que se refere aos desacordos morais razoáveis, é possível apontar a questão do aborto, do suicídio assistido e aquelas vinculadas à justiça distributiva como exemplos paradigmáticos.

<sup>8</sup> Como observado por Christopher McMahon (2011), as evidências de primeira ordem são todas aquelas que não foram produzidas a partir do julgamento de outras partes envolvidas no debate. Podem ser consideradas evidências de primeira ordem, no caso em tela, os dados sobre a geração de riquezas em determinados lapsos temporais, a existência de políticas públicas relacionadas à economia, dentre outras.

Embora os liberais concordem que tal distribuição deve ser consistente com igual respeito, eles discordam parcialmente sobre a distribuição que melhor atende a esse requisito: a igualdade de recursos de Dworkin difere do princípio de diferença de Rawls, que por sua vez difere da igualdade de capacidades de Sen e Nussbaum e assim por diante. (VALENTINI, 2013, p. 179, tradução nossa)

Nesse caso, o desacordo não encontra fundamento em fatos, mas sim em um conjunto de valores morais que regem a organização da comunidade política, composto por conceitos interpretativos como a igualdade, a liberdade, a dignidade e a justiça. Nessa circunstância, e em situações semelhantes, pode-se dizer que há um desacordo moral razoável entre as partes envolvidas.

Ademais, não obstante a delimitação enquanto fenômeno dos desacordos morais razoáveis, é importante salientar que, quando concebidos pelo prisma dos casos difíceis constitucionais, a inquietação que se impõe, necessariamente, diz respeito à essencialidade em definir o local adequado para resolução do desacordo moral e, conseqüentemente, a postura adotada pela Corte Constitucional ao prolatar sua decisão.

#### **4 ENTRE A DELIBERAÇÃO COMPARTILHADA E O FÓRUM DE PRINCÍPIOS**

Nessa toada, para que se possa investigar em que medida as Cortes Constitucionais configuram o local adequado para a resolução de desacordos morais razoáveis, é preciso analisar a relação entre esse tipo de conflito, a liberdade de conformação do legislador e a jurisdição constitucional.

Para tanto, é necessário estruturar um diálogo entre o nominalismo moral construtivista de Christopher McMahon, que considera o Poder Legislativo como autoridade legítima para a resolução dos desacordos morais, e a epistemologia integrada de Ronald Dworkin<sup>9</sup>, que, alinhada à sua teoria moral substantiva, encontra nas Cortes Constitucionais o fórum de princípios onde as questões da moralidade política devem ser examinadas e decididas.

---

<sup>9</sup> Ronald Dworkin considera, nessa linha, a própria epistemologia moral integrada como uma teoria substantiva, de primeira ordem, tendo em vista que busca verificar a veracidade moral por meio de argumentos internos à moral. Contudo, a epistemologia integrada é distinta da *teoria moral substantiva*. O presente estudo ancora-se na epistemologia integrada alinhada a um *recorte* da teoria moral substantiva, especialmente em relação à imagem *unissistemática do Direito e da moral*.

Nesse enfoque, entendida como uma postura intermediária entre o realismo<sup>10</sup> e o antirrealismo<sup>11</sup>, o nominalismo moral de Christopher McMahon considera que os juízos acerca da moral são corretos a partir das razões oferecidas em favor desses julgamentos, sendo certo que os signos linguísticos que representam os valores morais são modelados a partir de um processo social construtivista.

Assim, a razoabilidade do desacordo moral, por essa concepção, guarda sintonia com alguns elementos do desacordo fático anteriormente abordado, especialmente no que toca ao dever dos participantes de oferecer argumentos razoáveis. Ainda, destaca-se a importância da ponderação das considerações relevantes realizadas por outros indivíduos, bem como a predisposição em participar cooperativamente da discussão, no sentido de estarem dispostos a realizar concessões em relação aos esquemas da moralidade política mais aceitos.

Nessa senda, ao considerar um juízo moral como certo ou errado, McMahon utiliza uma abordagem de construção social da representação linguística dos valores morais, a partir da mimetização, apreensão e questionamento de ações, atitudes, sensações ou respostas de outros membros de uma determinada comunidade política.

Assim, o autor promove um afastamento da teoria nominalista em relação ao polo extremo do realismo moral, na medida em que “O nominalismo moral tem como premissa a ideia de que o uso correto de conceitos pode ser definido sem supor que os conceitos têm um objetivo correlato no mundo.” (LISTER, 2010, p. 215, tradução nossa). Noutra linha, ele também se distancia da teoria antirrealista, baseada no ceticismo do erro, tendo em vista que McMahon admite que os juízos podem ser certos ou errados a partir da compreensão, do processamento, da argumentação e da sua aceitação pela comunidade<sup>12</sup> (LISTER, 2010, p. 215-217).

Há, portanto, dentro dessa concepção de nominalismo moral, a possibilidade de, em alguma medida, os juízos morais serem considerados verdadeiros ou falsos. Nessa perspectiva,

---

<sup>10</sup> Para o realismo moral, os julgamentos de valor são vistos como cognitivamente factuais, apresentando afirmações passíveis de demonstração a partir de elementos concretos (PLATTS, 1988). Seria afirmar, portanto, que os juízos referentes aos valores morais são verdadeiros segundo uma fundamentação baseada em elementos concretamente existentes no mundo objetivo.

<sup>11</sup> O antirrealismo com fundamento em uma postura cética, a partir da adoção da teoria do erro, sustenta que os juízos morais não podem ser verdadeiros, tendo em vista que inexistem elementos concretos no mundo objetivo que possam fundamentar a veracidade ou falsidade de julgamentos morais. Essa postura, por se aproximar do relativismo moral, impacta diretamente na existência do desacordo, na medida em que os conflitos não seriam relacionados aos valores morais, mas sim às metas políticas objetivadas pelas pessoas a partir de uma motivação puramente subjetiva (LISTER, 2010).

<sup>12</sup> Não obstante o afastamento em relação à teoria antirrealista, o nominalismo moral construtivista de McMahon parece estar alinhado a uma postura cética, na medida em que os juízos morais são considerados certos ou errados a partir da representação linguística e das práticas da sociedade em que estão inseridos.

as convicções são sustentadas por meio de um debate racional entre indivíduos que possuem uma motivação especial em fazer concessões, especialmente em relação às representações linguísticas dos valores morais construídos socialmente.

De fato, esse caráter construtivista e linguístico do nominalismo influi diretamente na estipulação do local adequado para resolução dos desacordos morais. McMahon estrutura, nessa linha, uma teoria da autoridade política legítima, propondo que tais contendas devem ser solucionadas a partir de um processo de construção de decisões políticas, ou seja, por meio de um procedimento legislativo deliberativo onde os participantes sejam reconhecidos, pelos membros da comunidade, como autoridades.

De acordo com essa tese, a fundamentação para essa legitimidade é assentada em dois aspectos essenciais. O primeiro ponto diz respeito ao reconhecimento, pelos membros da sociedade, das características de imperatividade e coercibilidade relacionadas aos atos e decisões tomadas pelas autoridades no processo legislativo. Na verdade, essa questão guarda uma relação íntima com a ponderação, feita pelos integrantes da comunidade, entre as suas convicções morais pessoais e o conteúdo das medidas políticas tomadas pelos agentes públicos.

Com efeito, na qualidade de membros de um autogoverno coletivo, os indivíduos devem analisar se é aceitável fazer concessões em favor da decisão política tomada no processo legislativo, ainda que contrária aos seus juízos morais, ou se é preferível a desobediência à lei em favor de suas convicções morais, assumindo o risco de rompimento do próprio empreendimento coletivo, como deixa consignado McMahon:

Uma pessoa, membro de uma comunidade, que está tentando decidir se obedece a lei que ela razoavelmente julga moralmente errada precisa se perguntar somente se a existência dessa decisão específica, dentro do esquema cooperativo geral, posta em prática para resolver desacordos razoáveis seria preferível ao seu colapso. (MCMAHON, 2011, p. 102, tradução nossa)

É certo que, ao fazer tal julgamento, o membro da comunidade deve atuar observando as mesmas condições dos participantes do desacordo solucionado, ou seja, devem estar predispostos a participar cooperativamente da estrutura social, bem como devem oferecer juízos razoáveis, ponderando as considerações relevantes realizadas pelas autoridades. Se, ao final desse processo, o indivíduo decidir que a lei que resolve o desacordo é moralmente errada, então estará, desde que ciente dos inconvenientes que acompanham essa decisão, justificado a desobedecê-la.

Outrossim, o segundo aspecto está relacionado à própria arquitetura procedimental da elaboração normativa que resolverá o desacordo. Nessa perspectiva, o ponto central é promover uma “distribuição razoavelmente justa do ônus de conviver com um erro moral percebido na comunidade” (MCMAHON, 2011, p. 103, tradução nossa), tendo em vista que as concessões são inevitáveis e o consenso é faticamente impossível nas sociedades contemporâneas.

Nesse enfoque, esse nível de justa distribuição pode ser alcançado, segundo McMahon, por meio de um procedimento de deliberação compartilhada, com base no oferecimento de razões, identificação de erros na racionalidade que fundamenta a proposição inicial e na tentativa de convencimento de grupos que, não obstante o desacordo, possuem uma posição mais próxima aos argumentos que busca-se positivar no ordenamento jurídico da comunidade.

Nessa visão, o processo de persuasão é extremamente importante na concepção de McMahon, tendo em vista que a resolução dos desacordos tem por base a formação de uma vontade majoritária, a partir da produção de mudanças nos conceitos linguísticos que representam os valores e juízos morais.

Contudo, essa deliberação pressupõe o compartilhamento, entre os indivíduos, de um conjunto de concepções normativas e avaliativas, admitindo, entretanto, que cada um proceda a partir de diferentes trajetórias históricas, acadêmicas e empíricas.

A despeito desse método, McMahon afirma a existência de uma alternativa pragmática para que se possa resolver um desacordo moral razoável, que pode ser depreendida do seguinte apontamento:

A deliberação compartilhada não é, entretanto, a única maneira disponível, para aqueles que querem garantir uma maioria em seu posicionamento, de mudar a opinião das pessoas que inicialmente discordam. Existe também o que pode ser chamado de procedimento pragmático. Normalmente leva uma quantidade significativa de tempo para ser efetiva, mas as mudanças resultantes podem ser mais extensas e profundas do que aquelas produzidas por deliberação compartilhada. (MCMAHON, 2011, p. 109, tradução nossa)

Ademais, quando o conflito transcende a troca de argumentos e razões, os seus participantes continuam tendo que lidar cotidianamente com práticas que julgam moralmente erradas, e justamente esse contato pode produzir uma mudança na percepção moral que os argumentos não foram capazes de efetuar.

Nessa vertente, destaca-se que essa perspectiva pragmática parece estar intimamente ligada à construção social da representação linguística dos valores morais que McMahon se

refere ao propor que os juízos são estruturados, em grande medida, a partir da apreensão e questionamento de ações, atitudes e sensações de outros membros da mesma comunidade política.

Além disto, não obstante essa alternativa objetiva, a solução *normativa* de um desacordo moral razoável, pela teoria nominalista, parece ter como local único o Poder Legislativo. Isso ocorre porque seus membros são, por excelência, as autoridades representativas responsáveis por deliberar acerca dos direitos legislativos e das metas coletivas da comunidade.

Contudo, seja por incapacidade do Poder Legislativo em regular clara e adequadamente todos os aspectos da vida em comunidade ou por qualquer outro motivo relacionado à liberdade de conformação do legislador, se o procedimento de elaboração normativa não puder ser iniciado, as discussões não ocorrerão no nível de deliberação compartilhada e o desacordo moral persistirá na sociedade. Em passagem muito simbólica inserta em um contexto semelhante, Luís Roberto Barroso faz os seguintes questionamentos<sup>13</sup>:

E, até lá, o que se deve dizer a dois parceiros do mesmo sexo que desejam viver o seu afeto e seu projeto de vida em comum agora? Ou à mulher que deseja interromper uma gestação inviável que lhe causa grande sofrimento? Ou a um pai negro que deseja que seu filho tenha acesso a uma educação que ele nunca pôde ter? Desculpe, a história está um pouco atrasada; volte daqui a uma ou duas gerações? (BARROSO, 2018, p. 87 – 88)

Aliás, para além da situação de inércia do Poder Legislativo, é importante frisar que, em alguns casos, as decisões que resolvem desacordos morais razoáveis, no âmbito da deliberação compartilhada, podem ter como consequência a violação de direitos fundamentais de grupos que não foram considerados como iguais no processo de elaboração normativa, ou que não foram adequadamente representados na discussão<sup>14</sup>.

Nesse ponto, a teoria nominalista da moral parece se preocupar muito em estipular um procedimento de justificação da decisão da vontade majoritária, em sede de resolução dos desacordos morais, na medida em que busca por consenso ou maioria na construção linguística

---

<sup>13</sup> Os questionamentos apontados foram realizados por Luís Roberto Barroso à Mark Tushnet, no contexto do debate intitulado Politics and the Judiciary, realizado em 07 de novembro de 2011, na Universidade de Harvard.

<sup>14</sup> É interessante pontuar a defesa procedimentalista, feita por John Hart Ely (1980), do controle de constitucionalidade dos atos normativos como uma forma de abrir os canais de comunicação, permitindo que a minoria politicamente organizada e sub-representada seja levada em consideração.

dos juízos acerca dos valores morais, em detrimento da análise da veracidade substantiva dos juízos.

Nesse contexto, diante das dificuldades decorrentes da adoção do nominalismo de Christopher McMahon, é necessária a procura por uma teoria moral que investigue, efetivamente, a veracidade substantiva dos juízos, a partir de um local onde o poder político e a vontade majoritária não sejam determinantes na resolução de desacordos de tamanha importância para a comunidade.

Nessa linha, Ronald Dworkin (2011, p. 82-86) propõe uma epistemologia moral integrada, onde a autenticidade dos juízos morais é verificável a partir de uma argumentação interna à moral, a qual deve sustentar, de maneira coerente, frente aos valores que compõem uma rede da moralidade política, a apreciação feita em relação a determinado julgamento moral.

A veracidade deve ser sustentada, nessa esteira, a partir do parâmetro interpretativo que Dworkin denomina de Princípio de Hume, de onde depreende-se que os argumentos em favor ou contra uma pretensão ou juízo moral devem ter, igualmente, uma origem moral. No domínio do valor, os fundamentos utilizados para sustentar uma apreciação devem ser *internos à moral*, como evidenciado por Ronald Dworkin na seguinte passagem:

Os juízos de valor são verdadeiros, quando o são, não em virtude de uma correspondência, mas em vista do argumento substantivo que pode ser feito em seu favor. O domínio da moral é o domínio dos argumentos, não dos fatos brutos. Então, não é implausível – pelo contrário – supor que não existam conflitos, mas apenas um apoio mútuo dentro desse domínio. (DWORKIN, 2011, p. 11, tradução nossa)

Nesse aspecto, a epistemologia integrada de Ronald Dworkin afasta a premissa central do nominalismo moral, que admite uma construção linguística compartilhada na sociedade como base para os argumentos a respeito da veracidade dos juízos morais. Desta maneira, a defesa dos juízos morais, na linha de pensamento nominalista de McMahon (2011, p. 51-67), deve ser feita por meio de uma argumentação *sobre a moral*<sup>15</sup>.

Contudo, ao buscar a veracidade de juízos morais em argumentos que refletem a construção linguística social acerca desses valores, McMahon admite, em certa medida, a possibilidade de que os direitos de grupos não representados, ou sub-representados, no processo

---

<sup>15</sup> São considerados, assim, argumentos de segunda ordem, ou seja, *metaéticos*. A defesa da veracidade, nessa senda, é feita por argumentos estranhos ao domínio do valor. Sendo uma teoria intermediária ao realismo e ao antirrealismo moral, pode-se dizer que o nominalismo de McMahon também está inserido no contexto das correntes que negam a independência do valor proposta por Ronald Dworkin.

deliberativo compartilhado sejam atropelados por uma decisão, em um desacordo moral razoável, que reflita a vontade majoritária da comunidade.

Nesse prisma, ao declarar a independência do valor em relação ao construtivismo, ao relativismo e ao realismo moral, Ronald Dworkin afasta esse problema decorrente da adoção das teorias metaéticas, na medida em que os juízos referentes aos valores morais podem ser considerados verdadeiros ainda que a posição majoritária entenda o contrário. Assim, o procedimento para afirmação da verdade sobre uma apreciação moral tem por base a argumentação adequada, e não o consenso ou o julgamento moral majoritário.

Ademais, a adoção da teoria de Dworkin conduz ao entendimento da inexistência de verdadeiros conflitos no domínio do valor, sendo certo que qualquer desacordo razoável relativo à densificação adequada dos valores morais que regem a organização da comunidade política é apenas aparente<sup>16</sup>.

Para mais, não obstante a defesa dos juízos de valor por meio de uma argumentação de primeira ordem, a epistemologia integrada exige que as interpretações relacionadas aos valores morais sejam feitas com responsabilidade, ou seja, mediante a observância dos princípios norteadores de integridade e autenticidade. Nessa esteira, Ronald Dworkin (2011, p. 101, tradução nossa) aponta que “Somos moralmente responsáveis na medida em que nossas várias interpretações concretas alcançam uma integridade geral, de modo que cada uma apoie as outras em uma rede de valores que abraçamos com autenticidade.”.

Com efeito, esses são os princípios e parâmetros que devem pautar as interpretações no domínio da moralidade política, composta pelos conceitos interpretativos da liberdade, da igualdade, da democracia e do Direito, bem como a argumentação em favor da veracidade desses valores, tendo em vista que constituem o pano de fundo dos aparentes desacordos morais razoáveis.

Também convém lembrar que a investigação do local adequado para a resolução dessa espécie de desacordo perpassa, ainda, pelo reconhecimento de direitos especiais decorrentes dos valores da moralidade política e da identificação da autoridade legítima na interpretação desses direitos. Nesse sentido, a concepção integrada distingue os direitos legislativos alinhados às metas coletivas da comunidade<sup>17</sup> dos direitos jurídicos decorrentes dos valores da moralidade política, na medida em que:

---

<sup>16</sup> É interessante notar que, por ser possível afirmar a veracidade de um juízo de valor a partir de uma argumentação adequada em favor desse juízo, os desacordos morais decorreriam de interpretações mal sucedidas e argumentações incoerentes. Os conflitos, por esse prisma, são apenas aparentes na medida em que os juízos morais podem ser verdadeiros.

<sup>17</sup> Em que pesem as distinções entre o nominalismo de McMahon e a teoria moral substantiva de Ronald

Os direitos legislativos, mesmo quando reconhecidos, não têm força imediata; os direitos jurídicos, uma vez reconhecidos, são imediatamente exigíveis, sob demanda, por meio de instituições adjudicativas, e não legislativas. (DWORKIN, 2011, p. 406, tradução nossa).

Por esse prisma, os direitos especiais decorrentes da interpretação dos valores da moralidade política não necessitam de um ato normativo emanado do Poder Legislativo para que possam ser exigíveis, sendo, portanto, preexistentes à regulação.

De fato, esse ponto está intimamente vinculado à identificação do local para resolução dos aparentes desacordos morais razoáveis, tendo em vista que os órgãos do Poder Judiciário, como instituições adjudicativas por excelência, têm autoridade legítima para proferir uma decisão acerca dos direitos derivados dos valores da moralidade política.

Nessa linha, é importante ressaltar que os juízes constitucionais devem oferecer, na fundamentação de suas decisões, argumentos internos à moral e que possam sustentar coerentemente a veracidade do juízo frente aos demais valores da moralidade.

Assim, considerando-se que os aparentes desacordos morais razoáveis – elevados à condição de casos difíceis constitucionais – decorrem de interpretações e densificações divergentes a respeito dos direitos jurídicos derivados dos valores da moralidade política, é possível apontar a jurisdição constitucional como instrumento adequado e, em caráter final, as Cortes Constitucionais como local por excelência.

Ademais, essa integração do Direito à moral permite que os Supremos Tribunais, ao decidirem questões relacionadas à moralidade política, atuem pautados por parâmetros jurídicos, fundamentando suas decisões a partir do oferecimento de argumentos de princípio<sup>18</sup>, como deixa consignado Ronald Dworkin:

A jurisdição constitucional garante que as questões mais fundamentais da moralidade política serão finalmente apresentadas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político, uma transformação que não pode ter sucesso, em qualquer

---

Dworkin, é possível destacar uma aproximação teórica no que toca à asserção do Poder Legislativo como local de deliberação no que se refere às leis e metas políticas que direcionam a comunidade, sendo certo que, para Dworkin, a deliberação acerca da criação de direitos legislativos é pautada por argumentos de política, ao passo que para McMahon os argumentos nesse contexto também podem ser morais.

<sup>18</sup> O dever de oferecer argumentos de princípio, na resolução de casos difíceis, não significa simplesmente inserir qualquer princípio na fundamentação das decisões judiciais. Argumentos de princípio são destinados a estabelecer ou justificar decisões que protegem ou promovem direitos de indivíduos ou de grupos de indivíduos, como consignado por Ronald Dworkin (1978).

caso e não totalmente, dentro do próprio Legislativo. (DWORKIN, 1985, p. 70, tradução nossa)

As Cortes Constitucionais, dessa forma, ao examinarem e decidirem questões relacionadas à aparentes desacordos morais razoáveis, devem justificar suas decisões acerca da moralidade política por meio do oferecimento de argumentos de princípio que sejam internos à moral e coerentes com a estrutura integrada desses valores.

É importante pontuar que, não obstante esses Tribunais serem o local adequado para a resolução de questões constitucionais que derivam dos conflitos sob análise, Ronald Dworkin não assina uma autorização para que cada juiz constitucional decida a partir de sua moralidade pessoal.

Não é aceitável, contemporaneamente, a defesa do poder discricionário político dos juízes no processo decisório em sede de casos difíceis, sendo certo que a parcela de subjetividade reservada ao intérprete não deve ser parametrizada pela sua inclinação particular.

Nesse contexto, afirma-se que a liberdade, a igualdade, a democracia e o Direito são valores formadores da moralidade política, e devem ser densificados de maneira coerente e interdependente, sendo a sua veracidade objetivamente sustentada a partir de uma argumentação adequada. Nesse enfoque, esses são os fundamentos que pautam a resolução dos casos difíceis e, na linha deste estudo, os desacordos morais razoáveis.

Com base em todo arcabouço teórico desenvolvido, é possível sustentar, portanto, que a possibilidade de resolução de aparentes desacordos morais razoáveis, no âmbito da jurisdição constitucional, decorre do reconhecimento das Cortes Constitucionais como um fórum de princípios. Ainda, compreende-se que suas decisões são legitimadas pela argumentação jurídica desenvolvida a partir de argumentos de primeira ordem, ou seja, internos à moral, e que sejam coerentes com a integridade da estrutura de valores da moralidade política, composta pelos conceitos interpretativos de liberdade, igualdade, Direito e democracia.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por fim, diante da identificação da relação entre a moralidade política e a jurisdição constitucional, a partir do estudo dos marcos teórico, filosófico e histórico do neoconstitucionalismo, especialmente no que se refere ao forte teor axiológico que subjaz ao

texto das Constituições do pós-guerra, o presente artigo buscou delinear o conceito de desacordos morais razoáveis por meio da perspectiva dos casos difíceis constitucionais.

Assim, concebidos como questões que derivam da Constituição e dos valores abrigados em seu conteúdo material, os desacordos morais razoáveis podem ser considerados casos difíceis constitucionais, quando submetidos ao Poder Judiciário.

A questão que se impôs, nesse panorama, foi a essencialidade em definir o local adequado para resolução do desacordo moral e, conseqüentemente, a postura adotada pelas Cortes Constitucionais.

Nessa senda, o estudo propôs um diálogo entre o nominalismo moral de Christopher McMahon, que busca a solução *normativa* dos desacordos morais por meio de um procedimento de deliberação política compartilhada, realizada pelo Poder Legislativo, e a epistemologia integrada de Ronald Dworkin, que encontra nas Cortes Constitucionais o local adequado para resolução dos aparentes desacordos acerca da densificação dos valores da moralidade política.

Dessa abordagem dialética, depreendeu-se que, ainda que o Poder Legislativo seja reconhecidamente o local deliberativo de uma comunidade, as divergências referentes aos valores da moralidade política, por serem o pano de fundo dos direitos jurídicos – preexistentes às regulações – não devem ser objeto de disputa relacionada ao poder político. Na realidade, devem envolver decisões fundamentadas em argumentos destinados a estabelecer, proteger ou promover direitos de indivíduos ou de grupos de indivíduos, a partir da interpretação do conteúdo material e axiológico da Constituição.

As Cortes Constitucionais, nessa esteira, configuram o local onde as questões fundamentais da moralidade política, insertas no conteúdo material da Constituição, podem ser apresentadas, examinadas e decididas como matérias de princípio, sendo os seus juízes considerados, portanto, autoridades legítimas para a resolução dos aparentes desacordos morais razoáveis.

Com base em todo arcabouço teórico desenvolvido, o estudo conclui no sentido de que a possibilidade de resolução de aparentes desacordos morais razoáveis, no âmbito da jurisdição constitucional, decorre do reconhecimento das Cortes Constitucionais como um fórum de princípios, sendo suas decisões legitimadas pela argumentação jurídica desenvolvida com o intuito de estabelecer, proteger ou promover direitos fundamentais, a partir de argumentos de primeira ordem, ou seja, internos à moral, e que sejam coerentes com a integridade dos valores da moralidade política.

**REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida e o papel do supremo tribunal federal. 1ª Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

DWORKIN, Ronald. A matter of principle. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. Justice for hedgehogs. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

ELY, John Hart. Democracy and distrust: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

HART, H. L. A. O conceito de Direito. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

LISTER, Andrew. Ethics. The University of Chicago Press, Chicago, v. 121, n. 1, p. 214-218, 2010. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/10.1086/656509>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

MCMAHON, Christopher. Reasonable disagreement: a theory of political morality. New York: Cambridge University Press, 2011.

PLATTS, Mark. Moral reality. *In*: SAYRE-MCCORD, Geoffrey (Org.). Essays on moral realism. New York: Cornell University Press, 1988.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. 3. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

VALENTINI, Laura. Justice, disagreement and democracy. *British Journal of Political Science*, Londres, v. 43, n. 1, Cambridge University Press, p. 177 – 199, 2013. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/23526136>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

## **MORAL REASONABLE DISAGREEMENTS: BETWEEN CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE LEGISLATOR'S FREEDOM OF FORMULATION**

### **ABSTRACT**

This article aims to analyse to what extent it is possible to affirm that Constitutional Courts are the appropriate *locus* for the resolution of reasonable disagreements. Thus, the research is based on a dialectical approach between Ronald Dworkin and Christopher McMahon, seeking to verify the hypothesis that the possibility of resolving reasonable disagreements, within the scope of constitutional jurisdiction, stems from the recognition of Constitutional Courts as forum of principles, being its decisions legitimised by the legal reasoning.

Keywords: Legal reasoning. Hard cases. Political morality. Moral nominalism. Integrated epistemology.