

CONFLITOS ENTRE DIREITOS E ALTERNATIVAS À PONDERAÇÃO. A TEORIA DOS DIREITOS DE DWORKIN REAVALIADA

*CONFLICTS OF RIGHTS AND ALTERNATIVES TO BALANCING. DWORKIN'S
THEORY OF RIGHTS REASSESSED*

MARINA VELASCO
(UFRJ / Brasil)

RESUMO

Após fazer considerações gerais sobre o uso estendido do juízo de ponderação nas decisões judiciais envolvendo conflitos entre direitos, o artigo, em primeiro lugar, caracteriza as duas formas básicas que o raciocínio prático pode assumir nos casos de conflito entre princípios morais em geral e argumenta contra a ideia de que a ponderação seja o procedimento mais apropriado para lidar com o conflito. Em segundo lugar, no caso específico do conflito entre direitos, revisa e defende a concepção dos direitos de Dworkin como uma alternativa genuína à ponderação.

Palavras-chave: Conflitos entre direitos. Ponderação. Teoria dos direitos. R. Dworkin.

ABSTRACT

After constating the spreading use of balancing in judicial decisions involving conflicts of rights, two basic forms of practical reasoning in cases of conflict of moral principles are distinguished and it is argued against the idea of balancing as the most adequate way of resolve the conflict. In the specific case of conflicts of rights, it is revised and defended Dworkin's conception of rights as a genuine alternative to balancing.

Key-words: Conflicts of rights. Balancing. Theories of rights. R. Dworkin.

A ideia de que os direitos fundamentais devam ser “ponderados” quando entram em conflito goza de ampla aceitação. Na prática jurídica atual – especialmente nos tribunais supremos e, mais ainda, nas cortes supranacionais – é frequente as decisões judiciais se basearem na realização de uma operação de *ponderação* ou sopeso (em inglês: *balancing*) que avalia o “peso relativo” de enunciados normativos que se reconhecem como válidos e conflitantes na situação particular.¹ Além do mais, como questão de fato, conflitos normativos – seja entre direitos, seja entre direitos e bens coletivos – parecem ser cada vez mais frequentes.

Conflitos normativos não constituíram uma questão que merecesse atenção na época da grande codificação jurídica, nem no auge do pensamento positivista.² Acontece que códigos – conformados por normas que têm forma de *regra* – têm menos peso na argumentação jurídica atual; é freqüente os juízes apelarem diretamente para *princípios* da Constituição na hora de

justificar suas decisões, não apenas nas altas instâncias da justiça, mas em todos os ramos do direito. Esse fenômeno – chamado de *descodificação* do direito, ou de *constitucionalização*, segundo o processo seja observado em uma ou outra direção –, é um fato indiscutível da nossa época. No contexto de uma Constituição “materializada”, conformada por diversos tipos de princípios – direitos fundamentais, valores e diretrizes de denso conteúdo normativo –, de uma constituição onipresente que se pretende vinculante e eficaz em todas as áreas jurídicas, inclusive nas relações horizontais de direito privado — a tarefa de aplicação da lei supõe um esforço de interpretação e argumentação especialmente refinado.

Assim as coisas, as democracias constitucionais nas últimas décadas parecem demandar uma nova Teoria do Direito que vá além dos moldes positivistas — na medida em que a ordem normativa já não é concebida como um sistema de regras, mas de princípios. As decisões judiciais dependem de argumentos mais complexos, que vão além do uso do esquema lógico-dedutivo, e exigiriam por parte do juiz o uso da racionalidade teleológica: o domínio de complexas técnicas de ponderação de bens e valores. Nesse contexto, alguns consideram o juízo de ponderação “uma peça essencial do constitucionalismo contemporâneo” (também chamado de *neo-constitucionalismo*).³

Para muitos juristas – diferentemente dos filósofos, entre os quais há alguns mais reticentes – o juízo de ponderação não apenas seria o método mais apropriado para resolver conflitos entre direitos, mas seria o único método possível. Assim, para Robert Alexy, o mais influente defensor da ponderação na atualidade, conceber os direitos fundamentais como princípios significa entendê-los como “mandados de otimização” e, por essa mesma causa, como sujeitos a um juízo de ponderação cada vez que entram em conflito.⁴ O juízo de ponderação exprime-se assim:

“quanto maior o grau de não satisfação ou interferência de um princípio, maior deve ser a importância em se satisfazer o outro”.

Claramente, o juízo de ponderação é um juízo de valor comparativo. O que é comparado é o grau de importância da realização de um princípio (seja um direito seja um bem) e o grau de interferência ou não satisfação do outro. Avalia-se se as vantagens que se seguem da satisfação de um princípio compensam as perdas que se seguem da interferência no outro. O juízo de ponderação representa uma exigência de maximizar a realização dos valores envolvidos no conflito e, portanto, minimizar *qualquer interferência* nos direitos fundamentais, *sem importar o tipo de razões* pelas quais a interferência é feita.⁵

Nesse artigo pretendo me opor a esse grande movimento dos ponderadores. Embora a questão do conflito entre normas que têm forma de princípio (por oposição a normas que têm forma de regra) apareça na filosofia do direito como tema candente apenas em tempos relativamente recentes, na filosofia moral tem sido discutida desde mais longa data, porque tal é a forma que tomam os conflitos (ou dilemas) morais em geral. Assim como acontece no caso dos conflitos morais, a maneira de resolver os conflitos entre direitos vai depender da concepção do raciocínio prático que seja pressuposta.

Em primeiro lugar (I), caracterizarei as duas formas básicas que o raciocínio prático pode assumir em casos de conflito entre princípios morais em geral e argumentarei contra a ideia de que a ponderação seja o procedimento mais apropriado para lidar com o conflito. Em segundo lugar (II), no caso específico do conflito entre direitos, revisarei uma posição alternativa à ponderação muitas vezes mal-interpretada: a que se segue da concepção dos direitos de Ronald Dworkin.⁶

I

Nos dilemas morais mostra-se de modo dramático o tipo de colisão normativa que nos interessará examinar. Às vezes é chamada de colisão “externa”, “situacional” ou “contingente”, porque não se manifesta nas relações entre as normas em abstrato, mas apenas na situação concreta de aplicação: duas normas válidas conduzem a dois juízos de dever singulares incompatíveis e sobrepostos, a duas obrigações simultâneas impossíveis de serem cumpridas.

Tomemos um exemplo muito usado para discutir estas questões, e que tem se tornado já “o exemplo padrão”. Prometi a um amigo a ir a sua festa, mas agora acontece que outro amigo está doente e reclama minha presença. Em meu sistema normativo regem simultaneamente duas obrigações: devem-se cumprir as promessas e devem-se ajudar os amigos em caso de necessidade. Em abstrato, não há nenhuma contradição entre essas duas normas; elas são perfeitamente compatíveis. No entanto, apenas em determinadas situações elas entram em conflito. Dado que o conflito não pode ser resolvido declarando a invalidade de uma das normas, é necessário decidir qual delas vai ter prioridade nas circunstâncias concretas.

O que torna especialmente difícil este tipo de conflito normativo é que ele não pode ser resolvido apelando para algum critério que permita colocar as normas em uma ordem

lexicográfica. Esta é a razão pela qual o tema tem sido tão discutido na Filosofia do Direito dos últimos anos. Os critérios tradicionalmente aplicados no Direito para a resolução de antinomias não podem ser aplicados nestes casos de conflito entre princípios, justamente porque as normas não têm a forma de regras: nem o critério hierárquico (a lei superior revoga a lei inferior), nem o cronológico (a lei posterior revoga a lei anterior), nem o de especialidade (a lei especial revoga a lei geral). Temos aqui um conflito entre duas normas válidas que continuam sendo válidas após tomada a decisão. Não é possível definir em abstrato a contradição, nem prever com certeza as situações nas quais as normas entrarão em colisão. Apenas no caso concreto é possível perceber que as normas colidem, e apenas nesse caso concreto teremos de justificar a razão da opção prioritária por uma norma ou por outra. Além do mais, a norma priorizada em uma situação concreta pode não ser a mesma escolhida diante de outra situação em que as mesmas duas normas voltam a colidir. Eis por que – sustenta-se – a necessidade de “ponderar” a respeito do que, nas circunstâncias, seria correto fazer.

Existe a tendência inveterada a considerar que, *dado qualquer conflito entre dois princípios*, é inevitável ponderar para podermos decidir o que devemos fazer. Há um sentido em que isso é óbvio, se com isso entendemos a consideração e avaliação da importância das razões relevantes. Precisamos refletir e justificar a decisão à luz das diversas exigências que nos são colocadas na situação, mas a ideia de um “soposo” pode mascarar o verdadeiro funcionamento das razões.

Com a ideia de ponderação (em inglês, *balancing* ou *weighing*; em alemão, *Abwägung*) costuma entrar em cena uma poderosa metáfora, que é pelo menos tão antiga quanto a ideia de justiça: a metáfora do peso, e concomitantemente, de uma balança que estabelece o peso. É uma metáfora que parece irresistível, mas não deixa de ser uma metáfora e por isso tem que ser sempre interpretada. Decidir algo racionalmente significa poder justificar a decisão sobre a base de razões, mas as razões são enunciados linguísticos, e os enunciados linguísticos não pesam. Como medir o peso das razões?

Em princípio, não há problema nenhum em chamar de “ponderação” o procedimento que consiste em avaliar a relevância (o “peso”) das razões em confronto. Algum nome temos de dar a isso que fazemos quando temos de decidir o que fazer e avaliamos diferentes tipos de razões para justificar a escolha. Nada mais natural em este contexto que fazer uma distinção entre, por exemplo, razões *prima facie* válidas em favor de realizar uma ação e razões “ponderadas”. A

questão relevante a ser discutida é como isso é feito, ou seja, qual a forma de raciocínio prático que nesses casos é usada.

Entendo que podemos distinguir basicamente duas formas de raciocínio: *teleológica* e *deontológica*. Enquanto que no primeiro caso trata-se de chegar a uma decisão se sopesando bens ou valores, no segundo caso trata-se de produzir um argumento de adequação que mostre que a decisão “se ajusta” ao caso à luz do sistema normativo. No primeiro caso, a decisão é consequencialista e obedece à lógica “do bem”. Trata-se de achar *a melhor* solução, a *ótima*. No segundo caso, procura-se a solução *correta*; o raciocínio obedece à lógica “do dever”. A perspectiva teleológica pode não achar muita diferença entre uma deliberação em primeira pessoa sobre ‘o que seria *bom* fazer’ ou sobre ‘o que seria *correto* fazer’ em uma dada situação, mas a perspectiva deontológica vê aqui duas perguntas ou questões diferentes: a questão do *bom* e a questão do *correto*.

Foi David Ross quem introduziu ideia de obrigações (ou deveres) *prima facie* em oposição a obrigações (ou deveres) definitivos, justamente como a intenção expressa de dar conta da situação de conflito de uma maneira melhor do que a perspectiva consequencialista. E foi o exemplo introduzido por ele que passou a ser usado como exemplo padrão para discutir os conflitos normativos: “E quando penso que *é correto* aliviar a dor ao custo de não cumprir a promessa, não é porque penso que produzirei um bem maior, mas porque penso que, nas circunstâncias, esse é *o dever que é mais propriamente um dever.*”⁷ Ross nem sempre parece consistente no que entende por obrigação *prima facie*, mas a obrigação definitiva surge claramente de uma avaliação não consequencialista de razões, que não consiste em uma operação de sopeso dos valores envolvidos.

Vejamos como se apresenta o cenário do conflito normativo para outra perspectiva deontológica, a kantiana. Pode parecer paradoxal se perguntar como Kant se representa a situação de conflito, por que, a rigor, o único lugar em toda sua obra que faz referência ao conflito de obrigações é para negar que este possa existir.⁸ Não pode haver conflito entre obrigações, sustenta Kant, porque *objetivamente* não há conflito. O conflito está no sujeito, e é um conflito entre *razões para estar obrigado* [*Verpflichtungsgründe*]. A *obrigação* propriamente dita – o juízo de dever singular definitivo – surge apenas da deliberação; não existe com anterioridade a ela. Por isso não há para Kant, propriamente falando, conflito de deveres:

[c]ontudo, podem muito bem concorrer em um sujeito e numa regra que ele se prescreva, duas razões de obrigação (*rationes obligandi*), mas tais que uma ou outra não baste para obrigar (*rationes obligandi non obligantes*); e então uma delas não é dever. Quando se apresentam duas razões dessa maneira em oposição, a filosofia prática não diz que a obrigação mais forte vence (*fortior obligatio vincit*), mas sim que o razão de obrigação mais forte domina o campo (*fortior obligandi ratio vincit*).⁹

O conflito, para Kant, não é entre obrigações, mas entre *razões* de obrigação. Se o conflito fosse entre obrigações independentes, ele teria de ser resolvido por meio de um sopeso ou ponderação que atribuísse a cada uma um peso diferente. Em um conflito caracterizado dessa maneira “a obrigação mais forte vence”. Além do mais, ao se tomar a decisão, a obrigação preterida continuaria de algum modo exercendo seu peso no campo, um peso menor, talvez merecendo por isso uma compensação. Mas em um conflito entre razões para obrigações “a razão mais forte” não vence da mesma maneira. Kant diz que ela “domina o campo”. A metáfora sugere que a razão mais fraca não pode ocupar o campo de maneira alguma. Ela não tem peso efetivo nas circunstâncias, nem menor. A obrigação que surge da deliberação é uma razão decisiva para agir que apaga as razões opostas.

Certamente, o agente kantiano dispõe de um princípio de deliberação, o imperativo categórico, que funciona como um teste para saber se uma ação pretendida é moralmente correta, mas interessa salientar aqui que, da perspectiva kantiana, é possível se representar a situação deliberativa como a tentativa de achar um tipo de ação que satisfaça melhor as múltiplas exigências e princípios que se apresentam como relevantes na situação, e não de ponderar o peso de princípios independentes.¹⁰

Um outro cenário completamente diferente apresenta-se para o agente que opera apenas com a forma do raciocínio teleológico. Nos casos de conflito entre duas obrigações, ele deverá “pesar” razões independentes e julgar o que seja melhor ou pior fazer. Fazer o correto será fazer o melhor: maximizar a realização das alternativas. Há varias possibilidades aqui. Muitas vezes os conflitos morais adotam a forma de conflitos de desejos ou preferências. Neste cenário, a obrigação que “ficou para trás” costuma ter um efeito residual. Era um dos valores em conflito, e continua valendo.¹¹ Facilmente surge neste cenário uma metáfora econômica. A obrigação preterida – que neste cenário era mesmo uma obrigação, e não uma razão para obrigação – tem que ser compensada de alguma maneira, já que o agente não a cumpriu. Houve uma omissão e, portanto, alguma dívida a ser paga. Um agente responsável deve “fazer o balancete”. Neste cenário, justificar racionalmente uma decisão sempre poderá ser uma questão de grau; haverá um

mais e um menos, uma aproximação maior ou menor a um fim e, eventualmente, uma compensação de um mal menor por um bem maior.

Temos caracterizado as duas formas básicas que o raciocínio prático pode assumir em casos de conflito entre princípios morais em geral. As razões pelas quais considero a perspectiva deontológica mais apropriada para lidar com tais conflitos têm a ver tanto com a concepção do agente quanto com a concepção do mundo moral. A perspectiva deontológica favorece uma visão do mundo moral como um sistema normativo coerente, e uma concepção de um agente unificado que mantém coerência narrativa. A perspectiva teleológica, pelo contrário, pressupõe o mundo moral constituído por uma constelação de valores que, por seu próprio conceito, não precisam conformar um todo coerente.¹² O agente também não precisa ter coerência narrativa, e parece mais difícil que possa mantê-la.

Ora, pode-se colocar em dúvida que estas considerações a respeito das diferenças entre a perspectiva teleológica e deontológica perante os conflitos normativos sejam suficientes para defender uma determinada concepção da moral, mas considero que são suficientemente fortes para defender uma concepção plausível do Direito, qual seja, uma concepção que favoreça uma visão coerente do sistema normativo e uma visão unificada e consistente do agente decisor.

Podemos ilustrar esta tese considerando as três possíveis atitudes a serem adotadas perante um conflito normativo:

1. O conflito é trágico: não podemos justificar nenhuma escolha como correta.
2. Uma escolha pode ser justificada como correta, mas há perda.
3. Uma escolha pode ser justificada como correta, e não há propriamente perda.

Note-se que há três possibilidades de conceitualizar os conflitos para o deontologista, mas apenas duas para o teleologista. A terceira possibilidade não pode ser cogitada pelo teleologista quando existe um conflito entre direitos.

Na segunda parte do artigo a seguir comentarei brevemente a concepção deontológica dos direitos de Dworkin, que não apenas permite, mas exige que seja realizada a terceira possibilidade no caso de conflito entre os direitos fundamentais mais importantes.

II

Qualquer que seja a opinião que mereça a teoria dos direitos de Dworkin, deve-se reconhecer que foi a sua contribuição – no contexto da crítica à concepção do direito de Hart – que sentou as bases para a longa discussão na filosofia do direito acerca do papel dos princípios que já leva mais de três décadas.¹³

De um ponto de vista estrutural, princípios são definidos por oposição às regras, ambos sendo espécies do gênero normas. Enquanto as regras estabelecem explicitamente as condições nas quais devem ser aplicadas e exigem um cumprimento pleno, os princípios são enunciados abertos e indeterminados quanto às condições de sua aplicação. Eles próprios não indicam as circunstâncias nas quais devem ser aplicados. Dworkin distinguia cuidadosamente entre *princípios* e *diretrizes* (*policies*), sendo estas últimas normas que estabelecem fins a serem alcançados, i. e., exigem a realização de um estado de coisas, razão pela qual sempre podem ser realizadas de forma gradual.

Como é manifesto, Alexy entende por princípios o que Dworkin entendia por diretrizes (*policies*). Dada *essa* concepção dos princípios como diretrizes – como mandados de otimização –, é óbvio que qualquer conflito entre eles será interpretado como exigindo a ponderação dos valores em conflito, de modo que a única maneira racional de resolvê-lo passará por maximizar a realização de ambos os valores. Nesse contexto, racional será achar um ponto ótimo em que as exigências que ambos colocam possam ser realizadas na maior medida possível. A grande questão é por que temos de conceber *todos* os princípios tendo essa estrutura.

Se levarmos em conta não a dimensão estrutural recentemente salientada, mas o aspecto que as normas apresentam para o raciocínio prático do agente – aquele sentido destacado por Raz segundo o qual as normas se apresentam como *razões para agir* –, poderemos ver com toda clareza que *nem todo princípio precisa ter a forma de uma diretriz*.

Como se apresentam as normas enquanto razões para agir? Desta perspectiva, certamente, uma grande divisão pode ser feita entre normas que têm a forma de regras e normas que não tem essa forma, e que então chamamos de princípio. Regras apresentam-se como razões para agir protegidas ou, na terminologia de Raz, “excludentes”.¹⁴ Elas constituem uma razão de primeira ordem para realizar a ação exigida, e uma razão de segunda ordem para “excluir qualquer deliberação independente de parte do destinatário da norma acerca dos argumentos em prol ou

contra realizar a ação exigida”. Quando as normas são regras, elas mandam categoricamente no sentido de que quando as condições de sua aplicação estão preenchidas os órgãos de aplicação excluem seu próprio julgamento e qualquer ponderação sobre as razões para sua aplicação. É isto precisamente o que não acontece com as normas que têm a forma de princípio.

No caso das normas que não são regras, e que chamamos de princípios, as condições de sua aplicação não estão mencionadas. Como elas estão configuradas de forma aberta, sua aplicação não apenas não exclui a deliberação, mas exige algum tipo de “ponderação” a respeito da adequação de sua aplicação às circunstâncias do caso, também à luz de outros princípios presumivelmente aplicáveis. (Como é óbvio, estou usando aqui a palavra ponderar em um sentido amplo). Claramente, parece haver dois casos aqui: o caso das diretrizes, que estabelecem fins a serem alcançados e que sempre podem ser cumpridas em diferentes graus, e o caso de *outro tipo de princípio* que, embora configurado de forma aberta, não estabelece propriamente um fim a ser alcançado e não pode ser cumprido em diversos graus.

Podemos tomar como exemplo uma formulação do princípio de igualdade: “O Estado não poderá fazer qualquer tipo de discriminação baseada em sexo, raça, religião, etc.” Chamamos a esta norma de princípio por causa da configuração aberta das condições de aplicação. Contudo, há na norma uma descrição de uma conduta proibida, que não é indeterminada. Temos uma conduta qualificada como indevida ou proibida: a ação de discriminar. A exigência é de um cumprimento pleno. Não faz sentido pensar em um cumprimento gradual (como se pudesse significar “dependendo dos princípios que operem em sentido contrário, discrimine o menos possível”). Não que seja simples saber se, nas circunstâncias, o princípio está sendo satisfeito (cumprido) ou não. Justamente, a discussão – ou polêmica – girará em torno de se uma determinada ação, no caso, constitui ou não discriminação. Mas essa é uma questão de interpretação, inevitável em toda discussão substantiva.

Dworkin distingue duas classes de princípios: *diretrizes* e (por falta de um melhor nome, o que podemos chamar de) *princípios em sentido estrito*.¹⁵ Enquanto as diretrizes têm uma estrutura teleológica, os princípios em sentido estrito têm uma estrutura deontológica. Em se aceitando esta distinção entre dois tipos de princípios, não será já necessário nos representar todo conflito como aquele que se apresenta entre dois valores que exigem serem maximizados.

A teoria dos direitos de Dworkin foi muitas vezes (mal) interpretada nos moldes da ponderação. De fato, Dworkin é responsável de ter introduzido duas metáforas que parecem

convidar essa leitura. De um lado, quando afirma que os princípios, diferentemente das regras, tem uma “dimensão de peso”,¹⁶ e, de outro lado, quando usa a metáfora dos direitos como “trunfos”,¹⁷ i.e., como considerações que, da mesma maneira que os baralhos, impõem-se sobre outro tipo de considerações, especialmente sobre aquelas que têm a ver com o bem-estar agregado. Muitos têm entendido esta metáfora no sentido de que os direitos “pesam mais” na balança, se sujeitando de todo modo à lógica do bem. A ideia dos direitos como trunfos costuma ser usada como um slogan que atribui aos direitos a função de proteger interesses individuais contra os interesses da comunidade, ou contra os interesses “da maioria”. Creio que essa interpretação está errada. Se os direitos, para Dworkin, representam uma contribuição única à moralidade política, isso os coloca em um plano diferente ao do raciocínio teleológico envolvendo interesses, razão pela qual a argumentação sobre os direitos difere *em tipo* da argumentação sobre os bens.

A teoria dos direitos de Dworkin baseia-se numa concepção dos limites sobre o *tipo de razões* que o Estado pode invocar na hora de justificar sua ação. A ideia do trunfo – talvez a metáfora do trunfo não seja feliz – serve para *excluir certo tipo de razões* para justificar políticas. Esta aparece com mais clareza nos capítulos 9 e 12 de *Levando os direitos a sério*, quando os argumentos utilitaristas são criticados pelo fato de *poder vir a incluir de modo camuflado preferências “externas”* que envolvem crenças a respeito da superioridade do modo de vida de determinados grupos sociais. Note-se, contudo, que, quando esse perigo não existe, os argumentos utilitaristas são perfeitamente admitidos, por exemplo, para justificar políticas de ação afirmativa.¹⁸ Segundo esta concepção dos direitos como trunfos, o que os direitos devem garantir é a *independência* de cada pessoa dos preconceitos que outras pessoas possam ter sobre ela. É nesse sentido que eles funcionam trunfos, i.e., como limites, ou filtros, das razões que podemos admitir para justificar políticas.

Ora, sempre podemos descrever os direitos como protegendo interesses, mas a teoria dos direitos de Dworkin não é corretamente entendida como uma teoria dos direitos como interesses protegidos. Os interesses não são concebidos nesta teoria como insulados e protegidos contra *qualquer* tipo de interferência. Porque o problema não é a interferência, mas o *tipo de razões* em que a interferência se baseia. É por isso que, para esta perspectiva, o relevante não é minimizar *qualquer interferência* nos direitos por meio de uma ponderação que tente maximizar a realização dos direitos quando conflitam. O *tipo de razão* aduzida para a interferência é que importa. Para

uma teoria como a de Dworkin, uma *interferência justificada* em um direito *não constitui uma violação* desse direito.

Note-se que, a rigor, para que possamos falar de um genuíno conflito entre direitos – e não apenas de um conflito entre “alternativas que envolvem pretensões de direito” – temos que ter admitido que os direitos estavam ali já configurados, i. e., que mesmo quando um direito possa vir a não ser reconhecido e garantido, era mesmo um direito genuíno que estava em jogo, e não simplesmente um fator a ser considerado para determinarmos quais direitos estavam em jogo.

À luz da teoria de Dworkin muitos conflitos entre direitos podem vir a se revelar como aparentes. Uma vez que o conteúdo de cada direito é suficientemente especificado na situação, o conflito se dissolve. O exemplo da liberdade é especialmente importante neste aspecto. Costuma-se pensar que a liberdade de uma pessoa pode entrar facilmente em conflito com a liberdade de outra pessoa, mas é claro que isso sempre vai depender da concepção de liberdade que esteja sendo pressuposta. Certamente, se entendermos a liberdade como “o poder fazer o que se quer sem ser obstaculizado por ninguém (ou pela comunidade política)”, é claro que qualquer regulação que estabeleça limites ou restrições será vista como um cerceamento ou violação da liberdade.

Devemos a Isaiah Berlin a popularização da distinção (que já tinha sido estabelecida por Benjamim Constant) entre a liberdade “dos antigos” e a liberdade “dos modernos” (ou liberdade negativa). Em seu último livro, Dworkin critica Berlin por assimilar a liberdade negativa a uma ideia de liberdade “total” (*total freedom*) no sentido de “poder fazer o que se quer sem sermos obstaculizados por nada”. Tal conceito de liberdade é implausível para Dworkin. Liberdade em sentido estrito – *liberty*, e não *freedom*, segundo distingue Dworkin — é aquela área do “poder fazer o que quero” que a comunidade política não pode legitimamente tirar. Desta perspectiva, a definição do que seja a liberdade é inevitavelmente normativa.¹⁹ De novo neste caso, não se trata de ponderar quanto da liberdade pode ser legitimamente tirado quando conflita com outro valor, mas de procurar uma concepção integrada dos direitos de maneira que conformem um sistema coerente.

*

Para finalizar gostaria de colocar um exemplo atual da realidade brasileira. Justamente por esses dias passará para ser decidido em sessão plenária do STF o caso das ações afirmativas. São duas ações que chegaram ao alto tribunal, uma delas um recurso extraordinário interposto por um estudante candidato a uma vaga em Administração na Universidade Federal de Rio Grande do Sul que se sentiu prejudicado pelo sistema de cotas implantado pela universidade pelo fato de não ter sido admitido mesmo tendo notas mais altas que os beneficiados pelas cotas²⁰ (um caso muito similar ao caso Bakke nos EUA). Ora, sem dúvida, o caso sempre poderá ser caracterizado como envolvendo um conflito a ser ponderado entre o interesse do estudante impetrante em não ser discriminado negativamente por causa da raça e os interesses dos estudantes pertencentes à minoria em superar os efeitos adversos de uma longa discriminação. Mas o caso também pode, e entendo que *deve*, ser resolvido fornecendo uma interpretação do significado que deve ser dado ao princípio da igualdade na Constituição brasileira. Poder-se-ia interpretar, por exemplo – como vários professores de minha faculdade o fazem –, que o tratamento igual devido a cada cidadão proíbe toda e qualquer distinção baseada na raça (e defender, então, que o aluno impetrante ganhe a ação), ou, pelo contrário, poder-se-ia argumentar que uma interpretação adequada do princípio constitucional da igualdade permite ou recomenda ações positivas para promover a igualdade tais como essas políticas (e concluir, portanto, que o “interesse” do aluno impetrante não pode ser derivado de uma interpretação apropriada da Constituição). Obviamente, a escolha entre as duas opções envolve uma luta sobre o significado do princípio constitucional da igualdade, mas que outra coisa esperaríamos que acontecesse quando um “caso difícil” chega ao Supremo Tribunal Federal?

Notas

¹ O que na tradição do *common law* chama-se *balancing* corresponde ao que na tradição do *civil law* se entende por *proporcionalidade* [*Verhältnismässigkeit*]. Ver Thomas A. Aleinikoff, "Constitutional law in the age of balancing," *Yale Law Journal* 96, no. n5 (1987). Matthias Kumm, "Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. A review essay on A Theory of Constitutional Rights," *International Journal of Constitutional Law* 2, no. 3 (2004). Para interessantes críticas ao uso da ponderação, ver Başak Cali, "Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions," *Human Rights Quarterly* 29, no. 1 (2007) e Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An assault on human rights?," *International Journal of Constitutional Law* 7, no. 3 (2009). No Brasil, o tema tem sido intensamente trabalhado na literatura de Direito Constitucional da última década. Ver Gilmar Ferreira Mendes, "O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras", *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, no. 5 agosto, 2001; Cláudio Pereira de Souza Neto e Rafael Sarmiento, *A Constitucionalização do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

² Para uma interessante apresentação que mostra a importância crescente da argumentação jurídica uma vez que o modelo da codificação entra em crise, ver M. La Torre, "Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation," *Ratio Juris* 15, no. 4 (2002).

³ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003). p.216.

⁴ Robert Alexy, "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality," *Ratio Juris* 16, no. 2 (2003).

⁵ A rigor, para Alexy, que recolhe a tradição do *civil law*, especialmente a desenvolvida na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, o juízo de ponderação faz parte do chamado princípio de proporcionalidade. Este aparece como um conjunto articulado de três subprincípios: *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito* (este último é, propriamente, o juízo de ponderação). Cada um dos subprincípios exprime uma exigência gradual que qualquer interferência nos direitos fundamentais deve cumprir para que possa ser considerada justificada:

1. segundo o subprincípio de *idoneidade*, qualquer intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para alcançar um fim constitucionalmente legítimo (deve ser um bom meio para o fim);
2. segundo o subprincípio de *necessidade*, a medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser necessária, no sentido de não existir uma outra alternativa, tão eficaz quanto a primeira, mas menos gravosa para outros princípios ou direitos afetados;
3. segundo o subprincípio de *proporcionalidade em sentido estrito*, as vantagens que se obtêm intervindo em um direito fundamental devem compensar os sacrifícios que implica para seus titulares e para a sociedade em geral.

⁶ Outras importantes alternativas à ponderação contemporâneas são, por exemplo, a concepção deontológica dos direitos de J. Habermas (Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (Frankfurt: Suhrkamp, 1992); *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade* (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997)., cap. 5) e a concepção de Rawls da prioridade das liberdades (J. Rawls, *Political liberalism*, Columbia classics in philosophy (Columbia University Press, 2005)., cap. 8).

⁷ W. D. Ross, *The Right and the Good* (Indiana: Hackett Publishing Company, (1930) 1988), p. 18, tradução e ênfase minhas.

⁸ Tirando o polêmico opúsculo "Sobre o presumido direito de mentir por amor à humanidade", que não vou considerar aqui. Na interpretação que desenvolvo apoio-me em B. Herman, *The Practice of Moral Judgment* (Harvard University Press, 1993).

⁹ Imanuel Kant, *A Metafísica dos Costumes* (São Paulo: Edipro, 2003). "Wenn zwei solcher Gründe einander widerstreiten, so sagt die praktische Philosophie nicht: dass die stärkere Verbindlichkeit die Oberhand behalte... sondern der stärkere Verpflichtungsgrund behalt den Platz".

¹⁰ O. O'Neill, *Bounds of justice* (Cambridge University Press, 2000).

¹¹ Barbara Herman (op. cit. em nota 8, p. 177) se refere a este traço da perspectiva teleológica como o problema dos “três Rs”: remorso, restituição e resto (saldo).

¹² Não é suficiente caracterizar a oposição entre o deontologista e o teleologista em termos da oposição entre normas e valores. Tal como veremos no caso de Dworkin, o deontologista pode falar a linguagem dos valores (é inegável que as normas encarnam valores), mas a solução do conflito – o “ajuste” de valores que soluciona o conflito não é realizado por meio de uma ponderação.

¹³ R. Dworkin, *Taking rights seriously* (Harvard University Press, 1978); *Law's empire* (Belknap Press, 1986). H. L. A. Hart, *The concept of law*, Clarendon law series (Clarendon Press, 1970).

¹⁴ J. Raz, *Practical reason and norms* (Oxford University Press, 1999). Agora em português: *Razão Prática e Normas*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

¹⁵ Dworkin, *Taking rights seriously*, p. 22. Ver Manuel y Manero Atienza, Juan, "Sobre principios y reglas," *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 10 (1991).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Idem*, p.xi.

¹⁸ A igualdade pode ser a finalidade de uma política; o que a igualdade *enquanto política* não pode é violar a igualdade *enquanto direito*. Trato essa questão em Marina Velasco, *O que é Justiça? O justo e o injusto na pesquisa filosófica. Um exemplo: as cotas raciais universitárias* (Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009).

¹⁹ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2011). P. 366.

²⁰ Processo 597.285. Relator: Lewandosky. A outra é uma arguição de descumprimento de preceito fundamental interposta pelos democratas (DEM) contra a universidade de Brasília.

Referências Bibliográficas

- Aleinikoff, Thomas Alexander. "Constitutional Law in the Age of Balancing." *Yale Law Journal* 96, no. n5 (1987): 943-1005.
- Alexy, Robert. "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality." *Ratio Juris* 16, no. 2 (2003): 131-40.
- Atienza, Manuel y Manero, Juan. "Sobre Principios Y Reglas." *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 10 (1991).
- Cali, Başak. "Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions." *Human Rights Quarterly* 29, no. 1 (2007): 251-70.
- Dworkin, R. *Law's Empire*: Belknap Press, 1986.
- . *Taking Rights Seriously*: Harvard University Press, 1978.
- Dworkin, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2011.
- Habermas, Jürgen. *Faktizität Und Geltung: Beiträge Zur Diskurstheorie Des Rechts Und Des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992. (*Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997).
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, Clarendon Law Series: Clarendon Press, 1970.
- Herman, B. *The Practice of Moral Judgment*: Harvard University Press, 1993.
- Kant, Imanuel. *A Metafísica Dos Costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.
- Kumm, Mattias. "Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A Review Essay on a Theory of Constitutional Rights." *International Journal of Constitutional Law* 2, no. 3 (2004): 574-96.
- La Torre, M. "Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation." *Ratio Juris* 15, no. 4 (2002): 377-402.
- O'Neill, O. *Bounds of Justice*: Cambridge University Press, 2000.
- Pereira de Souza Neto, Claudio e Sarmento, Rafael. *Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

Rawls, J. *Political Liberalism*, Columbia Classics in Philosophy: Columbia University Press, 2005.

Raz, J. *Practical Reason and Norms*: Oxford University Press, 1999.

Ross, W. D. *The Right and the Good*. Indiana: Hackett Publishing Company, (1930) 1988.

Tsakyraakis, Stavros. "Proportionality: An Assault on Human Rights?" *International Journal of Constitutional Law* 7, no. 3 (2009): 468-93.

Velasco, Marina. *O Que É Justiça? O Justo E O Injusto Na Pesquisa Filosófica. Um Exemplo: As Cotas Raciais Universitárias*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009.